L. n. 76/2016

Unione civile e adozione

di Vincenzo Barba

Il lavoro, movendo da un'analisi del comma 20 della L. n. 76/2016, si propone di verificare quale siano gli spazî interpretativi per consentire l'adozione da parte delle persone che abbiano contratto una unione civile.
La prima parte del comma 20, al quale deve riconoscersi funzione nomogenetica, crea delle norme *prima facie* applicabili alle persone unite civilmente, di contenuto identico a quelle che si riferiscono al matrimonio o a quelle che contengono la parola coniuge o coniugi o altre equivalenti. L'applicabilità *prima facie* non coincide, necessariamente, con l'applicabilità *conclusiva*, dacché quest'ultima passa attraverso la valutazione dell'interprete, ossia dipende dai criterî e meta-criterî di applicabilità.
La seconda parte del comma 20 non esclude che si possano applicare alle persone che hanno contratto un'unione civile le norme del Codice civile non espressamente richiamate e le norme sulla legge dell'adozione, ma si limita a stabilire che il meccanismo normo-genetico, descritto nella prima parte, non si applica alle disposizioni del Codice civile e alla legge sull'adozione.
Sulla base di questa considerazione, si dimostra che, in esito a un controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti, possono essere applicate analogicamente alle persone che hanno contratto un'unione civile sia le disposizioni del Codice civile non espressamente richiamate, sia la legge sull'adozione. Si dimostra, dunque, non soltanto il superamento dell'art. 12 disp. leg. gen., ma soprattutto che ogni interpretazione giuridica è analogica.

Introduzione

Il tema dell'adozione da parte di persone unite civilmente ha, indubbiamente, costituito uno dei nodi maggiormente problematici nel percorso che ha condotto fino all'approvazione della L. n. 76 del 2016.
All'esito di un acceso dibattito politico, dominato da giudizî e pregiudizî, concetti e preconcetti, che ha rischiato di compromettere la stessa approvazione della legge (1), il tema è stato affidato alla disciplina del noto comma 20 (2). Il quale, allo scopo di assicurare agli uniti civili "l'effettività della tutela e il pieno adempimento degli obblighi", per un verso, stabilisce che tutte le disposizioni di legge che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti, ovunque ricorrano, nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti, nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si osservano anche per le persone unite civilmente. Per altro verso, stabilisce che detta regola non si applica alle

(1) Il travaglio politico che l'approvazione di questa legge ha implicato è assai noto; la sua eco si trascina nelle interpretazioni che sono state fatte della legge. Inevitabile e improcrastinabile era, tuttavia, l'approvazione di una disciplina sull'unione civile, soprattutto dopo che l'Italia è stata condannata, per violazione dell'art. 8 Cedu. Così, Cedu 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia, in *Foro it.*, 2016, IV, 1, con nota di G. Casaburi, *Il disegno di legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso: verso il difficile ma obbligato riconoscimento giuridico dei legami omosessuali*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 918, con nota di L. Lenti, *Prime note in margine al caso "Oliari c. Italia"*; in *Rass. avv. Stato*, 2015, 2, 56, con nota di R. De Felice, *La Cedu sulla tutela delle coppie omosessuali in Italia. L'onda lunga di Schalk e Kopf*; in *Guida dir.*, 2015, 33, 110, con nota di M. Castellaneta, *Il mancato riconoscimento ad avere una relazione stabile con persone dello stesso sesso viola la Convenzione europea*; in *Genlus*, 2015, 2, 304, con nota di M. D'Amico, *Famiglia e "famiglie" fra principi costituzionali italiani ed europei*; in questa *Rivista*, 2015, 1069, con nota di P. Bruno, *"Oliari contro Italia": la dottrina degli "obblighi positivi impliciti" al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso.*

(2) Il testo comunicato alla Presidenza il 6 ottobre 2015 (n. 2081), prevedeva all'art. 5 una modifica della legge sulle adozioni e, in particolare, dell'art. 44, comma 1, lett. b), L. 4 maggio 1983, n. 184 stabilendo che dopo le parole "dal coniuge" si sarebbe inserito "o dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso" e dopo le parole "e dell'altro coniuge" le seguenti: "o dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso".

norme del Codice civile e alla legge sull'adozione dei minori n. 184 del 1983 (3).

Tale norma è stata, da subito, posta al centro del dibattito scientifico, al punto da divenire il grimaldello con il quale i sostenitori e detrattori dell'unione civile hanno, rispettivamente, provato ad argomentare e dimostrare, gli uni, la sostanziale identità disciplinare dell'unione civile e del matrimonio e, dunque, la loro sostanziale identità di natura (giuridica), gli altri, invece, la radicale diversità dell'unione civile rispetto al matrimonio e, dunque, la loro profonda diseguaglianza.

Di là da questo "uso" (4) della norma in parola, l'interpretazione tecnica che i primi commentatori hanno offerto del predetto comma 20 sembrerebbe restituire una disciplina degli uniti civili di facile intelligenza (5). Si applicano tutte le norme del Codice civile espressamente richiamate; non si applicano le norme del Codice civile non espressamente richiamate; non si applicano le norme sull'adozione di cui alla legge 184 del 1983; si applicano, ovunque contenute, purché fuori dal Codice civile e dalla legge sull'adozione, tutte le disposizioni normative che si riferiscono al matrimonio o che contengono le parole "coniuge", o "coniugi", o equivalenti (6).

Di qui è stato facile affermare, concentrando l'attenzione sul tema dell'adozione (7), che la disciplina in parola avrebbe espressamente non soltanto escluso, ma anche preluso l'applicabilità della L. n. 184 del 1983 alle persone unite civilmente (8).

Questa conclusione credo, tuttavia, che meriti di essere rivista dacché sembra trovare fondamento più su argomenti storici e meta-giuridici, dominati da preconcetti e precomprensioni, che non su argomenti tecnici, basati sulla lettera e lo spirito della norma.

L'indagine deve muovere proprio dall'analisi del comma 20, detta dai primi commentatori clausola di effettività della tutela (9), o clausola di equivalenza (10), o norma adattiva (11), al fine di verificare quale sia il meccanismo tecnico in essa

(3) Per un approfondimento sulla disciplina di cui al comma 20, v. V. Barba, *Le norme applicabili alle persone unite civilmente*, in *Trattato di diritto di famiglia*, dir. da G. Bonilini, V, Torino, 2017, in corso di pubblicazione.

(4) Sul c.d. "uso" delle norme e sul significato teorico-filosofico dell'applicazione come uso, v. G. Pino, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2016, 124 ss.

(5) Tra coloro che hanno proposto una diversa interpretazione, si segnala, A. Schillaci, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili di diritto comparato e tenuta del principio di eguaglianza*, in *www.dpce.it*, *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 2016, 3, 14; Id., *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in *www.articolo29.it*, 2, al quale aderisce G. Casaburi, *La disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, in G. Casaburi - I. Grimaldi (a cura di), *Unioni civili e convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76. Lettura operativa e possibili soluzioni*, Pisa, 2016, 76, secondo cui tale regola pone un criterio d'interpretazione e applicazione rivolto al giudice e alla P.A. Questa idea, tuttavia, non mi sembra convincente. Questa è una norma del sistema ordinamentale, rivolta a chiunque debba farne applicazione e, tra gli altri, non soltanto il giudice o la Pubblica amministrazione, ma chiunque debba interpretare questa disposizione e, dunque, chiunque debba individuare la regola di un caso concreto. Secondo V. Miri, *Funzione antidiscriminatoria e armonizzazione dell'ordinamento: la clausola di equivalenza del comma 20 e la delega al Governo*, inedito, ma il pensiero è riferito da A. Schillaci, *Le unioni civili*, cit., 14 nt. 27, si tratterebbe di una norma sull'applicazione di altre norme. Secondo Mir. Bianca, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, in *www.giudicedonna.it*, 2016, 2, 2 s., si tratta di una norma di rinvio automatico.

(6) Per tutti, Mir. Bianca, *Le unioni*, cit., 2, la quale, dopo aver premesso che la disciplina delle persone che hanno contratto un'unione civile è determinata attraverso il combinarsi di quattro tecniche, precisa che la prima consiste nel rinvio diretto, la seconda nella riformulazione del contenuto di alcuni articoli, la terza nel c.d. rinvio automatico, mentre la quarta è quella della diretta esclusione. "La quarta e ultima tecnica sempre contenuta nel citato comma 20 è quella della diretta esclusione di alcune disposizioni. È quanto il legislatore fa escludendo, non solo gli articoli del codice civile non espressamente richiamati, come si è detto, ma anche altre disposizioni come le disposizioni in tema di adozione di cui alla legge n. 184 del 1983 che riguarda in generale il problema dello stralcio del rapporto di filiazione".

(7) Per una sintetica analisi comparata sul tema dell'adozione e della co-genitorialità, v. G. Autorino, *Le unioni civili in Europa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1670 ss.

(8) Così, M. Sesta, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in questa *Rivista*, 2016, 885, "ciò che - sembra a chi scrive, ma la questione, proprio in questi giorni, è stata autorevolmente decisa in senso contrario - comporta che la coppia omosessuale non sia ammessa all'adozione neppure nei casi particolari di cui all'art. 44, L. n. 184/1983". M.N. Bugetti, *Il cognome comune delle persone unite civilmente*, in questa *Rivista*, 2016, 915, "ancorché la Cassazione abbia da ultimo ammesso l'adozione *ex* art. 44 l. ad. del figlio del convivente anche per coppie dello stesso sesso, ai sensi dell'u.c. dell'art. 20, L. n. 76/2016, è invece da escludere che le persone unite civilmente possano adottare, anche ai sensi dell'art. 44 l. ad.". F. Danovi, *L'intervento giudiziale nella crisi dell'unione civile e della convivenza di fatto*, in questa *Rivista*, 2016, 991. Sembra ammettere l'adozione *ex* art. 44, lett. d), l. ad., M. Trimarchi, *Unioni civili e convivenze*, in questa *Rivista*, 2016, 861, "al comma 20 l'esclusione dell'operatività per le coppie omosessuali dell'intera L. n. 184 del 1983 sull'adozione, - cosicché non risulta possibile, a differenza di quanto si prevedeva inizialmente, non solo l'adozione legittimante ma anche quella nei casi particolari di cui alla lett. b) dell'art. 44". F. Tommaseo, *Profili processuali della legge sulle unioni civili e le convivenze*, *ivi*, 991.

(9) R. Campione, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in R. Campione - A. Figone - F. Mecenate - G. Oberto, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016, 6.

(10) G. Casaburi, *La disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, in G. Casaburi - I. Grimaldi (a cura di), *Unioni civili*, cit., 76.

(11) M. Fiorini - M. Leo, *Il diritto di famiglia "scopre" tre tipologie a tutele decrescenti*, in *Guida dir.*, 11 giugno 2016, n. 25, 37.

descritto e d'intendere se sia davvero plausibile che le norme del Codice civile non espressamente richiamate e le norme della legge sull'adozione dei minori non possano applicarsi alle persone unite civilmente.

Il meccanismo in forza del quale le disposizioni riguardanti il matrimonio si applicano anche alle parti dell'unione civile

Il comma 20 stabilisce, in modo inequivoco, che tutte le disposizioni che riguardano il matrimonio (eccetto quelle del Codice civile non espressamente richiamate e quelle della legge sull'adozione) si applicano anche alle persone che hanno contratto un'unione civile.

Non si tratta di una norma che definisce l'estensione di significato della parola matrimonio o della parola 'coniuge', né di una norma di pura interpretazione (12), si tratta, piuttosto, a mio credere, di una norma di produzione normativa.

Il comma 20 ha, sostanzialmente, generato, senza che l'interprete sia stato costretto a verificarne l'esigenza nel singolo caso, un complesso di norme *prima facie* (13) applicabili, in via immediata e diretta, alle persone che hanno contratto un'unione civile. La circostanza che il comma 20 abbia la funzione di innovare il sistema ordinamentale, mediante la previsione di un complesso di nuove norme applicabili *prima facie* agli uniti civili e di contenuto sostanzialmente identico a quelle che si riferiscono al matrimonio, nulla toglie alle tecniche ermeneutiche e, dunque, al procedimento attraverso il quale l'interprete giunge a individuare l'ordinamento del caso concreto.

L'applicabilità *prima facie* di una norma non necessariamente coincide con la sua applicabilità *conclusiva* (14), dacché quest'ultima passa, di necessità, attraverso la valutazione dell'interprete, ossia dai criterî e meta-criterî di applicabilità, che, come è noto, rinviano all'ideologia delle fonti del diritto (15).

L'applicazione della regola non dipende dalla mera e sola circostanza che sia accaduto un fatto rispondente (*rectius*: simile) a quello descritto nella fattispecie, bensì dalle condizioni di applicabilità della norma. Le quali, secondo la teoria ermeneutica che mi pare preferibile, dipendono non soltanto dalla rispondenza (*rectius*: somiglianza) strutturale del fatto alla fattispecie (più o meno determinata), ma anche e, soprattutto, dalla valutazione della ragion sufficiente della norma in relazione agli interessi coinvolti (16).

Interpretare non è soltanto comprendere il significato di una disposizione normativa, bensì individuare

(12) In questo senso, sembra orientato A. Schillaci, *Un buco nel cuore*, cit., 2, il quale, pur discorrendo di una regola d'interpretazione e applicazione rivolta al giudice e alla pubblica amministrazione, precisa che: "attraverso questa forma di adeguamento interpretativo - sul piano terminologico - dell'ordinamento al nuovo istituto dell'unione civile, i partner omosessuali sono messi al riparo da possibili ulteriori ipotesi di trattamento differenziato rispetto alle persone coniugate, non espressamente affrontate e risolte dalla legge sulle unioni civili".

(13) G. Pino, *Teoria*, cit., 137, "in maniera pressoché tautologica, applicabilità *prima facie* di un atto normativo o di una norma vuol dire che vi sono ragioni *prima facie* per applicare quell'atto normativo o norma: in altre parole, quell'atto normativo o norma si presume applicabile. Applicabilità conclusiva significa che vi sono ragioni conclusive per applicare quell'atto normativo o norma: esaminate e superate eventuali considerazioni contrarie, l'interprete conclude che ai fini della decisione del caso debba essere applicato un certo atto normativo o norma, e non un altro. Il passaggio dall'applicabilità *prima facie* all'applicabilità conclusiva è raffigurabile come la ricerca di un equilibrio riflessivo, che termina quando l'interprete ritiene di aver vagliato in maniera soddisfacente tutti i fattori rilevanti".

(14) N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, 155 ss.

(15) G. Pino, *Teoria*, cit., 154 s., "l'ideologia delle fonti o ideologia giuridica è, in estrema sintesi, nient'altro che il modo in cui il giurista concepisce il proprio lavoro di giurista, il modo in cui concepisce il proprio ruolo all'interno dell'organizzazione giuridica complessiva, il modo in cui raffigura il suo contributo alla produzione (in senso lato: ad includere cioè anche la conservazione, la sistemazione, la chiarificazione, ecc.) del diritto [...]. Il modo in cui una certa ideologia delle fonti del diritto si traduce in specifiche tecniche interpretative e meta-argomenti interpretativi non deve essere raffigurato come puramente assiomatico e meccanico. Il passaggio dall'ideologia delle fonti alle specifiche tecniche interpretative non funziona sulla base di un algoritmo ma dipende invece da valutazioni che, nei fatti, sono irrimediabilmente variabili, pragmatiche e contestuali".

(16) Un esempio può aiutare la comprensione. Esiste una norma che impedisce all'istituto bancario di dare informazioni al coniuge del cliente che non abbia una precisa delega. Per effetto del comma 20, si dà nel nostro ordinamento una norma giuridica, di contenuto identico, riferibile alle persone che hanno contratto un'unione civile. Al fine di stabilire se tale norma debba essere applicata nel caso concreto, non basta limitarsi ad accertare che un soggetto abbia chiesto informazioni bancarie relative alla posizione del proprio unito, ossia che ricorra un fatto *prima facie* riducibile a quello. Bisogna, infatti, verificare se questa norma debba *conclusivamente* essere applicata, oppure resa defettibile, valutando il caso concreto ed esercitando un controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti, bilanciando i princípî in concorso. Nell'ipotesi in cui la richiesta fatta alla banca servisse per soddisfare una curiosità del richiedente, o un interesse meramente patrimoniale, che deve considerarsi soccombente rispetto a quello protetto dalla norma, non v'ha dubbio che essa debba (sia che si tratti di coniuge, sia che si tratti di unito civilmente) trovare applicazione, dovendosi considerare la conseguenza prevista dalla norma (ossia il rifiuto di fornire informazioni) adeguata e congruente rispetto agli interessi coinvolti nel caso. Diversamente, qualora l'informazione fosse chiesta perché indispensabile al fine di tutelare la salute o la vita della persona a cui l'informazione si riferisce, la norma deve considerarsi defettibile, dacché il principio che tutela la riservatezza bancaria, di cui questa norma è espressione, è soccombente rispetto al principio che tutela la vita della persona.

la regola del caso concreto (17). Non mera attività di sussunzione (18), ma complessa qualificazione, nella quale è, sempre, imprescindibile la ragion sufficiente della norma, necessaria la sua giustificazione sulla base di un principio e la ponderazione dell'ultimo con tutti gli altri con i quali, di volta in volta, concorra.
Potrebbe dirsi che non si dà più analogia o, più precisamente, che si dà sempre analogia, perché ogni interpretazione non può che essere analogica, ossia fondata sulla ragione sufficiente, senza possibilità d'ipotizzare che esistano fatti che si possano razionalmente sussumere dentro la fattispecie di una norma, senza che tale attività sia retta da una ragionevole (19) valutazione che abbia riguardo alla funzione e che consideri l'adeguatezza della disciplina agli interessi coinvolti.
Ogni interpretazione a fini applicativi è, di per sé stessa e per definizione, analogica, in guisa che l'interprete non ricorre all'analogia quando un caso non possa essere deciso da una precisa disposizione di legge, ma ogni qual volta debba fare applicazione di una qualunque regola o principio. Nessun fatto è esattamente rispondente a quello puramente descritto nella norma e quand'anche il giurista dovesse applicare a un caso una singola norma si tratterà, pur sempre, di un'applicazione analogica, ossia di un'applicazione per somiglianza e differenza, non potendosi dare un accadimento del reale esattamente rispondente a una fattispecie normativa ed essendo possibile applicare una certa norma a un certo caso sempre in via di somiglianza, ossia spogliando il caso di talune delle sue particolarità, allo scopo di renderlo conforme (*rectius*: quanto più simile) al modello di fatto descritto nella norma.
L'interprete è tenuto a compiere sempre un controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti, esplicitando le proprie scelte, di modo che la decisione sia sempre verificabile e, dunque, di modo che possa essere garantita la certezza del diritto (20), che non può essere ridotta alla sola ripetitività di una soluzione (21).

Non operatività del meccanismo normo-genetico rispetto alle norme del Codice civile e della legge sull'adozione

Il comma 20, dopo aver prescritto, nel primo periodo, il meccanismo normo-genetico in forza del quale le disposizioni che riguardano il matrimonio si applicano anche alle persone unite civilmente, stabilisce che "la disposizione di cui al periodo precedente non si applica" alle norme del codice civile non richiamate espressamente e alla legge sull'adozione.
L'esistenza di questa disposizione di legge è stata considerata, dalla maggior parte degli autori che si sono misurati con questa disciplina, un serio e insuperabile ostacolo alla possibilità di applicare alle persone unite civilmente le disposizioni del Codice civile diverse da quelle richiamate e le disposizioni sulla legge dell'adozione.
Tale risultato è stato raggiunto attraverso due argomenti che, in larga parte, tendono anche a sovrapporsi l'un l'altro o, meglio sarebbe dire, a sostenersi e corroborarsi reciprocamente.

(17) P. Perlingieri, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, 455, e in Id., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 3 ss.; Id., *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. e giur.*, 1975, 826 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti* (1983), III ed., Napoli, 2006, 341 ss.; Id., *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologia. Il brocardo* in claris non fit interpretatio, *il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 990 e in Id., *Scuole tendenze e metodi*, cit., 275; Id., *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992; Id., *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 802 ss.; Id., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 188 ss.; Id., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 317; Id., *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012. Un'esaustiva ed efficace ricostruzione, con ampî riferimenti di dottrina e giurisprudenza, sull'evoluzione del diritto civil-costituzionale, si deve a M. Pennasilico, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 840 ss.

(18) Non si dubita che il decidere del giurista presupponga sempre un giudicare e l'applicazione della legge; non si dubita, come ha insegnato N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, in Id., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 6, che "lo Stato moderno riposa ... sulla *circolarità logica fra decidere, giudicare e applicare la legge*". Il superamento della tecnica della sussunzione non vuole, certamente, significare liberazione del giurista dal rigore del linguaggio giuridico o, peggio ancora, dalle regole della logica giuridica, ma avvertire circa l'insufficienza di metodi meramente logici. Così, P. Femia, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, 307, nota 325, quando scrive che "parlare di qualificazione e non più di sussunzione significa allora non la contestazione della logica, ma del logicismo; si contesta la irriducibilità della teoria della pratica alla logica formale".

(19) Sulla ragionevolezza, per tutti, G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 1 ss.

(20) Per tutti, P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 1 ss.

(21) Propone un superamento dell'incertezza, attraverso il recupero di un'interpretazione rigorosa dei testi, attenta al dato letterale, N. Irti, *I 'cancelli delle parole'. (Intorno a regole, principi, norme)*, in Id., *Un diritto incalcolabile*, cit., 57 ss. In senso contrario, P. Grossi, *Ritorno*, cit., 1 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., 305 ss.; G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 1 ss.

In primo luogo, si è detto che la disposizione di legge appena richiamata, nella parte in cui stabilisce che "la disposizione di cui al periodo precedente non si applica" alle norme del Codice civile e a quelle della legge sull'adozione, avrebbe l'effetto di precludere l'applicabilità (22) di queste discipline alle persone che hanno contratto un'unione civile (23).
In secondo luogo, si è sostenuto che tali disposizioni non sarebbero applicabili alle persone che hanno contratto un'unione civile neppure in via analogica, dacché non soltanto non vi sarebbe alcuna lacuna, ma, soprattutto, esisterebbe una precisa scelta legislativa di segno contrario (24).
Tale ricostruzione non può essere condivisa.
A ben considerare il tenore del comma 20, seconda parte, è facile avvertire che esso non pone una condizione negativa di applicazione delle disposizioni del Codice civile non espressamente richiamate e della legge sull'adozione, bensì una condizione negativa di applicazione del meccanismo descritto nella sua prima parte. La disposizione in parola, in altri termini, non fa divieto di applicare alle persone unite civilmente le disposizioni del Codice civile non espressamente richiamate e la legge sull'adozione, bensì fa divieto di applicare a queste norme il meccanismo descritto nella sua prima parte, ossia il meccanismo normo-genetico. Si limita, cioè, a stabilire che il meccanismo normo-genetico in forza del quale le disposizioni che riguardano il matrimonio si applicano anche alle persone unite civilmente, non si estende alle disposizioni contenute nel Codice civile e nella legge sull'adozione.
In breve, la seconda parte del comma 20 non stabilisce che "le disposizioni del Codice civile e la legge sull'adozione non si applicano agli uniti civilmente", bensì che "il meccanismo normo-genetico (descritto nella prima parte) non si applica alle disposizioni del Codice civile e alla legge sull'adozione".
Se la prima parte del comma 20 ha la funzione di introdurre nel nostro sistema ordinamentale nuove norme, *prima facie*, applicabili alle persone che hanno contratto un'unione civile, la seconda parte del comma 20 serve per impedire che questo stesso meccanismo si estenda alle norme del Codice civile e alla legge sull'adozione. Impedisce, cioè, che, in via automatica, il nostro sistema ordinamentale si arricchisca di nuove norme (di contenuto identico a quelle del Codice Civile e della legge sull'adozione), *prima facie*, applicabili alle persone che hanno contratto un'unione civile.
L'assenza di una norma *prima facie* applicabile alle persone unite civilmente non è, però, preclusiva alla possibilità che quella regola, all'esito del procedimento interpretativo, risulti applicabile al caso in via *conclusiva*. Com'è possibile che una regola applicabile *prima facie* risulti, all'esito del procedimento d'interpretazione, non applicabile in via *conclusiva*, all'inverso è ben possibile che una regola non applicabile al caso *prima facie* sia, all'esito del procedimento d'interpretazione, applicabile in via *conclusiva*.
Affermare che la seconda parte del comma 20 esprime una norma che si limita a escludere il funzionamento del meccanismo normo-genetico (descritto nella prima parte) rispetto alle disposizioni del Codice civile e della legge sull'adozione, consente anche di respingere l'idea che esista una deliberata scelta legislativa volta a escludere che le norme del Codice civile e la legge sull'adozione siano applicabili alle persone unite civilmente. Elide, in via definitiva, il

(22) Così, L. Bozzi, *La legge 76 del 2016: istituzione delle unioni civili e disciplina delle convivenze di fatto. Prime brevissime riflessioni*, in www.dpce.it, *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 2016, 3, 8 "rinvio automatico, dunque, per leggi, atti amministrativi e contratti collettivi; le norme del codice civile (che è pur sempre una legge) si applicano invece solo se espressamente richiamate". In questa prospettiva, si ipotizza che la norma di cui all'art. 78 c.c. i tema di affinità, in quanto non espressamente richiamata, non sia applicabile alle persone che hanno contratto un'unione civile.

(23) G. Ferrando, *Diritto di famiglia*, Addenda "*Unioni civili e convivenze*", Zanichelli, 2016, in *http://www.zanichelli.it*, 2, "per comprendere quanto sia ampio lo spettro degli effetti conseguenti alla costituzione dell'unione occorre tener presente la regola generale contenuta nel 20° co. che sancisce l'applicabilità all'unione civile di tutte le disposizioni (esclusa la legge sull'adozione), 'che si riferiscono al matrimonio' o che contengano 'le parole 'coniuge', 'coniugi' o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi o nei contratti collettivi'. Per quel che riguarda il codice civile, invece, si applicano soltanto le norme espressamente richiamate dalla legge". Nello stesso senso, Id., *La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*, in questa *Rivista*, 2016, 891 s., spec. 894 "Dal punto di vista della disciplina, la principale differenza rispetto al matrimonio riguarda i rapporti con i figli, in particolare per il fatto che il testo definitivamente approvato non prevede più la possibilità che il partner possa adottare il figlio dell'altro secondo quanto dispone, per il coniuge, l'art. 44, lett. b) della legge sull'adozione (n. 184/1983) (c.d. *stepchild adoption*)".

(24) In questo scenario, la voce di taluni autori (G. Casaburi, *La disciplina*, cit., 77; Id., *Il nome*, cit., 10; G. Oberto, *I regimi patrimoniali delle unioni civili*, in *Giur. it.*, 2016, 1771), che si sono fatti promotori dell'applicazione analogica, alle persone unite civilmente, delle disposizioni del Codice civile non espressamente richiamate, non soltanto non riesce a superare l'obiezione che l'analogia sarebbe preclusa dall'assenza di una lacuna e, soprattutto, dalla presunta esistenza di una scelta legislativa di segno contrario, ma, addirittura, finisce per divenire una vera e propria petizione di principio.

preconcetto normativo che il legislatore avrebbe inteso impedire o interdire la possibilità di applicare analogicamente alle persone unite civilmente le disposizioni contenute nel Codice civile, non espressamente richiamate, e nella legge sull'adozione.
Anche a ragionare secondo l'importazione tradizionale (25), l'analogia *legis* non potrebbe essere astrattamente inibita, dacché non sarebbe possibile né negare l'esistenza di una lacuna, né, soprattutto, affermare l'esistenza di una deliberata scelta del legislatore volta a evitare una tale applicazione. Perché dal comma 20, seconda parte, non si trarrebbe la regola che "le disposizioni del Codice civile e la legge sull'adozione non si applicano agli uniti civilmente", bensì la regola che "il meccanismo normogenetico (descritto nella prima parte) non si applica alle disposizioni del Codice civile e alla legge sull'adozione".
Queste considerazioni confermano il definitivo superamento dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale (26), in quanto procedimento graduale del tutto inadeguato in un sistema di fonti complesso e aperto, ma, soprattutto, che l'analogia non è un metodo interpretativo-integrativo, alternativo, bensì un modo di applicazione dei princípî.

Unione civile e adozione legittimante

Dire che la seconda parte del comma 20 non ha la funzione di inibire l'applicazione delle norme sull'adozione alle persone unite civilmente, ma soltanto quella di inibire la creazione di un complesso di norme di contenuto identico alla legge sull'adozione, applicabili *prima facie* agli uniti civili, consente di affermare che, in tema, può darsi una lacuna (27).
Affermare, però, in via di principio, l'applicabilità analogica della disciplina sull'adozione agli uniti civili non significa affermare che tale disciplina sia, senz'altro, applicabile. Tra l'una e l'altra affermazione corre, infatti, il controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti.
Non basta costatare la somiglianza strutturale dei fatti, occorrendo una valutazione ben piú complessa, che muova dalla ragione sufficiente della norma che si vuole applicare, che tenga conto del conflitto d'interessi composto dalla norma e del principio di cui essa è espressione, che bilanci tale principio con tutti gli altri, che possono concorrere nel caso. Nella consapevolezza che l'analogia è e rimane una modalità di applicazione a due fatti diversi di un medesimo principio (28).
Il discorso, allora, s'infittisce.
Avere affermato - e la conclusione non mi sembra che possa essere revocata in dubbio - che sia le persone coniugate sia le persone unite civilmente costituiscono una formazione sociale di tipo familiare, non basta a risolvere il problema dell'applicabilità delle norme sull'adozione.
Quando si tratti di discutere esclusivamente di riconoscimento di diritti e adempimento di doveri sociali nascenti dalla formazione sociale in capo alle persone, non v'ha dubbio che la somiglianza tra persone unite in matrimonio e persone unite civilmente sia forte e il rilievo che si tratti di formazioni sociali di tipo familiare, nelle quali si svolge la personalità dell'individuo, sia un profilo determinante e dirimente al fine di applicare il medesimo principio.

(25) Per tutti, N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Memorie dell'Istituto giuridico dell'Università di Torino, Torino, 1938, 87 ss., ristampa inalterata a cura di P. Di Lucia, Milano, 2006, nel quale l'A. risolve la somiglianza nell'identità delle fattispecie, secondo lo schema A è B; S è simile a A; S è B; Id., *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in *Giur. it.*, I, 1968, 695 ss.; Id., *Analogia* (1957), in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 1, nel quale scrive "s'intende per 'analogia giuridica', o, con altre espressioni, 'ragionamento per analogia', 'procedimento per analogia', 'estensione analogica', 'interpretazione analogica', quell'operazione, compiuta dagli interpreti del diritto (giuristi e giudici in specie), mediante la quale si attribuisce ad un caso o ad una materia, che non trovano una regolamentazione espressa nell'ordinamento giuridico, la stessa disciplina prevista dal legislatore per un caso o per una materia simili".

(26) V., *supra*, nt. n. 17.

(27) Si consideri che la Corte Edu, già prima dell'introduzione della disciplina italiana sulle unioni civili, è intervenuta, sotto distinti profili, sul tema della genitorialità omosessuale. Al riguardo, almeno: Cedu 6 febbraio 2002, *Fretté c. Francia* (in *Familia*, 2003, 521, con nota di E. Varano, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'inesistenza del diritto di adottare*); Cedu 22 gennaio 2008, *E.B. c. Francia* (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 667 ss., con nota di J. Long, *I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omo- sessuali*; e in questa *Rivista*, 2008, 221, con nota di E. Falletti, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del* single *omosessuale*); Cedu 5 marzo 2012, *Gas e Dubuois c. Francia*, ricorso n. 25951/07 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 958 ss., con nota di F. Chiovini, *Omogenitorialità, margine di apprezzamento, interesse del minore: l'instabile bilanciamento dei giudici di Strasburgo*); Cedu 9 febbraio 2013, ricorso n. 19010/07, *X e altri c. Austria* (in *Giur. it.*, 2013, 1764 ss., con nota di L. Poli, *Adozione coparentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miope rispetto all'interesse superiore del minore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 525, con nota di C. Fatta e M.M. Winkler, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della* second-parent adoption).

(28) Per tutti, P. Perlingieri - P. Femia, *Nozioni introduttive e princípi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, 168.

Quando, però, all'interesse delle parti si aggiunga, con necessità di essere bilanciato e con carattere sicuramente prevalente, l'interesse di un altro soggetto, ossia il minore, la verifica della somiglianza implica una valutazione ben più complessa e il controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti assume connotati molto più problematici e intricati. Dacché non si tratta, tanto e soltanto, di verificare e ponderare gli interessi delle persone della coppia costituenti la formazione sociale familiare, ma di bilanciare i loro interessi con quello del minore, che, anzi, è quello preminente su tutti gli altri. Dovendo, inoltre, acquisire consapevolezza che, nel nostro sistema ordinamentale, non esiste un diritto a essere o a diventare genitore e la genitorialità non implica un diritto o una potestà ma, come la riforma ha finalmente provato a chiarire, soltanto una responsabilità (29). Il concetto di genitorialità si lega, soltanto, a quello di responsabilità.

Il caso impone, allora, una ponderazione tra princípî in concorso che complica, esponenzialmente, i termini della questione e, soprattutto, involge riflessioni che abbandonano il piano puramente giuridico e intersecano quello psico-pedagogico, obbligando a verificare, a parità di condizioni, se possa considerarsi 'indifferente', per il minore, l'adozione da parte di una coppia di persone dello stesso sesso oppure di sesso diverso (30).

Nessuno dubita, infatti, né sarebbe lecito o plausibile farlo, che, da un punto di vista astratto, una coppia di persone dello stesso sesso possa essere "affettivamente idonea e capace di educare, istruire e mantenere i minori" e che, anzi, sotto questo profilo, una coppia di persone omosessuali abbia le stesse identiche potenzialità di una coppia di persone eterosessuali (31), potendosi, addirittura, dare, nel concreto, casi in cui una coppia di persone omosessuali possa essere ben migliore di una coppia di persone eterosessuali. La circostanza, peraltro, non è nuova, dacché le nostre Corti hanno già avuto modo di affermare, offrendo soluzioni largamente condivisibili, che una persona omosessuale è perfettamente idonea a farsi carico della responsabilità genitoriale, sia in casi, più semplici, di collocamenti endo-familiari (32), sia in casi, assai piú complessi, di collocamento etero-familiari (33).

Del resto, se una coppia non risulti "affettivamente idonea e capace di educare, istruire e mantenere i minori", difetterebbe lo stesso

(29) Sul tema, di recente, per spunti condivisibili, che colgono l'evoluzione e il senso dei problemi che si agitano attorno al tema, il lavoro di G. Recinto, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016, 1 ss.

(30) Un'ottima analisi è condotta da N. Cipriani, *Coppie omosessuali, affidamenti e adozioni di minori*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 25 ss., il quale giunge a soluzioni largamente condivisibili.

(31) L'assunto, rispetto a un problema di affidamento familiare, è affermato dalla nota sentenza di Cass. 11 gennaio 2013, n. 601, in *Giur. it.*, 2013, 1036, con note di M. Winkler, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*, e di B. Paparo, *Nota in tema di omosessuali e affidamento dei figli*, in questa *Rivista*, 2013, 570, con nota di F. Ruscello, *Quando il pregiudizio ... è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*; in *Foro it.*, 2013, I, 1193, con annotazione di G. Casaburi; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 432, con nota di C. Murgo, *Affidamento del figlio naturale e convivenza omosessuale dell'affidatario: l'interesse del minore come criterio esclusivo*; in *Guida dir.*, 2013, 5, 16 ss., con note di M. Finocchiaro, *La prova sul rischio di ripercussioni negative non doveva essere posta a carico del padre*, di G.M. Salerno, *Nessun rischio di parificazione delle unioni*, e di G. Vaccaro, *L'interesse del minore alla base di ogni decisione*; in *www.filodiritto.it*, con nota di A. Falcone, *L'affidamento del minore al genitore omosessuale: inspiegabile clamore per una decisione nell'interesse della prole*. Anche L. Franco, *Il "gesto di Ettore": dalla tradizione al cambiamento antropologico. Coppie omosessuali tra affidamento e adozione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 506 ss.; L. Balestra, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra "pregiudizio" e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2013, 893 ss.
In dottrina, in senso favorevole: A. Falcone, *op. loc. ult. cit.*; A.M. Benedetti, *Affidamento condiviso e orientamento sessuale di un genitore: un falso problema?*, in I. Queirolo - A.M. Benedetti - L. Carpaneto (a cura di), *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali*, Roma, 2014, 75 ss.; C. Murgo, *op. ult. cit.*, 434 ss.; L. Franco, *op. loc. ultt. citt.*; L. Balestra, *op. loc. ultt. citt.*, In senso critico, invece, M. Finocchiaro, *op. ult. cit.*, 23. Meno di recente, P. Schlesinger, *Una risoluzione del parlamento europeo sugli omosessuali*, in *Corr. giur.*, 1994, 393 ss.

(32) Trib. Napoli 28 giugno 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 138; in questa *Rivista*, 2007, 621, con nota di M. Iannaccone, *Quale conflittualità tra genitori esclude il ricorso all'affidamento condiviso?*; in *Giur. mer.*, 2007, 1572, con nota di G. Fava, *La (presunta) omosessualità del genitore non è di ostacolo all'affido esclusivo del figlio*; in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1677, con nota di G. Manera, *Se un'elevata conflittualità tra i genitori (uno dei quali tacciato di omosessualità) escluda l'applicazione in concreto dell'affidamento condiviso*. Trib. Bologna 15 luglio 2008, in *Giur. it.*, 2009, 1164, con nota di E. Falletti, *Genitore omosessuale e affidamento condiviso*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 689, con nota di D. Bianchini, *Omosessualità ed affidamento condiviso:* nulla quaestio *se non vi è contrasto con l'interesse del minore*.

(33) Il tema dell'idoneità di una coppia formata da persone dello stesso sesso si è posto anche rispetto a questioni di affidamento etero-familiari, di cui all'art. 2, L. n. 184/1983. In termini favorevoli, Trib. Parma 3 luglio 2013, inedita, ma riferita da N. Cipriani, *Coppie omosessuali*, cit., 32; Trib. min. Bologna 31 ottobre 2013, decr., in *Foro it.*, 2014, I, 59 ss., con nota di G. Casaburi, *Dai diversi modelli di adozione di minore nella giurisprudenza della Cassazione alla novellazione legislativa della nozione di stato di abbandono*; in questa *Rivista*, 2014, 275 ss., con nota critica di F. Tommaseo, *Sull'affidamento familiare d'un minore a coppia omosessuale*; in *Corr. giur.*, 2014, 155, con nota di C. Rimini, *L'affidamento familiare ad una coppia omosessuale: il diritto del minore ad una famiglia e la molteplicità dei modelli familiari*; Trib. min. Palermo 4 dicembre 2013, decr., in *Foro it.*, 2014, I, 1138, con osservazioni di G. Casaburi; in questa *Rivista*, 2014, 351 ss., con nota di G. Mastrangelo, *L'affidamento, anche eterofamiliare, di minori ad omosessuali. Spunti per una riflessione a più voci*.

presupposto dell'adozione legittimante e non si potrebbe dare alcuna adozione, neppure per una coppia di persone eterosessuali.
Si tratta, allora, di verificare - e sul punto non mi pare che esista ancóra una letteratura scientifica prevalente, o che abbia offerto argomenti dirimenti o decisivi nell'uno o nell'altro senso, sebbene non si possano trascurare serissimi e approfonditi studî scientifici che hanno proposto soluzioni di segno affermativo - se, dal punto di vista del minore, anche avuto riguardo alla sua relazione con tutti gli altri e al suo modo di relazionarsi nella società, sia concretamente 'indifferente' vivere in un ambiente familiare governato da una coppia di persone omosessuali o di persone eterosessuali (34).
Qualora si giungesse a una tale dimostrazione, non credo che si possa prefigurare alcun ostacolo giuridico all'applicazione analogica di queste norme e, dunque, ad ammettere un'adozione legittimante anche da parte di una coppia formata da persone omosessuali unite civilmente.
Qualora dovesse trarsi la conclusione che, dal punto di vista psico-pedagogico, avuto soprattutto riguardo ai rapporti del minore con la società, sia indifferente crescere in una famiglia, la cui coppia sia composta di persone omosessuali oppure di persone eterosessuali, negare alla prima la possibilità di ricorrere all'adozione legittimante costituirebbe una mera petizione di principio, fonte di una discriminazione giuridicamente non giustificata e non giustificabile, anche alla luce della c.d. disciplina sovranazionale.
Credo, dunque, che il controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti, debba svolgersi e misurarsi, non già sul solo piano familiare, ossia discutendo se anche l'unione civile dia luogo a una formazione sociale di tipo familiare (dacché mi pare acquisito, né controvertibile se non sulla base di puri preconcetti) (35), non già sul solo piano della concreta capacità della coppia a essere "affettivamente idonea e capace di educare, istruire e mantenere i minori" (dal momento che tale requisito è, comunque, indispensabile, a prescindere dall'orientamento sessuale delle persone della coppia; dal momento che tale requisito non può, certamente, dipendere dall'orientamento sessuale delle persone della coppia; dal momento che tale requisito è l'unico che rende una coppia, di persone omosessuali o eterosessuali, concretamente idonea ad adottare; dal momento che tale requisito deve essere, sempre, accertato nel concreto), bensí sul piano psico-pedagogico, dovendosi verificare, nell'esclusivo e prevalente interesse del minore, se, nella crescita e nello sviluppo socio-psichico, avuto riguardo al suo modo di relazionarsi nella società, tenuto conto del modello culturale, dei rapporti che il minore instaura sia con altri minori, sia con altri adulti, sia effettivamente 'indifferente' crescere in una famiglia costituita da una coppia di persone eterosessuali, oppure da una coppia formata da persone omosessuali (36).
Su questo piano, credo che si debba, davvero, misurare quest'indagine, dimostrando che il diritto è cultura e che è indispensabile, soprattutto nell'analisi di temi che toccano le persone, un approccio metodologico multidisciplinare e aperto, nella consapevolezza che il diritto non sta al di fuori del sistema sociale, ma concorre a formarlo (37).

(34) Ampi riferimenti di dottrina possono trovarsi in P. Bastianoni - C. Baiamonte (a cura di), *Le famiglie omogenitoriali in Italia. Relazioni familiari e diritti dei figli*, Bergamo, 2015, 75-79.

(35) Prima dell'approvazione della legge F. Tommaseo, *Sull'affidamento familiare d'un minore a coppia omosessuale*, cit., 279, osservava che soltanto il legislatore avrebbe potuto modificare il significato della parola "famiglia" "attribuendo rilevanza giuridica alle relazioni omosessuali in modo da poter distinguere, anche al loro interno, fra quelle fondate su un atto formale -non escludendo *a priori* lo stesso matrimonio - che dia loro legittimità perché quelle soltanto di fatto, proprio come avviene ora per le relazioni eterosessuali". Alla luce della nuova legge, non sembra, quindi, dubitabile che la coppia di persone omosessuali unite civilmente costituisca una famiglia. Credo, però, che si debba parlare di comunità familiare anche rispetto alle coppie, di persone eterosessuali o di persone omosessuali, non unite in matrimonio o civilmente, quando vi sia la costituzione di uno stabile consorzio di vita e una comunione materiale e spirituale.

(36) In senso contrario, A. Arceri, *Unioni civili, convivenze, filiazioni*, cit., 959, "si pone dunque, innanzi tutto, escluso che i componenti dell'unione civile possano, ai sensi delle vigenti disposizioni, effettuare l'adozione piena o legittimante, il problema di valutare la compatibilità del vigente art. 44, e delle diverse ipotesi dallo stesso contemplate, rispetto all'unione civile, come regolata dalla L. n. 76/2016". L'A. riconosce, però, che "nel diritto vivente sia ormai definitivamente sedimentata l'opinione che le coppie omosessuali possano aspirare alla *stepchild adoption* mediante il ricorso alla previsione della lett. d) del primo comma dell'art. 44 L. n. 184/83, e che, per il tramite della poco ortodossa clausola di chiusura contenuta nel comma 20 dell'articolo unico della L. n. 76/2016, la stessa andrà a costituire strumento pacificamente ammissibile per tali coppie".

(37) A. Falzea, *Introduzione alle scienza giuridiche. I Il concetto di diritto*, Milano, 1996, V ed., 396 ss., "il diritto fa parte dell'insieme di valori spirituali delle società umane ed è a questo titolo fenomeno culturale [...] E adesso ben chiaro che il diritto, del quale abbiamo con insistenza ricordato i caratteri associati della spiritualità e della socialità, È un fenomeno culturale e non è intellegibile fuori dalla dimensione culturale delle società umane". P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., 4 ss., 79, 140.

Unione civile e adozione in casi particolari. L'ipotesi di cui all'art. 44, comma 1, lett b), l. ad.

Altro e diverso è il problema che si pone rispetto alla c.d. adozione in casi particolari (38), ossia l'adozione di minori non legittimante (39).
Sotto questo profilo, il discorso deve svolgersi lungo due linee autonome, discernendo l'ipotesi segnata all'art. 44, comma 1, lett. b), l. ad., ossia l'adozione del minore che sia figlio, anche adottivo, dell'altro "coniuge", dall'ipotesi segnata all'art. 44, comma 1, lett. d), l. ad., ossia l'adozione del minore quando vi sia la constata impossibilità di affidamento preadottivo.
La prima delle due ipotesi solleva, nuovamente, un problema di applicazione analogica, dacché impone di stabilire se la norma, che si riferisce al "coniuge", possa essere applicata anche alla persona che abbia contratto l'unione civile. Ossia, se il principio espresso da quella norma, avuto riguardo alla sua ragione sufficiente, alla sua funzione, all'interesse del minore e tenuto conto delle ragioni di questo tipo d'adozione, ponderando il principio espresso dalla norma con quelli che possono concorrere nel singolo caso, possa valere anche per le persone unite civilmente e, dunque, per consentire all'unito civile l'adozione del minore che sia figlio, anche adottivo, dell'altro.
Sul punto, è ovvio che si debbano, di massima, svolgere considerazioni analoghe a quelle che sono state svolte rispetto all'adozione legittimante, con la conseguenza che dovrebbe ammettersi, senza dubbio alcuno, questa possibilità, qualora risulti acquisito che nella crescita e nello sviluppo socio-psichico del minore, avuto riguardo al suo modo di relazionarsi nella società, sia effettivamente 'indifferente' crescere in una famiglia costituita da una coppia di persone eterosessuali o da una coppia di persone omosessuali.
Inoltre, non si può trascurare che l'adozione in casi particolari è sostanzialmente diversa da quella legittimante (40), se non altro per il fatto che il minore non recide i proprî rapporti con la famiglia di origine e che l'adozione importa effetti soltanto nei rapporti tra adottante e adottato. Non si può, neppure, trascurare che si tratti di un'adozione, nella quale, coerentemente ai risultati perseguiti e realizzati dalla L. 19 ottobre 2015, n. 173, s'intende promuovere il diritto alla continuità dei rapporti affettivi che si possono instaurare tra il minore e gli adulti con i quali il primo costituisca una dimensione di vita familiare.
Queste specificità assumono, indubbiamente, un'importanza decisiva nel controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti, dacché l'adozione in casi particolari impone, ineluttabilmente, di formulare non soltanto una valutazione prospettica (come accade, tendenzialmente, nel caso di adozione legittimante), che abbia riguardo a quale possa essere, per il futuro, la collocazione familiare che realizzi il miglior interesse del minore, ma anche una valutazione retrospettiva, che abbia riguardo a ogni eventuale relazione affettiva già instaurata e consolidata tra il minore e chi se ne prenda già stabilmente cura.
Nell'adozione in casi particolari, assume un'importanza strategica l'analisi della situazione familiare nella quale vive il minore (41), la quale potrebbe

(38) La letteratura sull'adozione speciale è molto vasta. Con specifico riferimento ai problemi connessi all'adozione da parte delle coppie formate da persone dello stesso sesso, v., almeno: N. Cipriani, *Coppie omosessuali*, cit., 25 ss.; R. Pane, *Delle adozioni e dintorni: spunti critici a margine della riforma della filiazione*, in R. Pane (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, Napoli, 2015, 213 ss.; Id., *L'adozione piena dei minori tra vecchi e nuovi problemi. Spunti di riflessione in tema di omogenitorialità*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 451 ss.; F. Bilotta, *Omogenitorialità, adozioni e affidamento famigliare*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 899 ss. e 1375 ss., spec. 1379 s.; J. Long, *I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omosessuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 667 ss.; G. Repetto, *Limiti e strategie della tutela antidiscriminatoria. Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, s.d. (ma 2013), in *www.academia.edu*; M.C. Vitucci, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e dir. internazionale*, 2013, 481 ss.

(39) Noto che si tratta di un'adozione che importa delle conseguenze differenti rispetto all'adozione dei minori c.d. legittimante. In questo ultimo caso dall'adozione conseguono effetti corrispondenti a quelli proprî di una filiazione biologica. Nella adozione in casi speciali gli effetti sono per così dire ridotti. Il minore mantiene tutti i diritti e doveri con la propria famiglia di origine, in quanto il rapporto adottivo rimane circoscritto all'adottante e all'adottato, non estendendosi alle rispettive famiglie (cfr. art. 55, L. n. 184/1983, in combinato con art. 300 c.c. Su quest'ultima norma, v. V. Barba, *Variazioni critiche sull'art. 300 Cod. civ.*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 487 ss.). Per questa ragione, è previsto il necessario assenso dei genitori e del coniuge dell'adottando e la mancanza dell'assenso da parte del genitore che esercita la responsabilità genitoriale può essere ostativo all'adozione (cfr. art. 46, L. n. 184/1983). Per effetto dell'adozione, l'adottante ha soltanto l'amministrazione dei beni dell'adottato, ma non l'usufrutto legale (cfr. art. 48, L. n. 184/1983). L'adottato acquista diritti ereditarî esclusivamente nei confronti dell'adottante, mentre l'adottante non acquista alcun diritto successorio nei confronti dell'adottato (cfr. art. 55, L. n. 184/1983, in combinato con art. 304 c.c.). Il minore assume il cognome dell'adottante e lo antepone al proprio, con precisazione che se l'adozione sia compiuta da coniugi, l'adottato assume il cognome del marito (cfr. art. 55, L. n. 184/1983, in combinato con art. 299 c.c.). Se il minore è straniero acquista, ovviamente, la cittadinanza italiana.

(40) V., *supra*, nt. 39.

(41) Efficacemente, N. Cipriani, *Coppie omosessuali*, cit., 28, avverte che "non si deve mai perdere di vista il fatto che si tratta di rapporti che in molti casi nascono non in virtù del riconoscimento o della formalizzazione da parte del diritto, bensì direttamente nel contesto sociale: l'ordinamento è chiamato a prendere una posizione che, se non è di rigetto, può essere di (apparente) neutralità (nel senso quindi di lasciare i rapporti sul piano del puro fatto) ovvero di riconoscimento e

portare, se non altro in via di fatto e proprio nell'interesse del minore medesimo, a superare talune perplessità che ostano a estendere il principio, espresso all'art. 44, comma 1, lett. b), l. ad., anche all'unito civile.

Nell'ipotesi in cui il minore viva con il proprio padre (o la propria madre) e costui (o costei) abbia una relazione stabile con un altro uomo (o un'altra donna), con cui si sia unito civilmente, non v'ha dubbio che il minore, per forza di cose, viva già nell'àmbito di una famiglia composta di persone dello stesso sesso.

In un tale contesto (nel quale il minore viene sostanzialmente cresciuto da una coppia di persone omosessuali), l'adozione da parte della persona unita civilmente al genitore biologico, anche avuto riguardo alla diversità degli effetti di quest'adozione rispetto a quella legittimante, credo che imponga una valutazione ispirata a un atteggiamento di assoluto favore.

Se non altro perché, attraverso quest'adozione, si potrebbe garantire al minore, nell'ipotesi in cui il genitore biologico dovesse mancare ai vivi, di poter continuare a crescere in quell'ambiente familiare, nel quale, sino a quel momento, è cresciuto, sempreché ciò risponda, nel concreto, all'interesse del minore e quest'ultimo abbia costruito, con il *partner* del proprio genitore, un legame affettivo stabile e meritevole di essere conservato.

In altri termini, questa ipotesi di adozione, in considerazione del contesto situazionale già creatosi e dei legami già stabiliti tra i soggetti coinvolti, dovrebbe essere, potenzialmente, considerata come quella maggiormente rispondente all'interesse del minore, ove pure fosse dimostrato - sebbene manchino indizî in questa direzione e si diano fondamentali studî di segno esattamente opposto - che, nella crescita e nello sviluppo psichico-pedagogico del minore, avuto riguardo al suo modo di relazionarsi nella società, non sia del tutto 'indifferente' crescere in una famiglia costituita da una coppia di persone eterosessuali oppure da una coppia di persone omosessuali. Perché il minore si trova già in questa situazione e nel suo interesse potrebbe reputarsi preferibile conservare questa situazione, piuttosto che crearne una nuova e diversa (42). Vieppiù, se consideriamo che la creazione di una nuova e diversa situazione sarebbe connessa alla morte del genitore biologico (finché quest'ultimo sia in vita, non si pone alcun problema di adozione) e che, in una situazione di trauma di questo tipo, il collocamento in un nuovo contesto famigliare mi sembrerebbe da evitare e da preferire, dunque, una soluzione che garantisca al minore di continuare a vivere in quel contesto famigliare nel quale è cresciuto sino a quel momento (43).

Mi sembra, dunque, che il diritto, se davvero si voglia fare interprete della società contemporanea e superare pregiudizî e preconcetti, che stancamente si continuano a trascinare, debba prendere atto che il principio, espresso dalla norma di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), l. ad., non può astrattamente valere soltanto per le persone unite in matrimonio, ma deve estendersi anche alle persone unite civilmente (44).

Nella consapevolezza che occorrerà, comunque, una valutazione del singolo caso concreto, atta a verificare che tale soluzione sia quella rispondente al miglior interesse del minore. Gli è, però, che la giurisprudenza non ha ancóra consapevolmente, affermato questo principio ed ha preferito rifugiarsi dentro l'ipotesi dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. ad.

Segue. L'ipotesi di cui all'art. 44, comma 1, lett b), l. ad.

Radicalmente diversa è l'ipotesi di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), l. ad., alla quale sembra,

formalizzazione (con attribuzione di diritti e doveri ai soggetti interessati). Ma è chiaro che, se l'opzione è nel senso della 'non accettazione', questo non fa certo venire meno i legami e le situazioni di fatto già esistenti, che, semplicemente, si trovano sprovvisti di strumenti di tutela giuridica".

(42) Per una soluzione di apertura, P. Zatti, *Introduzione al Convegno*, in *Nuova giur. civ. com.*, 2016, 1665, il quale scrive: "se non ci si fa travolgere dalla questione della surrogazione di maternità, che ha un suo profilo di illiceità, occorre riconoscere che il caso di legame affettivo a connotazione familiare di un minore con il partner del genitore biologico è una eventualità non rara da considerare senza preclusioni. Come sopra dicevo, la giurisprudenza ha già fatto passi molto rilevanti nell'applicazione dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. 4.5.1983, n. 184 (constatata impossibilità di affidamento preadottivo) anche in ipotesi di coppia composta da persone dello stesso sesso. È prevedibile che l'evoluzione in questo senso prosegua e si rafforzi anche in ragione del riconoscimento istituzionale del legame di coppia nell'unione civile".

(43) Questa considerazione vale ancór di più se consideriamo che la nostra giurisprudenza ha avuto modo di precisare che l'adozione *ex* art. 44, comma 1, lett. d), è possibile, ove ciò risponda all'interesse del minore, anche in presenza di una crisi del rapporto coniugale. Così, Cass. 19 ottobre 2011, n. 21651, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 426, con nota di M. Gorini, *Adozione in casi particolari: separazione dei coniugi e interesse del minore*; in questa *Rivista*, 2012, 729, con nota di D. Morello Di Giovanni, *Genitore separato e adozione per casi particolari: una sentenza "particolare"*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 282, con nota di L. Olivero, *L'adozione del figlio del coniuge tra crisi coniugale e interesse del minore*.

(44) In senso contrario, G. Ferrando, *La disciplina dell'atto*, cit., 894, "Dal punto di vista della disciplina, la principale differenza rispetto al matrimonio riguarda i rapporti con i figli, in particolare per il fatto che il testo definitivamente approvato non prevede più la possibilità che il partner possa adottare il figlio dell'altro secondo quanto dispone, per il coniuge, l'art. 44, lett. b) della legge sull'adozione (n. 184/1983) (c.d. *stepchild adoption*)".

inequivocabilmente, essersi voluto riferire il legislatore nell'ultimo inciso del comma 20, L. n. 76/2016, quando fa salvo quanto sia già consentito e previsto in materia di adozione (45).

Si tratta di un'ipotesi di adozione in casi particolari (46), alla quale è possibile far luogo quando vi sia la "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" e costituisce l'ipotesi attraverso la quale, sino a oggi, la nostra giurisprudenza ha, sostanzialmente, consentito l'adozione da parte di coppie formate da persone dello stesso sesso (47).

Diversamente dal caso descritto alla lett. b), nel quale vi è un esplicito riferimento al "coniuge", quest'ipotesi, non facendo alcun riferimento al matrimonio, o a persone coniugate, ma soltanto all'impossibilità di far luogo a un affidamento preadottivo, non impone di valutare se possa essere applicata, analogicamente, alle persone che hanno contratto un'unione civile, ma soltanto d'intendere quale sia il perimetro coperto da questa disciplina.

Storicamente, si è affermato che l'enunciazione "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" riguardi un'impossibilità di fatto, ossia debba essere riferita all'ipotesi nella quale il minore si trovi in una reale situazione di abbandono ma, nonostante ciò, sia stato impossibile un affidamento preadottivo (o perché nessuna famiglia si è resa disponibile, o perché il minore era grandicello, oppure per qualsivoglia altra ragione che abbia, nei fatti, impedito tale affidamento).

Questa soluzione è stata giustificata: secondo un argomento letterale, assumendo che l'espressione adoperata richiamerebbe una situazione di fatto pregressa; secondo un argomento storico, avendo riguardo all'intenzione originaria del legislatore; secondo un presunto argomento sistematico, ipotizzando che si tratti di una norma eccezionale e, dunque, insuscettibile sia d'interpretazione estensiva sia d'interpretazione analogica (48); secondo un argomento teleologico, ipotizzando che un'interpretazione estensiva comporterebbe una vera e propria elusione della disciplina (49).

Il risultato di quest'interpretazione, quando sia riportato al tema che ci occupa, è evidente.

Quando vi sia un minore con un solo genitore, che ha cura del proprio figlio e svolge il proprio compito educativo in modo soddisfacente, in guisa che il minore non sia privo di un ambiente familiare idoneo, non si possono dare gli estremi per far luogo a un'adozione in casi particolari, secondo la lett. d), dal momento che il minore non si trova in istato di abbandono.

Ciò significa che, in un caso del genere (ossia quando esista un genitore che ha cura del proprio figlio), l'unica possibilità di far luogo all'adozione in casi particolari, prima che il minore diventi orfano, ossia finché sia in vita il genitore biologico, è quella prevista alla lett. b), ossia il caso di adozione da parte del coniuge del genitore.

(45) N. Cipriani, *Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia dopo la L. n. 76 del 2016*, in corso di pubblicazione (letto grazie alla cortesia dell'Autore e, dunque, indicato nel prosieguo senza numero di pagina), secondo cui "quest'ultimo periodo pare voler chiarire che al silenzio del legislatore non deve necessariamente assegnarsi un significato ostativo alla praticabilità delle adozioni nelle famiglie omogenitoriali, qualora le si consideri ammissibili secondo la normativa preesistente". Critico anche G. Casaburi, *L'Unbirthday secondo il legislatore italiano: la "non" disciplina delle adozioni omogenitoriali nella l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Foro it.*, 2016, I, 1933 s., secondo cui si tratterebbe di una scelta politica ipocrita.

(46) V., *supra*, nt. 39.

(47) Da ultimo, Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, 2016, 2342, in questa *Rivista.*, 2016, 1025, con nota di S. Veronesi, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla* stepchild adoption, nella cui massima si legge: "l'adozione in casi particolari, di cui all'*art. 44, comma 1, lett. d, L. n. 184/83,* presuppone la constatata impossibilità di affidamento preadottivo, che può essere di fatto ma anche di diritto, in quanto, a differenza dell'adozione piena, non presuppone una situazione di abbandono dell'adottando e può essere disposta allorché si accerti, in concreto, l'interesse del minore al riconoscimento di una relazione affettiva già instaurata e consolidata con chi se ne prende stabilmente cura, non avendo invece alcuna rilevanza l'orientamento sessuale dell'adottante (nella specie, la Suprema corte ha confermato la decisione di merito che aveva disposto tale forma di adozione nei riguardi di una bambina, di circa sei anni di età, da parte della compagna stabilmente convivente della madre, che vi ha consentito, avendo accertato in concreto l'idoneità genitoriale dell'adottante e, quindi, la corrispondenza all'interesse della minore)".

(48) L'argomento non può essere condiviso, da un punto di vista di teoria generale, perché non è chiaro secondo quale criterio questa norma sia considerata eccezionale. L'eccezionalità non può essere varata limitandosi a confrontare una norma con altra, ma confrontando la norma rispetto ai princípî, dacché soltanto in questo modo si evita e supera il rischio di una valutazione continuamente mutevole, secondo la norma che si assuma a parametro di riferimento. L'eccezionalità di una norma può dipendere o da concorso atipico di princípî o da attuazione atipica del medesimo principio. Così, P. Perlingieri - P. Femia, *Nozioni introduttive*, cit., 17 ss. A ragionare secondo questa impostazione, che mi pare quella maggiormente convincente e condivisibile, è dubbio che la disciplina dell'adozione in casi particolari costituisca una disciplina eccezionale e più plausibile che si tratti soltanto di una disciplina speciale.

(49) In questo senso, ancóra, di recente, Trib. min. Milano 17 ottobre 2016, n. 2016, inedita, la quale offre un'ampia e ricca motivazione a sostegno della tesi negativa. Sebbene questa conclusione, per quanto la Corte abbia provato a offrire numerosi argomenti, misurandosi anche con le decisioni delle Corti sovranazionali, non convince. Rimane il forte convincimento che questo collegio sia stato mosso a questa interpretazione restrittiva non già sulla base di un reale convincimento circa l'estensione di significato da attribuire alla formula linguistica indagata, ma al deliberato scopo, offrendo una interpretazione restrittiva, di impedire l'adozione da parte del partner omosessuale del genitore.

La conseguenza di questo ragionamento è che il minore, figlio di un solo genitore, finché è in vita il proprio genitore, può essere adottato soltanto da parte del coniuge del genitore biologico, mentre non può essere adottato dal convivente del genitore (indipendentemente dal fatto che sia omosessuale o eterosessuale) (50).

L'interpretazione appena riferita è stata mitigata dalla giurisprudenza, ipotizzando che l'espressione "constatata impossibilità di affidamento preadottivo", pur dovendo riferirsi alle ipotesi d'impossibilità di fatto, possa comprendere sia il caso di minore in stato di abbandono, sia il caso di minore in stato di semi-abbandono (51). Descrivendo, con tale ultima espressione, quelle situazioni nelle quali la famiglia del minore, pur avendo un ruolo attivo e positivo, in guisa che sarebbe inopportuno recidere, definitivamente, ogni legame con il minore, è, però, inidonea a svolgere il suo ruolo educativo in modo sufficiente e non vi è alcuna ragionevole possibilità di prevedere un miglioramento, neppure ipotizzando un aiuto esterno.

Quest'interpretazione, che pure amplia i confini di applicabilità dell'adozione in casi particolari della lett. d), estendendo all'ipotesi il caso del semi-abbandono del minore, poco o nulla incide rispetto al problema indagato. Fin quando esista, infatti, un genitore biologico, che presti al proprio figlio tutta la necessaria assistenza materiale e morale, in modo che il minore non sia privo di un ambiente familiare idoneo, non potrebbe, comunque, farsi luogo all'adozione secondo la disciplina posta alla lett. d), residuando, come unica possibile ipotesi, quella di cui alla lett. b) (con la conseguenza che quel minore potrebbe essere adottato soltanto dal coniuge del genitore).

Per consentire che il minore possa essere adottato dal *partner* (52) (sia omosessuale, sia eterosessuale) del genitore biologico, è necessario ampliare i margini dell'ipotesi in commento, in modo da affermare che si possa far luogo all'adozione secondo l'art. 44, comma 1, lett. d), l. ad., anche quando il minore non sia privo di un ambiente familiare idoneo.

Tale risultato è stato raggiunto, anche su sollecitazione della nostra migliore dottrina, da parte della giurisprudenza, la quale, nell'interpretazione c.d. estensiva della norma in parola, ha affermato che l'espressione "constata impossibilità di affidamento preadottivo" deve riferirsi non soltanto ai casi di impossibilità di fatto, bensì anche ai casi di impossibilità di diritto (53), ossia quando il minore non sia in stato di abbandono (54).

(50) Ovviamente, prima dell'approvazione della legge sull'unione civile, non era neppure in discussione la possibilità che il minore potesse essere adottato da parte del *partner* omosessuale del genitore biologico. Ancora oggi, successivamente all'approvazione della legge sull'unione civile, permangono ostilità a tale soluzione, escludendosi, dai più, la possibilità di reputare, ai fini dell'applicabilità della disciplina in questione, analoga la situazione di due persone unite in matrimonio alla situazione di due persone unite civilmente. Dal mio punto di vista, e secondo le considerazioni svolte poco sopra, l'approvazione della legge sull'unione civile dovrebbe aprire alla possibilità che l'unito civile del genitore biologico possa adottare il minore, dal momento che non sussistono ragioni che suggeriscano di non applicare il principio, espresso alla lett. b), anche all'unito del genitore biologico.

(51) Così, Trib. Bari 7 maggio 2008, in questa *Rivista*, 2009, 393, con nota di S. Caffarena, *L'adozione "mite" e il "semiabbandono": problemi e prospettive*.

(52) Prima dell'approvazione della legge sulle unioni civili, N. Cipriani, *La prima sentenza*, cit., 180 s., ha ipotizzato che la via per giungere alla c.d. adozione co-parentale da parte del *partner* omosessuale del genitore biologico fosse un'interpretazione estensiva dell'art. 44, comma 1, lett. b e non lett. d). "La chiave d'accesso alla adozione in un caso come quello deciso dalla sentenza in commento vada individuata proprio nella lett. *b* della medesima disposizione. Come si è illustrato, la norma in questione richiede espressamente l'esistenza di un rapporto coniugale tra l'adottante e il genitore dell'adottato. Orbene, proprio la preclusione nei confronti delle coppie di fatto suscita forti dubbi di legittimità costituzionale, sia in assoluto, sia con specifico riferimento alla posizione delle coppie omosessuali. In assoluto, perché appare sempre meno ragionevole la preclusione dell'adozione coparentale alle coppie di fatto, dato che l'assetto degli interessi - con specifico riferimento alla relazione adottante/adottato - non è inciso in maniera significativa dalla presenza del rapporto coniugale. Tanto più nella attuale situazione sociale e giuridica, che, da un lato, vede crescere la dignità della famiglia non fondata sul matrimonio, dall'altro deve misurarsi con la crescente instabilità dei vincoli coniugali, instabilità che non consente certo di desumere dall'esistenza del matrimonio la certezza della durata del rapporto". Così, anche, successivamente alla approvazione della legge N. Cipriani, *Le adozioni*, cit., aggiungendo: "ben diverso sarebbe stato invece da un lato riconoscere, nella fattispecie in questione, la necessità di misurarsi con la lett. *b* dell'art. 44, dall'altro proporne una interpretazione costituzionale o rimettere la valutazione alla Consulta".

(53) In questo senso, già, App. Torino 9 giugno 1993, in *Dir. fam.*, 1994; I, 165 e Trib. min. Roma 30 luglio 2014, in *Dir. fam. pers.*, 2015, con nota di N. Cipriani, *La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali* e in *Foro it.*, 2014, 2743, con osservazioni di G. Casaburri; App. Torino 27 maggio 2016, in *Foro it.*, 2016, I, 1910 ss.

(54) Secondo N. Cipriani, *Coppie omosessuali*, cit., 38 s., ove pure si offrisse un'interpretazione estensiva della lett d.), nondimeno tale disposizione non potrebbe consentire l'adozione a soggetti che non siano coniugati. "Il risultato cui tale interpretazione conduce, del resto, è quello di una sostanziale abrogazione della lett. *b*, che si troverebbe a confluire interamente nell'àmbito di applicazione della lett. *d*: è evidente, infatti, che se nel concetto di 'impossibilità dell'affidamento preadottivo' si fa rientrare il caso del minore che conviva con uno solo dei suoi geni- tori e il suo *partner*, non c'è più alcun bisogno della lett. *b* neanche per i casi nei quali sussista il rapporto coniugale, casi che a quel punto potrebbero *a fortiori* essere gestiti facendo ricorso alla lett. *d*. Naturalmente, non si vuole certo affermare che una interpretazione abrogante di una norma sia in assoluto inammissibile, ma

Sussistono, a sostegno di questa soluzione, numerosi argomenti (55), da ultimo sintetizzati nella recente decisione della Cassazione (56).
Un argomento sistematico-funzionale: poiché questo istituto è stato posto per consentire l'adozione da parte dei soggetti che abbiano instaurato con il minore un legame affettivo significativo e meritevole di essere conservato, allora deve preferirsi un'interpretazione che consenta di realizzare questo risultato, piuttosto una che lo impedisca (57). A ipotizzare, infatti, che la lett. d) voglia far esclusivo riferimento ai casi di impossibilità di fatto e non anche a quelli di impossibilità giuridica, si giungerebbe al risultato di impedire l'adozione proprio in quei casi, nei quali l'istituto potrebbe realizzare l'interesse del minore, consentendogli di continuare a essere educato, istruito e mantenuto nell'ambito del contesto familiare in cui è cresciuto.
Un argomento sistematico-letterale: considerando che l'art. 44, comma 1, l. ad., stabilisce che si può far luogo all'adozione in casi particolari "anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1, dell'art. 7", ne viene che quest'adozione dovrebbe essere possibile anche quando il minore non sia dichiarato in stato di adottabilità e, dunque, anche quando il minore non si trovi in stato di abbandono.
Un altro argomento sistematico: considerando che l'art. 11, comma 1, l. ad., stabilisce che si deve dichiarare lo stato di abbandono del minore orfano di entrambi i genitori e privo di parenti entro il quarto grado, che abbiano con lui rapporti significativi, quando non esistano istanze di adozione *ex* art. 44, l. ad., si conferma che l'adozione in casi particolari non reclama il preventivo stato di abbandono (58).
Quest'interpretazione estensiva, tale da comprendere, nell'espressione "constatata impossibilità di affidamento preadottivo", sia i casi d'impossibilità di fatto, sia i casi d'impossibilità di diritto, induce una importante conclusione, dacché consente l'adozione del minore da parte del *partner* del genitore biologico, anche quando il genitore si prenda cura del figlio e, dunque, quando non si danno i presupposti dello stato di abbandono.
È bene, però, chiarire che l'estensione del significato dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. ad. non serve per consentire l'adozione nell'ambito di sole coppie formate da persone omosessuali, bensì anche nell'àmbito di coppie composte di persone eterosessuali. In questa prospettiva, è indispensabile che sia chiaro e inequivoco che l'interpretazione estensiva di tale norma vale allo stesso modo per le une e le altre (59).
Nella lettura estensiva dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. ad., il punto di rilevanza ermeneutico della norma

più semplicemente pare di poter pretendere che, in tal caso, ci si misuri - e in questo, *si licet*, il Tribunale di Roma ha sicuramente peccato - direttamente con il contenuto della disposizione". Per questa ragione l'A. reputa che il vero nodo della questione "non è e non può essere la portata del precetto posto dall'art. 44, lett. *d*, l. ad., ma, piuttosto, va individuato proprio nella lett. *b* e nella preclusione che essa pone per il *partner* non coniugato del genitore, anche (e anzi in particolare) se omosessuale". Nello stesso senso, Id., *La prima sentenza*, cit., 179, "considerare la lett. *d* applicabile a casi come quello deciso dal Tribunale di Roma finisce con lo svuotare completamente di contenuto la precedente lett. *b*, che dovrebbe considerarsi sostanzialmente abrogata, giacché non residuerebbe alcun margine di autonomia della statuizione, né dove consente l'adozione al coniuge del genitore (perché, a quel punto, la fattispecie potrebbe *a fortiori* essere disciplinata dalla lett. *d*), né dove la esclude per il non coniuge (perché, in questo caso la mancata previsione sarebbe aggirata dalla interpretazione estensiva della lett. *d*)".

(55) Per una sintesi della giurisprudenza, v. V. Carbone, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in questa *Rivista*, 2016, 855 ss., secondo il quale: "Allo stato non è possibile chiedere l'adozione del figlio biologico del partner, sulla base della c.d. *stepchild adoption*, prevista nella stesura iniziale della proposta che è stata poi ritirata. Tuttavia occorre tener conto che nella legge c'è però scritto che "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti", lasciando ai giudici, [...] la possibilità di pronunciarsi, ricorrendo ad altri casi, diversi da quella dell'adozione del figliastro di cui all'art. 44, lett. b), L. n. 184/1983". Un'analisi dei problemi è svolta da A. Arceri, *Unioni civili, convivenze, filiazioni*, *ivi*, 958 ss., secondo la quale, secondo la legge 76 del 2016, non sarebbe possibile né l'adozione legittimante, né l'adozione *ex* art. 44, lett. b), l. ad.

(56) V., *supra*, nt. n. 47.

(57) In questo senso, Corte cost. 7 ottobre 1999, n. 383, in *Cos. Stato*, 1999, II, 1438, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3215, nella cui massima si legge "l'art. 44 lett. a) e c) [corrispondente all'attuale lett. d] l. 4 maggio 1983, n. 184, individuando una clausola residuale di apertura per i casi speciali non inquadrabili nell'adozione c.d. "legittimante", va interpretato nel senso di non esigere il previo accertamento dello stato di abbandono nel caso in cui il minore, orfano o figlio di genitori incapaci, sia richiesto in adozione da parenti entro il IV grado idonei a fornirgli l'assistenza materiale e morale di cui ha bisogno; pertanto, così intesa, la norma non contrasta con gli artt. 3 e 30, comma 2, Cost.".

(58) Di recente, R. Pane, *Unioni* same-sex *e adozione in casi particolari*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, in corso di pubblicazione (letto grazie alla cortesia dell'Autore e, dunque, indicato nel prosieguo senza numero di pagina), "questa interpretazione discende dal chiaro che non letterale dell'art. 44, comma 1, che nello stabilire il ricorso l'adozione in casi particolari, inequivocabilmente precisa che tale istituto trova applicazione anche quando per il minore non ricorrono le condizioni di cui all'articolo 7, comma 1. Ulteriore conferma dell'assunto discende dall'art. 11, comma 1, che subordina l'automatica dichiarazione dello stato di adottabilità all'assenza di istanza presentata ai sensi dell'art. 44. In tale circostanza il giudice dovrà valutare con prudente apprezzamento la soluzione più vantaggiosa per il minore".

(59) Non senza manifestare dissenso verso l'ambigua soluzione normativa, M. Dogliotti, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?)*, in questa *Rivista*, 2016, 879 s., "in ogni caso, come si diceva, per la convivenza etero ed omosessuale, potrebbe sicuramente operare l'adozione in casi particolari, con riferimento alla lett. d) dell'art. 44 L. n. 184 del 1983".

non è l'essere coniugi o l'essere uniti civilmente (che invece è il punto di rilevanza ermeneutico della norma descritta all'art. 44, comma 1, lett. b), l. ad., ma l'essere coppia, o, più esattamente, che il minore viva con il proprio genitore biologico e con il *partner* (eterosessuale o omosessuale) del genitore biologico. L'interpretazione estensiva di tale disposizione normativa dovrebbe servire, allora, per consentire l'adozione in casi particolari alle famiglie non fondate né sul matrimonio, né sull'unione civile. A quelle che, in passato, avremmo chiamato coppie di fatto e che oggi sembrano confluire nella figura delle convivenze descritte alla L. n. 76/2016. Inutile dire che, per coerenza, reputerei che la lett. b) debba essere riservata all'adozione da parte del *partner*, quando costui, con il genitore del minore, abbia costituito una famiglia fondata sul matrimonio o sull'unione civile (60). Credo che sia indispensabile, al fine di restituire coerenza alla disciplina sull'adozione in casi particolari (61), in combinato con la disciplina sull'unione civile e sulle convivenze e nell'orizzonte dei nostri princípî fondamentali, avendo esclusivamente riguardo al tema indagato, che il caso di coniuge e unito civile del genitore biologico siano risolti facendo applicazione della norma di cui all'art. 44, comma 1, lett b), l. ad., mentre i casi di convivente (eterosessuale o omosessuale) del genitore biologico facendo applicazione della norma di cui all'art. 44, comma 1, lett d), l. ad.

Occorre prendere atto della svolta epocale - sia, o no, ideologicamente gradita - che ha assunto il nostro sistema ordinamentale con l'approvazione della legge sull'unione civile; occorre farsi coraggiosi e responsabili interpreti, capaci, sempre, di individuare la disciplina del caso concreto, nel rispetto dei princípî fondamentali (62), consapevoli che non esistono interpretazioni per gradi e che ogni interpretazione giuridica è, pur sempre, analogica (63).

L'individuazione dell'ordinamento del caso concreto, in un sistema di fonti complesso e aperto, impone sempre un controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti, impone di considerare il conflitto composto dalla norma e la sua ragione

(60) Pur auspicando tale soluzione, N. Cipriani, *Coppie omosessuali*, cit., 50, reputa che questo risultato debba passare attraverso un intervento della Consulta. Secondo l'A., "in attesa di un intervento del legislatore, si deve ritenere che la soluzione da adottare sia quella della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 55, l. ad., nella parte in cui, richiamando l'art. 294 cpv. c.c., preclude alle coppie omosessuali, in quanto non coniugate, l'accesso all'istituto nei casi contemplati dall'art. 44, lett. *a, c* e *d*, l. ad.; nonché, per quanto riguarda l'adozione coparentale, dell'art. 44, lett. *b*, l. ad., nella parte in cui non consente l'adozione al *partner* omosessuale del genitore dell'adottando. È chiaro peraltro che una simile statuizione, qualora riservata ai soli contesti omogenitoriali, porrebbe il problema del trattamento delle coppie eterosessuali non coniugate: per quanto per esse potrebbe opporsi l'ovvio rilievo che l'ordinamento consente loro di risolvere il problema semplicemente contraendo matrimonio, è chiaro che difficilmente la soluzione potrebbe non essere estesa anche alle con- vivenze eterosessuali *more uxorio*". L'approvazione della legge sulle unioni civili potrebbe consentire di superare l'obiezione sollevata dall'A., dacché alle coppie omosessuali, che hanno contratto l'unione civile, non dovrebbe considerarsi più, astrattamente, preclusa la possibilità di un'adozione in casi particolari, secondo la disciplina recata all'art. 44, comma 1, lett. b), l. adozione. Rimane, ovviamente, sia per una coppia di persone eterosessuali sia di persone omosessuali, che non abbiano contratto matrimonio o unione civile, l'impossibilità di ricorrere all'adozione legittimante. Vi sarebbero, però, spazî per ricorrere all'adozione c.d. co-parentale, senza incorrere nel divieto della norma di cui all'art. 294, cpv., c.c., sia per gli uni, sia per gli altri. La predetta norma stabilisce, infatti, che nell'adozione in casi particolari "nessuno può essere adottato da più di una persona, salvo che i due adottanti siano marito e moglie". Nelle ipotesi di c.d. adozione co-parentale, ossia l'adozione del minore da parte del *partner* del genitore biologico non si pone un problema di elusione o divieto della norma, perché ad adottare sarebbe sempre una sola persona. In altri termini, questa disposizione vuole evitare, nel caso, a esempio, di adozione in casi speciali di cui alla lett. a) che il minore, rimasto orfano, possa essere adottato da due parenti o da due persone unite al minore da un preesistente rapporto stabile e duraturo che non siano, tra loro, uniti in matrimonio. A esempio da due fratelli, o due sorelle, o da due cugini, o da un cugino e una cugina del padre o della madre. La norma, serve in questi casi per consentire l'adozione o da parte di uno solo di questi soggetti, oppure da due, purché siano, tra loro, coniugati e, oggi deve dirsi anche purché uniti civilmente. Interpretata in questo modo la norma di cui all'art. 294, cpv., c.c., tenuto conto della legge sulle unioni civili e le convivenze, credo che l'interpretazione sistematica consenta già - e senza necessità di un intervento della Consulta - l'adozione co-parentale tra persone unite in matrimonio o civilmente secondo la norma di cui all'art. 44, lett. b) e l'adozione co-parentale tra conviventi (indipendentemente dalla circostanza che siano eterosessuali o omosessuali) secondo la norma di cui all'art. 44, lett. b).

(61) Propone una soluzione diversa, L. Lenti, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1712, secondo cui la norma di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), dovrebbe essere estesa anche alle persone unite civilmente. "Una volta giunti ad ammettere l'adozione della lett. d) per le coppie conviventi di fatto, qualunque sia il loro orientamento sessuale, la tappa successiva - come accennato sopra - è ovvia e inevitabile, con buona pace dei parlamentari che hanno tuonato contro la norma che apriva l'adozione della lett. b) alle coppie unite civilmente: l'estensione esplicita della lett. d) anche a tali coppie. Sarebbe infatti del tutto incoerente, contraddittorio, ammetterla per le coppie conviventi non unite civilmente e invece negarla per le coppie che hanno formalizzato il loro rapporto legandosi con l'unione civile. Per ovvie ragioni di tempo, a quanto mi consta non vi è ancora alcuna sentenza in proposito"

(62) G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010.

(63) P. Perlingieri, *Produzione scientifica*, cit., 3 ss.; Id., *Interpretazione e qualificazione*, cit., 826 ss.; Id., *L'interpretazione della legge*, cit., 990; Id., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 317; Id., *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012.

sufficiente, verificando il principio di cui quella è espressione e ponderando quest'ultimo con tutti gli altri princípî in concorso, esplicitando il ragionamento e consentendo, così, la realizzazione di un diritto prevedibile, sottratto al pericolo del legismo e del puro logicismo e alle interpretazioni del diritto che, dietro la mal celata aspirazione di essere neutrali, nascondono la pericolosa e insidiosa aspirazione di sostituire i personali convincimenti, princípî e valori dell'interprete, ai princípî e ai valori dell'ordinamento giuridico vigente (64).

(64) P. Perlingieri, *Valori normativi*, cit., 802 ss.