

La relazione che segue è stata depositata il 19 febbraio da Alfredo Mantovano nel corso dell'audizione sul d.d.l. Cirinnà, riguardanti le unioni civili, in rappresentanza dei *Comitati Sì alla famiglia* alla Commissione Giustizia del Senato.

La relazione affronta tre temi: la tutela dei diritti dei componenti di una convivenza, già presente nell'ordinamento italiano; la non necessità di una legge sulle unioni civili come quella in discussione al Senato, alla stregua delle sentenze della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione; l'inconciliabilità dell'adozione col regime della convivenza.



SÌ ALLA FAMIGLIA

**Audizione davanti alla Commissione Giustizia del Senato
di Alfredo Mantovano, magistrato,
esponente dei *Comitati Sì alla famiglia*,
sui disegni di legge in tema di unioni civili**

19 febbraio 2015

Sig. Presidente, On. Senatori, a nome dei *Comitati Sì alla famiglia*, che ho l'onore di rappresentare, ringrazio per l'invito a tenere questa audizione. Alla luce degli sviluppi della discussione sui disegni di legge in materia di unioni civili che si è svolta finora in questa Commissione, articolo la mia relazione attorno a tre interrogativi:

1. quale è oggi nell'ordinamento italiano il livello di tutela per i componenti di una convivenza? in particolare, quali sono la consistenza e l'estensione dei diritti già riconosciuti?
2. il testo unificato - c.d. sulle unioni civili - all'esame della Commissione Giustizia del Senato, redatto dalla relatrice sen. Monica Cirinnà, predispone tutele ulteriori, delle quali vi sia una reale necessità, rispetto a quelle già contenute nell'ordinamento? o fa qualcosa di più, giungendo a una sostanziale parificazione del regime delle unioni civili, descritto in particolare negli articoli dall'1 al 7 del testo, al regime del matrimonio? in caso di risposta affermativa al secondo quesito, tale disciplina rappresenta una obbligata traduzione in legge della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione?
3. posto che l'adozione è uno dei pochissimi diritti che l'ordinamento non riconosce ai componenti di una convivenza, tale esclusione costituisce una ingiusta discriminazione o qualcosa che ha un suo fondamento?

Preciso subito che la trattazione di questi tre punti avverrà soltanto sulla base del diritto positivo italiano ed europeo, nella misura in cui ha ricadute sull'ordinamento nazionale. Pur se sono chiamati in causa profili di ordine psicologico o pedagogico, mi atterrò alla mie competenze, che sono di carattere giuridico.

1- I diritti che l'ordinamento già riconosce ai componenti di una convivenza

1.1. Quale è nell'ordinamento italiano in vigore l'estensione dei diritti riconosciuti a una convivenza fondata sulla affettività, sia essa fra persone di diverso sesso o dello stesso sesso? Il *Comitato Sì alla famiglia* ha compilato un articolato, munito di un'ampia relazione, che opera la ricognizione di ciò che già esiste: ne ha parlato l'avv. Giancarlo Cerrelli nell'audizione tenuta il 20 gennaio 2015. Tale articolato è stato fatto proprio da alcuni parlamentari e presentato come atto di iniziativa legislativa: è l'AS 1745 dei sen. **Sacconi** e altri.

I diritti già riconosciuti ai componenti di una coppia di fatto, per via di intervento legislativo o giurisprudenziale, sono numerosissimi: e ciò perché, a partire dagli anni 1980, ogniqualvolta la legge ordinaria ha sancito un diritto per il coniuge, di regola lo ha previsto anche per il convivente. Questo modo di procedere è stato affiancato, in parallelo, da numerose sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione intervenute nella materia.

È più facile elencare quello che resta ancora fuori: a) la riserva di legittima per la successione; b) la possibilità per i conviventi di adottare figli; c) una parte delle disposizioni penalistiche e processualpenalistiche che toccano le relazioni familiari; d) un regime pensionistico di reversibilità in favore del convivente.

1.2 Un buon punto di partenza per verificare quanto è già previsto è l'aggancio del rapporto di convivenza al **regolamento anagrafico**, disciplinato dal decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989 n. 223, *Approvazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente*. Gli articoli 1, 4, 6 e 13 del menzionato D.P.R. ricordano che “*l'anagrafe della popolazione residente è la raccolta sistematica dell'insieme delle posizioni relative, fra le altre, ai componenti di una convivenza che hanno fissato nel comune la residenza*”, e che “*l'anagrafe è costituita da schede individuali, di famiglia e di convivenza. In tali schede sono registrate le posizioni anagrafiche desunte dalle dichiarazioni degli interessati, dagli accertamenti d'ufficio e dalle comunicazioni degli uffici di stato civile*”. In tale cornice, adattando le disposizioni di carattere generico contenute nell'originaria stesura del D.P.R., a nostro avviso la convivenza potrebbe essere qualificata come “*l'unione fra due persone legate da stabili vincoli affettivi, coabitanti e aventi dimora abituale nel medesimo comune, insieme con i familiari di entrambi che condividano la dimora*”.

A nostro avviso, non è necessario individuare un tempo minimo di coabitazione idoneo a qualificare la convivenza come “stabile”, poiché ciascun Comune è chiamato a effettuare il relativo accertamento, come già accade ora per la residenza, sulla base di elementi di fatto, evitando che l’apprezzamento sia preventivabile in modo eguale per tutti.

Il riferimento al regolamento anagrafico rende infatti operative le disposizioni dell’intero D.P.R. citato e le norme secondarie e regolamentari a esso collegate, in ordine agli accertamenti della veridicità delle dichiarazioni rese. Si pensi agli articoli da 51 a 56 del D.P.R. riguardanti la vigilanza sulla corretta tenuta degli adempimenti anagrafici, anche per la parte delle dichiarazioni di convivenza e per la loro rispondenza al vero, con le relative sanzioni, o ai soggetti abilitati a rendere le dichiarazioni anagrafiche e al contenuto di esse. Tutto ciò rende **inutili i “registri delle convivenze”**, che costituirebbero un doppione e una fonte di incertezze e di ambiguità. L’aggancio al regolamento anagrafico permette di avere un punto di riferimento formale certo per i diritti dei conviventi.

1.3. Passando nello specifico a questi ultimi, uno degli argomenti maggiormente utilizzati per sostenere la necessità di costruire un regime para-matrimoniale delle convivenze è quello dell’**assistenza sanitaria e ai detenuti**. È un argomento che – come gli altri – non regge al confronto col diritto vigente: è sufficiente ricordare che l’articolo 3 della legge 1 aprile 1999, n. 91, *Disposizioni in materia di trapianti e di prelievi di organi e di tessuti*, prevede che, “*all’inizio del periodo di osservazione ai fini dell’accertamento di morte (...), i medici (...) forniscono informazioni sulle opportunità terapeutiche per le persone in attesa di trapianto nonché sulla natura e sulle circostanze del prelievo al coniuge non separato o al convivente more uxorio*”. E’ uno degli esempi del coinvolgimento di quest’ultimo nelle decisioni in ordine alla salute del partner: riguarda una materia impegnativa e complessa e ben può orientare, per analogia, il comportamento dei responsabili degli ospedali e delle case di cura a proposito dell’assistenza al malato ivi ricoverato da parte del convivente. Oggi nessuna disposizione di legge impedisce al partner di fare visita e/o di assistere il compagno mentre è degente: non si ha notizia di Carabinieri che allontanino i conviventi dalle stanze di ospedale, mentre è più frequente che cerchino i familiari che mancano! La circostanza che il convivente diventa parte di decisioni di notevole peso, come quelle relative ai trapianti, *a fortiori* lo legittima a qualsiasi forma di vicinanza al convivente durante il ricovero.

Restando sul fronte sanitario, va ricordata la deliberazione del Garante per la protezione dei dati personali del 17 settembre 2009 sulla disponibilità dei **dati contenuti nella cartella clinica** e dei documenti che a essa si collegano; sul presupposto che il paziente sia incapace di intendere e di volere o sia deceduto, essa autorizza il convivente all’accesso ai dati in questione.

Ancora. L'articolo 4 della Legge 8 marzo 2000 n. 53, *Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città*, riconosce il **permesso retribuito** di tre giorni lavorativi all'anno alla lavoratrice e al lavoratore in caso di documentata grave infermità del convivente ovvero di decesso, e prevede pure l'accordo col datore di lavoro per modalità differenti di svolgimento della prestazione lavorativa in casi di documentata grave infermità del medesimo convivente.

La disciplina sui **consultori familiari**, di cui alla legge 29 luglio 1975, n. 405, *Istituzione dei consultori familiari*, garantisce l'assistenza psicologica e sociale per la preparazione alla maternità e alla paternità responsabile e per i problemi della coppia e della famiglia anche ai componenti di una convivenza.

Gli articoli 18 e 30 della legge 26 luglio 1975 n. 354, *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà* riconoscono, quanto al rapporto col **convivente detenuto**, la possibilità di colloqui e di corrispondenza telefonica, alle stesse condizioni stabilite per i familiari, e il rilascio di permessi in caso di imminente pericolo di vita e in altre ipotesi di particolare gravità.

1.4. Quanto ai rapporti con i **figli**, l'articolo 315 del codice civile non pone distinzioni circa lo stato giuridico dei figli, qualunque sia la forma del rapporto fra i genitori, e quindi anche se essi siano conviventi e non uniti in matrimonio. Vi è poi un settore ordinariamente non considerato quando si parla di unioni di fatto, perché la gravosità dei doveri da espletare normalmente supera i diritti dei quali si può immaginare di godere: la legge 9 gennaio 2004, n. 6, *Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizioni e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali*, è intervenuta, a proposito della protezione delle persone prive di autonomia, su vari articoli del codice civile, realizzando una estensione dei soggetti interessati alla tutela o alla curatela. Fra essi, per il discorso che qui interessa, vanno ricordati: a) l'art. 408, in base al quale, al comma 1, il giudice tutelare, nella scelta dell'amministratore di sostegno, "*preferisce, ove possibile, il coniuge che non sia separato legalmente, la persona stabilmente convivente, il padre, la madre, il figlio o il fratello o la sorella, il parente entro il quarto grado (...)*"; b) l'art. 410, comma 3, per il quale "*l'amministratore di sostegno non è tenuto a continuare nello svolgimento dei suoi compiti oltre dieci anni, ad eccezione dei casi in cui tale incarico è rivestito dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente, dagli ascendenti o dai discendenti*"; c) l'art. 411, comma 3: "*sono in ogni caso valide le disposizioni testamentarie e le convenzioni in favore dell'amministratore di sostegno che sia parente entro il quarto grado del beneficiario, ovvero che sia coniuge*

o persona che sia stata chiamata alla funzione in quanto con lui stabilmente convivente"; d) l'art. 417, in materia di interdizione e inabilitazione, il quale prevede, al comma 1, che le relative istanze possono essere promosse anche "dalla persona stabilmente convivente"; e) l'art. 426 che, al comma 1, in merito alla "durata dell'ufficio" di tutore o di curatore, dispone che "nessuno è tenuto a continuare nella tutela dell'interdetto o curatela dell'inabilitato oltre i 10 anni, ad eccezione del coniuge, della persona stabilmente convivente, degli ascendenti o dei discendenti".

Sul rapporto fra convivenze e **adozione**, la legge 4 maggio 1983 n. 184, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, valorizza la convivenza sotto due aspetti (per una trattazione più estesa dell'adozione, cf. infra, § 3): in base all'articolo 6, comma 4, della stessa legge, l'aver i coniugi convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni integra il requisito della stabilità del rapporto ai fini della determinazione della idoneità della coppia. In base all'articolo 44, comma 3, l'adozione dei minori è consentita anche a chi non è coniugato in presenza di determinate condizioni: deve trattarsi di persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, quando il minore sia orfano di padre e di madre e sia portatore di disabilità, ovvero quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

La questione della filiazione si completa col richiamo alla legge 19 febbraio 2004 n. 40 *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, che all'articolo 5 permette l'accesso alle tecniche di **procreazione medicalmente assistita** anche a due maggiorenni di sesso diverso se sono fra loro conviventi.

1.5. La convivenza è un tipo di relazione che conosce anche una disciplina riguardante il **contrasto degli abusi al proprio interno**. Questa voce ha un peso non marginale, pur non essendo ordinariamente considerata nelle varie proposte riguardanti le unioni di fatto. La legge 4 aprile 2001, n. 154, *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*, ha introdotto nel codice civile gli articoli 342 *bis* e ss., e ha esteso ai conviventi le forme di protezione contro gli abusi familiari. Ha così previsto il ricorso al giudice "quando la condotta del coniuge o di altro convivente è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente". Ha aggiunto (articolo 342 *ter*) la possibilità di ottenere a vantaggio del convivente, vittima della condotta pregiudizievole, l'allontanamento dalla casa familiare del convivente che ha tenuto quella condotta; nell'ipotesi in cui la vittima sia sprovvista di adeguati mezzi propri, aggiunge a questo la fissazione di un assegno di mantenimento periodico, da porsi a carico del convivente allontanato. In tema di abusi familiari, la legge 28 marzo 2001 n. 149 *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori* ha modificato diverse disposizioni del codice civile:

fra esse, gli articoli 330, comma 2, e 333, comma 2, che prevedono, a tutela del minore, l'allontanamento del genitore o del convivente che maltratta o abusa del minore medesimo.

1.6. Un'altra voce frequentemente evocata a sostegno di una legge sulle unioni civili è quella della **successione nella locazione**. È una questione che ha trovato soluzione da oltre un quarto di secolo, da quando – cioè – la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 404 del 7 aprile 1988 ha riconosciuto al convivente *more uxorio* il diritto di succedere nel contratto di locazione in caso di morte del compagno conduttore dell'immobile, ma anche quando costui si sia allontanato dall'abitazione per cessazione del rapporto di convivenza, in presenza di prole naturale. Con quella pronuncia la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'articolo 6, comma 1 della legge 27 luglio 1978 n. 392 (la legge c.d. sull'*equo canone*), nella parte in cui non prevede tale possibilità di successione. Per la Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. III, 25/05/1989, n. 2524) nell'ipotesi di allontanamento, per qualsiasi motivo, del conduttore dall'immobile locato, il diritto di succedere nel contratto per la convivente *more uxorio* che rimanga nell'immobile stesso con la prole nata dalla loro unione, persiste anche se la convivenza è sorta nel corso della locazione, e senza che il locatore ne abbia avuto conoscenza. Sempre per la Cassazione (Cass. civ., sez. III, 08/06/1994, n. 5544), in caso di morte del conduttore, il convivente succede nel contratto di locazione, a prescindere dalla situazione familiare del titolare del contratto di locazione e dalla presenza di eredi legittimi. Si tratta di orientamenti ormai consolidati e non posti in discussione da alcuno.

Sull'assegnazione degli **alloggi economici-popolari**, la cui competenza è in capo alle Regioni e agli enti locali, l'articolo 13 comma 2 del decreto-legge 25 giugno 2008 n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008 n. 133, pone un criterio di priorità nell'ambito degli accordi raggiunti in sede di Conferenza unificata Stato-regioni ed enti locali, aventi ad oggetto la semplificazione delle procedure di alienazione degli immobili di proprietà degli Istituti autonomi per le case popolari. Tali accordi devono tenere conto, fra gli altri, del diritto di opzione all'acquisto in favore dell'assegnatario unitamente al convivente, purché la convivenza duri da almeno cinque anni.

1.7. La convivenza rileva anche nell'ambito dell'**impresa familiare**. L'introduzione dell'art. 230 bis nel codice civile ha eliminato il principio di gratuità in precedenza previsto, in virtù del vincolo affettivo, a proposito della remunerazione del familiare per la prestazione di lavoro resa nell'impresa familiare. Questa disposizione può essere utilizzata a favore del convivente: per

la Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. lav., 13/12/1986, n.7486) “*Al fine di stabilire se le prestazioni lavorative, svolte nell'ambito di una convivenza more uxorio, diano luogo ad un rapporto di lavoro subordinato oppure siano riconducibili ad una diversa relazione, dalla quale esuli il requisito della subordinazione, il giudice (...) può escludere l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato solo in presenza della dimostrazione rigorosa di una comunanza di vita e di interessi tra i conviventi (famiglia di fatto), che non si esaurisca in un rapporto meramente spirituale, affettivo e sessuale, ma, analogamente al rapporto coniugale, dia luogo anche alla partecipazione, effettiva ed equa, della convivente more uxorio alle risorse della famiglia di fatto*”.

1.8. Il convivente ha diritto al risarcimento del danno patrimoniale e del danno non patrimoniale in caso di morte dell'altro convivente provocata dal fatto ingiusto altrui, ex articoli 2043 e 2059 del codice civile. Ciò accade sulla base di una esegesi della Corte di Cassazione (cf. Cass. Civ., sez. III, 28 marzo 1994, n. 2988), che ha riconosciuto al convivente la risarcibilità del danno patrimoniale in caso di morte del partner provocata dal fatto ingiusto altrui. In particolare, “*ritenuto che nell'ipotesi della c.d. famiglia di fatto (ossia di una relazione interpersonale, con carattere di tendenziale stabilità, di natura affettiva e parafamiliare, che si espliciti in una comunanza di vita e di interessi e nella reciproca assistenza materiale e morale) la morte del convivente provocata da fatto ingiusto altrui fa nascere nel “partner” il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. (per un “patema” analogo a quello che si ingenera nell'ambito della famiglia legittima) e del danno patrimoniale ex art. 2043 c.c. (per la perdita del contributo patrimoniale e personale apportato in vita, con carattere di stabilità, dal convivente defunto, irrilevante rimanendo, invece, la sopravvenuta mancanza di elargizioni meramente episodiche o di mera ed eventuale aspettativa), tanto l'art. 2043, quanto l'art. 2059 c.c. ricomprendono nell'ambito dell'obbligazione risarcitoria il danno risentito in modo immediato e diretto, sotto forma di deminutio patrimonii o di danno morale, da altri soggetti legati alla persona direttamente ed immediatamente lesa da rapporti di natura familiare o parafamiliare ed in quanto tali pregiudicati dall'altrui fatto ingiusto*”. Ciò ha un riflesso anche sul piano processuale, se è vero che la stessa Cassazione (cf. Cass. Pen., sez. I, 4 febbraio 1994, De Felice), ha ritenuto ammissibile la costituzione di parte civile del convivente della vittima del reato. La pronuncia della Cassazione precisa che a rilevare non è qualunque convivenza, anche solo occasionale, bensì quella che abbia avuto un carattere di stabilità, tale da far ritenere ragionevolmente che essa sarebbe continuata nel tempo, ove non fosse intervenuta la condotta delittuosa. Sulla medesima linea, la Cassazione (Cass. Pen. sez. IV, 8 luglio 2002, n. 33305) aggiunge che “*la lesione di qualsiasi forma di convivenza, purché dotata di un minimo di stabilità, tale da non farla definire episodica, ma idonea a*

ragionevole presupposto per un'attesa di apporto economico futuro e costante, costituisce legittima causa petendi di una domanda di risarcimento danni proposta di fronte al giudice penale chiamato a giudicare dell'illecito che tale lesione ha causato”.

Per concludere sulla tutela civilistica, l'articolo 20 riprende l'articolo 5 comma 4 bis del decreto-legge 31 gennaio 2007 n. 7, convertito nella legge 2 aprile 2007 n. 40: è precluso all'impresa di **assicurazione** che si occupa di **re-auto**, in tutti i casi di stipulazione di un nuovo contratto relativo a un ulteriore veicolo della medesima tipologia, acquistato dalla persona fisica già titolare di polizza assicurativa o dal suo convivente, di assegnare al contratto una classe di merito più sfavorevole rispetto a quella risultante dall'ultimo attestato di rischio conseguito sul veicolo già assicurato.

1.9. A proposito della **tutela penalistica**, è vero che questa voce richiede un intervento del legislatore, peraltro più volte evocato dalla giurisprudenza. La considerazione dettagliata delle norme da adattare non giustifica tuttavia la costruzione di un modello alternativo di famiglia, bensì un più modesto intervento di estensione di garanzie e di tutele. In tal senso, non si ravvisano ostacoli a norme che prevedano l'applicazione alla situazione di convivenza: a) dell'aggravante di cui all'articolo 61 n. 9 del codice penale, che riguarda chi abbia commesso il reato con abuso di autorità o di relazioni domestiche; b) della non punibilità di cui all'articolo 384 del codice penale: si tratta della norma che rende esenti da responsabilità penale condotte di favoreggiamento, falsa testimonianza, omessa denuncia, *et similia*, quando l'autore è stato costretto dalla necessità di evitare un grave danno a un prossimo congiunto; nell'espressione “prossimo congiunto” una norma interpretativa può includere senza problemi coloro che compongono una convivenza dichiarata all'anagrafe. Il menzionato articolo 384 del codice penale recita testualmente: *“Nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371 bis, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare se medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocimento nella libertà e nell'onore. Nei casi previsti dagli articoli 371 bis, 372 e 373, la punibilità è esclusa se il fatto è commesso da chi per legge non avrebbe dovuto essere richiesto di fornire informazioni ai fini delle indagini o assunto come testimonia, perito, consulente tecnico o interprete ovvero avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal rendere informazioni, testimonianza, perizia, consulenza o interpretazione”.*

La Corte Costituzionale, chiamata ad esprimersi sulla conformità alla Costituzione di tale ultima norma, ha dichiarato infondata la questione di legittimità, affermando che l'estensione delle cause di non punibilità implica un

giudizio di ponderazione proprio del legislatore (Corte Cost., sent. n. 8 del 1996, e prima ancora nn. 352 del 1989 e 237 del 1986): è quello che potrebbe fare il legislatore, senza necessità di costruire ad hoc un sistema di relazioni familiari. Considerazioni analoghe vanno svolte per la pluralità di norme del codice penale, nelle quali rilevano i rapporti familiari, e precisamente per gli articoli 540, *Rapporto di parentela*; 570, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*; 572, *Maltrattamenti contro familiari e conviventi*; 649, *Non punibilità e querela della persona offesa, per fatti commessi a danno di congiunti*.

1.10. In base alla medesima logiche, si ritengono ammissibili adeguamenti sul fronte della **tutela processualpenalistica**: sul presupposto del disagio e del conflitto interiore che agitano i prossimi congiunti dell'imputato che siano chiamati a testimoniare, è più che ammissibile includere il convivente nella categoria prevista dall'articolo 199 comma 1 del codice procedura penale, mentre già adesso l'art. 199 comma 3 del codice procedura penale riconosce al testimone la facoltà di astenersi dalla testimonianza limitatamente ai fatti verificatisi o appresi dall'imputato durante la convivenza se, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso. Sono già disciplinate per i conviventi le conseguenze e i casi di applicazione del provvedimento col quale il giudice penale dispone l'allontanamento dalla casa comune: è quanto prevede l'articolo 282 bis commi 3 e 6 del codice procedura penale. L'articolo 681 comma 1 del codice procedura penale legittima il convivente alla presentazione di una domanda di grazia in favore dell'altro convivente. La più recente disciplina in tema di indagini patrimoniali antimafia – cf. in particolare l'articolo 19 del decreto legislativo 6 settembre 2011 n. 159 – sottolinea che l'attività economica tale da far individuare le fonti di reddito è anche quella di chi nell'ultimo quinquennio ha convissuto con i soggetti destinatari delle misure di prevenzione.

A proposito delle **vittime di mafia o terrorismo**, la legge 20 ottobre 1990, n. 302, *Norme a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata*, ha esteso al convivente *more uxorio* il diritto di chiedere le provvidenze accordate per le vittime del terrorismo e della criminalità organizzata. All'articolo 4, dopo aver fissato l'entità del beneficio (comma 1), precisa (comma 2) che “*L'elargizione di cui al comma 1 è corrisposta altresì a soggetti non parenti né affini, né legati da rapporto di coniugio, che risultino conviventi a carico della persona deceduta negli ultimi tre anni precedenti l'evento ed ai conviventi more uxorio; detti soggetti sono all'uopo posti, nell'ordine stabilito dal citato articolo 6 della legge 13 agosto 1980, n. 466, dopo i fratelli e le sorelle conviventi a carico*”. Una disposizione analoga si trova nella legge 23 febbraio 1999, n. 44, *Disposizioni concernenti il fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive e dell'usura*, che all'art. 8 ha inserito nell'ambito dei soggetti aventi diritto alle elargizioni previste per le

vittime di richieste estorsive e dell'usura i conviventi: “*Se, in conseguenza dei delitti previsti dagli articoli 3, 6 e 7, i soggetti ivi indicati perdono la vita, l'elargizione è concessa, nell'ordine, ai soggetti di seguito elencati a condizione che la utilizzino in un'attività economica, ovvero in una libera arte o professione, anche al di fuori del territorio di residenza: a) coniuge e figli; b) genitori; c) fratelli e sorelle; d) convivente more uxorio e soggetti, diversi da quelli indicati nelle lettere a), b) e c), conviventi nei tre anni precedenti l'evento a carico della persona*”.

Infine, la legge 13 febbraio 2001, n. 45, che innova il decreto legge 15 gennaio 1991, n. 8, *Nuove norme in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonché per la loro protezione e il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia*, prevede che siano utilizzate le medesime misure di **protezione dei collaboratori e dei testimoni di giustizia** sia nei confronti del coniuge che del convivente. Così recita l'art. 9, comma 5: “*Le speciali misure di protezione di cui al comma 4 possono essere applicate anche a coloro che convivono stabilmente con le persone indicate nel comma 2 nonché, in presenza di specifiche situazioni, anche a coloro che risultino esposti a grave, attuale e concreto pericolo a causa delle relazioni intrattenute con le medesime persone. Il solo rapporto di parentela, affinità o coniugio, non determina, in difetto di stabile coabitazione, l'applicazione delle misure*”.

2- Perplessità sul testo “Cirinnà”

2.1. Se, alla luce di quanto esposto, il completamento del quadro dei diritti riconoscibili ai componenti di una convivenza riguarda solo alcune disposizioni contenute nel codice penale e nel codice di procedura penale – si tratta di voci la cui natura non si presta a controversie –, ciò rende sufficienti al più minuscoli interventi di ordine legislativo. **Il testo unificato** c.d. sulle unioni civili all’esame della Commissione, redatto dalla relatrice sen. **Cirinnà**, va invece oltre tutto questo e – soprattutto nei suoi primi articoli, dall’1 al 7 – giunge a **una sostanziale parificazione del regime delle unioni civili al regime della famiglia fondata sul matrimonio.**

Come è noto, la prima parte del testo-base riguarda in via esclusiva le unioni fra persone dello stesso sesso. Definire la disciplina ivi costruita come un paramatrimonio non è una esagerazione, se si colgono taluni passaggi delle disposizioni che si vorrebbero introdurre:

- articolo 3: *“ad ogni effetto, all’unione civile si applicano tutte le disposizioni di legge previste per il matrimonio”*, al momento con la sola eccezione della possibilità di adottare;

- articolo 2: *“le parti dell’unione civile tra persone dello stesso sesso stabiliscono il cognome della famiglia scegliendolo tra i loro cognomi. Lo stesso è conservato durante lo stato vedovile (...)”*. L’uso del termine “vedovile” per il partner che sopravvive è fin troppo eloquente: “vedovo” o “vedova” è, secondo il vocabolario, il soggetto a cui è morto il coniuge. Ma il coniuge c’è se a monte c’è il matrimonio: a conferma che si sta disciplinando il matrimonio, pur se lo si denomina “unione civile”;

- articolo 4: *“Nella successione legittima (...) i medesimi diritti del coniuge spettano anche alla parte legata al defunto da un’unione civile tra persone dello stesso sesso”*;

- articolo 7: il governo è delegato ad attuare con proprio decreto la riforma, tenendo conto, fra gli altri, del seguente principio *“in materia di ordinamento dello stato civile (...) gli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso siano conservati dall’ufficiale dello stato civile insieme a quelli del matrimonio”*.

La “prova del 9” viene dall’8 in poi. Gli articoli dall’8 al 21 riguardano la *“disciplina delle convivenze”* fra persone dello stesso o di altro sesso. È una regolamentazione *light* rispetto a quella dei primi sette articoli e appare più adeguata alla scelta operata da due persone di sesso diverso che non intendono assumere sui di sé tutti i doveri derivanti dall’unione matrimoniale: questa seconda parte del testo-base conferma, se si hanno dubbi sull’obiettivo sostanziale della prima, che un conto è la convivenza e un conto è la *civil*

partnership, un conto sono le unioni civili *vero nomine* un conto è la costruzione di un sistema sostanzialmente eguale al matrimonio. D'altronde, i primi sette articoli riguardano esclusivamente le persone dello stesso sesso, e invece gli altri, dall'8 in poi, persone dello stesso o di sesso diverso; ciò accade, con tutta evidenza, perché secondo il diritto vigente le persone di sesso diverso hanno facoltà di scelta fra il regime della convivenza e quello del matrimonio; sempre a diritto vigente, le persone dello stesso sesso non hanno alternativa alla convivenza: i primi sette articoli, se pure non qualificano come matrimonio quel tipo di unione civile, colmano la presunta "lacuna" e conferiscono nella sostanza alle persone dello stesso sesso l'identica facoltà di opzione.

2.2. Il quesito che a questo si pone è se tale disciplina rappresenta una obbligata traduzione in legge della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione. Per rispondere al quesito, e senza risalire molto indietro, giova riprendere la recente sentenza della Corte di Cassazione, sez. I Civile 30 ottobre 2014, dep. 9 febbraio 2015, n. 2400. Il caso sul quale è intervenuta la pronuncia è, come è noto, quello di due persone dello stesso sesso, che avevano chiesto di procedere alle pubblicazioni di matrimonio; la richiesta, respinta dall'ufficiale dello stato civile, non era stata accolta nei gradi di merito. I ricorrenti avevano lamentato la violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., perché il diniego di pubblicazioni avrebbe realizzato una discriminazione fondata su una condizione personale, e dell'art. 2 Cost., perché non avrebbe tutelato il pieno sviluppo di una sfera relazionale a carattere costitutivo in una formazione sociale quale è l'unione tra due persone dello stesso sesso; e ciò nel momento in cui tale tipologia di unione ha una protezione di rilievo costituzionale ed è ampiamente riconosciuta dalle fonti internazionali ed europee. Per questo era stata evocata pure anche la violazione degli artt. 10 e 117, comma 1, Cost., dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e dell'art. 12 della CEDU. Il paradigma eterosessuale secondo i ricorrenti si sarebbe da tempo sgretolato grazie all'appartenenza dell'Italia a un sistema multilivello di tutela dei diritti: tale sistema avrebbe introdotto nel nostro ordinamento una nozione di matrimonio comprendente quello fra persone omosessuali.

La Cassazione ha trattato i motivi del ricorso riprendendo anzitutto la sentenza della Corte Costituzionale n. 138 del 2010. Ha ricordato che secondo tale decisione l'art. 12 CEDU e l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea lasciano al legislatore nazionale la scelta di stabilire forme e disciplina giuridica delle unioni tra persone dello stesso sesso: tali scelte rientrano pienamente nel margine di discrezionalità dei singoli stati, dovendosi escludere per questa specifica tipologia di unioni l'imposizione di un modello normativo unico da trarre dal paradigma matrimoniale. Secondo la sentenza n.

138 del 2010 della Consulta, la mancata estensione del modello matrimoniale alle unioni tra persone dello stesso sesso non lede i parametri integrati della dignità umana e dell'uguaglianza. “i quali assumono pari rilievo nelle situazioni individuali e nelle situazioni relazionali rientranti nelle formazioni sociali costituzionalmente protette ex art. 2 e 3 Cost.” Per formazione sociale secondo la Corte “deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, quale stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento (che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia) possa essere realizzata soltanto attraverso un'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio”.

La Cassazione aggiunge che nella citata pronuncia della Corte costituzionale, vi è l'espresso riconoscimento del rilievo costituzionale ex art. 2 Cost. delle unioni tra persone dello stesso sesso e viene rimesso al legislatore, “nell'esercizio della sua piena discrezionalità, d'individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali”, unitamente alla possibilità della stessa Consulta d'intervenire a tutela di specifiche situazioni. Sempre per il Giudice di legittimità, “il processo di costituzionalizzazione delle unioni tra persone dello stesso sesso non si fonda, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, sulla violazione del canone antidiscriminatorio dettata dall'inaccessibilità al modello matrimoniale, ma sul riconoscimento di un nucleo comune di diritti e doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia e sulla riconducibilità di tali relazioni nell'alveo delle formazioni sociali dirette allo sviluppo, in forma primaria, della personalità umana. Da tale riconoscimento sorge l'esigenza di un trattamento omogeneo di tutte le situazioni che presentano un deficit od un'assenza di tutela dei diritti dei componenti l'unione, derivante dalla mancanza di uno statuto protettivo delle relazioni diverse da quelle matrimoniali nel nostro ordinamento.”

Aggiunge la Cassazione che tali conclusioni non cambiano a seguito delle più recenti “pronunce della Cedu e nella sentenza n. 170 del 2014 della Corte Costituzionale. La linea tracciata dalla Corte di Strasburgo in ordine al margine di apprezzamento degli Stati membri è rimasta coerente nelle sentenze Schalk and Kopf c. Austria del 24 giugno 2010, Gas e Dubois c. Francia del 15 marzo 2012 fino alla più recente Hamalainen c. Finlandia del 16 luglio 2014.” Ricorda la Cassazione che “l'art. 12 (della CEDU), ancorché formalmente riferito all'unione matrimoniale eterosessuale, non esclude che gli Stati membri estendano il modello

matrimoniale anche alle persone dello stesso sesso, ma nello stesso tempo non contiene alcun obbligo al riguardo. Nell'art. 8, che sancisce il diritto alla vita privata e familiare, è senz'altro contenuto il diritto a vivere una relazione affettiva tra persone dello stesso sesso protetta dall'ordinamento, ma non necessariamente mediante l'opzione del matrimonio per tali unioni. Questa esigenza, unita all'insussistenza dell'obbligo costituzionale o convenzionale di estendere il vincolo coniugale alle unioni omoaffettive, è stata ribadita dalla sentenza n. 170 del 2014 della Corte Costituzionale (...). Peraltro, i principi sopra delineati hanno costituito il fondamento anche della pronuncia di rigetto della trascrizione di un matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso di questa Corte (sent. n. 4184 del 2012). Nel nostro sistema giuridico di diritto positivo il matrimonio tra persone dello stesso sesso è inidoneo a produrre effetti perché non previsto tra le ipotesi legislative di unione coniugale.”

2.3. Ciò consente di trarre una prima conclusione rispetto al quesito dal quale ho preso le mosse: il regime sostanzialmente matrimoniale che il “testo Cirinnà” riserva ai componenti di una unione fra persone dello stesso sesso è in qualche misura obbligatorio a seguito della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione? La risposta, fornita dalla stessa Cassazione, è senza incertezze negativa. Quest’ultima, nella sentenza depositata qualche giorno fa e più volte richiamata, non manca di sottolineare che “il nucleo affettivo-relazionale che caratterizza l’unione omo-affettiva (...) riceve un diretto riconoscimento costituzionale dall’art. 2 Cost. e mediante il processo di adeguamento e di equiparazione imposto dal rilievo costituzionale dei diritti in discussione può acquisire un grado di protezione e tutela equiparabile a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione di diritti fondamentali scaturenti dalla relazione in questione.” E qui emerge l’utilità del testo unico dei diritti dei conviventi proposto dal sen. Sacconi: se il Legislatore intende muoversi sulla lunghezza d’onda tracciata dalla Corte costituzione e dalla Corte di Cassazione, ben può elencare i diritti già esistenti, che abbiano già fondamento normativo – in tal caso, non c’è che da ricordarne la vigenza – o giurisprudenziale: in tal caso, se l’orientamento dei giudici è stabile e non oggetto di contrasto esegetico, il contenuto delle decisioni attinenti ai singoli diritti ben può essere traslato in disposizioni di legge, per renderlo più chiaro.

Non mi soffermo sul passaggio della sentenza della Corte di Cassazione che esclude “la contrarietà all’ordine pubblico del titolo matrimoniale estero pur riconoscendone l’inidoneità a produrre nel nostro ordinamento gli effetti del vincolo matrimoniale”, perché ciò richiederebbe una disamina che va oltre il tema della presente audizione. È invece da considerare l’altro passaggio della pronuncia, quello secondo cui “l’operazione di omogeneizzazione può essere svolta dal giudice

comune, e non soltanto dalla Corte costituzionale, in quanto tenuto ad un'interpretazione delle norme non solo costituzionalmente orientata, ma anche convenzionalmente orientata (Corte Cost. sent. n. 150 del 2012).” Se il Legislatore intende fornire, come rientra nelle proprie prerogative, un quadro di riferimento stabile, non lasciandolo all'intervento del singolo giudice, del “giudice comune”, la prospettazione organica e chiara dei diritti riconosciuti e riconoscibili operata dal d.d.l. Sacconi risponde a tale esigenza.

Lo afferma la stessa Cassazione, quando spiega che “la legittimità costituzionale e convenzionale della scelta del legislatore ordinario in ordine alle forme ed ai modelli all'interno dei quali predisporre per le unioni tra persone dello stesso sesso uno statuto di diritti e doveri coerente con il rango costituzionale di tali relazioni conduce ad escludere il fondamento delle censure prospettate, non solo sotto il profilo della creazione giurisprudenziale dell'unione coniugale tra persone dello stesso sesso, risultando tale operazione ben diversa da quella consentita (Cass. 4184 del 2012) di adeguamento ed omogeneizzazione nella titolarità e nell'esercizio dei diritti, ma anche delle prospettate censure d'incostituzionalità.”

È ovvio che se la tutela che l'articolo 29 della Costituzione riserva alla *“famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”* è più specifica e mirata rispetto a quella che l'articolo 2 della stessa Carta fondamentale riserva alle *“formazioni sociali intermedie”*, fra le quali la giurisprudenza colloca le convivenze, lo *“statuto delle convivenze”* auspicato dalla Cassazione non può tradursi in un testo nel quale, come recita l'articolo 3 del d.d.l. Cirinnà *“ad ogni effetto, all'unione civile si applicano tutte le disposizioni di legge previste per il matrimonio”*.

Il senso di realtà e la Costituzione impediscono di equiparare in tutto e per tutto istituti che pari non sono, come il matrimonio e la convivenza; né quello “statuto” può essere un matrimonio sotto altro nome, come ha avuto modo di precisare il sottosegretario della Presidente del Consiglio on. Ivan Scalfarotto, che in una intervista a *la Repubblica* del 16 ottobre 2014 ha affermato: *“L'unione civile non è un matrimonio più basso, ma la stessa cosa. Con un altro nome per una questione di realpolitik”*. Se si persegue l'obiettivo della introduzione nel nostro ordinamento del matrimonio fra persone dello stesso sesso si adoperi la terminologia adeguata, per chiarezza nei confronti della Nazione rappresentata in questa assise: mettendo da parte questioni *“di realpolitik”*.

3- Convivenza e adozione

3.1. Il terzo e ultimo quesito riguarda l'inclusione o l'esclusione dell'adozione fra i diritti che l'ordinamento riconosce ai componenti di una convivenza. Premesso che precludere ai componenti di una convivenza di adottare un bambino non è scelta discriminatoria – per le ragioni prima enunciate e per quanto si dirà *infra* –, va detto subito che parificare nella sostanza i conviventi al matrimonio conduce necessariamente – è solo questione di tempo – a consentire pure ai conviventi l'adozione dei minori. Nell'ipotesi in cui il d.d.l. Cirinnà fosse approvato nella sua attuale stesura, le Corti europee e della Corte costituzionale italiana troverebbero discriminatorio, una volta messi sullo stesso piano coniugi e conviventi in tutto tranne che per l'adozione, non garantire l'accesso all'adozione dei minori ai conviventi.

La questione da affrontare è dunque la seguente: ritenere l'adozione qualcosa di incompatibile con lo “statuto dei conviventi” costituisce una ingiusta discriminazione o è qualcosa che ha un suo fondamento? L'interrogativo non è teorico, sia perché il tema costituisce in via generale oggetto di dibattito, sia perché una recente **sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma** (d'ora in avanti per brevità TM Roma) – la n. 299 del 30 giugno 2014, dep. **30 luglio 2014** – va nella direzione esattamente opposta all'orientamento consolidato da decenni nell'interesse del minore. In coerenza col metodo di includere fra i diritti dei conviventi già riconosciuti dall'ordinamento ciò che deriva dalla giurisprudenza, ha senso domandarsi se tale decisione può essere utilmente presa in considerazione dal Legislatore, ovvero se essa si ponga in totale distonia col sistema.

Il caso preso in esame dal TM Roma è stato quello della richiesta di adozione della figlia biologica della convivente avanzata da convivente dello stesso sesso. A monte vi era la scelta della ricorrente e della compagna, entrambe italiane, di realizzare all'estero un progetto che in Italia era ed è vietato dalla legge. In Spagna la più giovane fra le due donne aveva praticato la fecondazione eterologa e aveva partorito la bambina; la coppia era iscritta al registro comunale delle unioni civili e aveva poi contratto matrimonio omosessuale in Spagna.

Come è noto, la sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 2014 ha dichiarato costituzionalmente illegittima la disposizione della legge n. 40/2004 che vietava la fecondazione eterologa, ma ha precisato che tale pratica continua a essere ammessa esclusivamente per le “*coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi*”, come indicato dall'art. 5 comma 1 della legge. Al TM Roma veniva quindi chiesto di eludere la legge italiana. E' pur vero che la legge 40 si era preoccupata di tutelare il minore

concepito da fecondazione eterologa (art. 9), negando al padre putativo il diritto di disconoscere il figlio e impedendo qualunque relazione giuridica tra il donatore di gameti e il nato: ma tali cautele, introdotte **a tutela del concepito e non degli adulti** interessati dalla fecondazione eterologa, si collocano nel quadro di un metodo di superamento dell'incapacità a procreare riservato a coppie di sesso diverso. Sotto questo profilo, la concessione dell'adozione in casi particolari alla compagna dello stesso sesso di colei che si è sottoposta alla fecondazione eterologa va molto oltre quanto previsto e consentito dalla stessa legge 40 per tutelare i minori generati da tale pratica.

3.2. Dalle prime battute della sentenza emerge che la prospettiva seguita dalla ricorrente e dalla compagna era quella di dare seguito al loro desiderio di un figlio comune: **non è stato prospettato un interesse della minore da soddisfare, bensì le esigenze della “seconda mamma”** che ha proposto il ricorso. Rispetto alla bambina interessata dalla vicenda, non risultava alcuna carenza o problematica che giustificasse la pronuncia richiesta: anzi, la domanda della ricorrente era fondata unicamente sui *“rapporti instaurati e consolidati con la piccola”*, e non era allegato alcun concreto impedimento, da rimuovere col provvedimento del TM, alla conservazione del rapporto affettivo della ricorrente con la minore; né era evocata alcuna specifica esigenza della minore avente per oggetto il provvedimento di adozione. Al contrario, la ricorrente, la compagna, le assistenti sociali, la psicologa del servizio hanno riferito che la minore non aveva alcun problema a vivere la sua attuale condizione...

Il fatto che la minore si relazionasse alle due donne “come ai suoi due genitori” veniva riferito come positivo dall'assistente sociale e dalla psicologa incaricate del caso, ma nessuno sembra essersi posto il problema della verosimiglianza di tale percezione indotta nella minore: alla bambina è stata, cioè, presentata come vera una situazione che non è neppure verosimile, poiché due donne non possono essere madri o comunque genitori di uno stesso bambino. Non esistono al mondo bambini nati da due donne. Né valgono, a sostenere l'ipotesi in questione, i casi nei quali due persone dello stesso sesso, usualmente legate da parentela come madre e nonna, o madre e zia, allevino un minore in mancanza del padre: mai, infatti, è capitato che il parente coadiutore dello stesso sesso abbia chiesto di diventare formalmente il secondo genitore del minore (ben diverso è il caso dell'adozione di maggiorenni).

L'assenza del padre e il fatto di dover spiegare alla minore la medesima assenza sono aspetti contenuti nel provvedimento in poco più di un rigo: *“Le operatrici hanno condiviso sia con l'... che con la ... la necessità per la bambina di “movimenti psicologici” idonei a consentirle l'elaborazione della sua storia familiare, ed in particolare della sua nascita”*. E questo nonostante l'art. 3 della convenzione di Strasburgo – resa esecutiva con legge 77 del 2003 – assicuri ai minori il diritto di

ricevere, nei procedimenti che li riguardano, ogni informazione pertinente: questo diritto è stato negato alla minore in questione, tanto che ci si è preoccupato di assegnarle una seconda mamma senza averle detto nulla del papà.

La motivazione del provvedimento, risultante dalla posizione della ricorrente e della compagna, delinea la ratio del ricorso: poiché si parla di desiderio del figlio e di progetto di genitorialità condivisa, è evidente che la visione della vicenda è *adultocentrica*; la minore appare il frutto di un progetto della coppia di donne e l'oggetto della richiesta di regolarizzazione formale del suo rapporto con loro. Eppure la Corte costituzionale ha spiegato che il diritto al figlio non è un assoluto: nella sentenza 162/2014 in tema di fecondazione eterologa, essa spiega che *“la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia (...) di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti.”* L'“interesse superiore del minore” non coincide con l'interesse degli adulti che lo reclamano, né può essere ricostruito a prescindere dal diritto positivo e dai diritti che al minore vengono riconosciuti dalla normativa vigente.

3.3. Il provvedimento del TM Roma opera un'ampia digressione sull'interesse del minore, ma omette qualunque accenno alle norme ed ai principi della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo – ratificata e resa esecutiva con la legge n. 176/1991 –, nonché alle norme ed ai principi espressi nella prima parte della legge n. 184/1983. Così, in particolare, nella pronuncia non si fa nessun riferimento al diritto del minore di *“conoscere ed essere allevato dai propri genitori”* (art. 7 della Convenzione di New York): il progetto di genitorialità condivisa attuato dalla coppia omosessuale è stato condotto in palese e consapevole violazione di tale principio, poiché alla minore è stata negata in radice la possibilità di conoscere ed essere allevata dal proprio padre. La sentenza del TM Roma fa ripetuti richiami alle leggi n. 176/1991 e n. 184/1983; ma tali leggi ruotano attorno al fondamento del diritto dei minori a non essere separati dai propri genitori, a coltivare con entrambi i propri genitori rapporti assidui, a vedersi riconoscere la propria identità comprensiva delle relazioni familiari, a ricercare le proprie origini anche dopo l'adozione: negare tutto questo alla minore non è conforme al suo interesse. Persino il *“diritto del minore ad una famiglia”*, che è il titolo della legge n. 184/1983, restando collegato alla necessità del vincolo matrimoniale come requisito della coppia adottante, richiama il diritto dei minori ad avere una figura materna e a una paterna.

Che i matrimoni siano fragili e non assicurino il requisito di stabilità è ininfluenza sulle ragioni per le quali il matrimonio è requisito degli aspiranti adottanti: è evidente che ai fini dell'adozione è importante che vi siano un padre ed una madre, che appunto non vengono meno nei confronti del bambino in caso di crisi di coppia. Il concetto di interesse del minore usato dal TM Roma è avulso dai principi che ispirano la materia delle relazioni familiari: ciò potrebbe condurre con

sé un effetto di “reificazione” del minore, che diverrebbe oggetto di possesso e della relativa richiesta di regolarizzazione del titolo.

Il TM si sofferma anche sulla necessità di rilevare come l’adozione in casi particolari non possa essere preclusa in ragione dell’orientamento sessuale del richiedente, per evitare una ingiusta discriminazione: anche nel ragionamento che accompagna tale considerazione si nota, tuttavia, una prospettiva adultocentrica, che dimentica che **la legge 184 ha lo scopo di attribuire al minore una famiglia, non quello di attribuire un minore a una famiglia**. Se il diritto del minore a una famiglia è inviolabile e nella materia va perseguito il superiore interesse del minore, controllare che l’aspirante adottante sia di sesso diverso da quello del genitore biologico è garantire la tutela dei diritti del minore, non discriminare un adulto.

3.4. Il riferimento contenuto nella sentenza all’art. 44 lettera d) della legge n. 184/1983 operato dal TM Roma per giustificare la propria decisione è erraneo, perché quella disposizione riguarda solo minori in stato di abbandono, per i quali non è possibile avviare l’iter dell’adozione piena, che passa appunto attraverso l’affidamento preadottivo: ma su questo si rinvia oltre. In grave contrasto con i principi nazionali e internazionali citati è anche il passo del provvedimento del TM che afferma “*non sono né il numero né il genere dei genitori a garantire di per sé le condizioni di sviluppo migliori per i bambini, bensì la loro capacità di assumere questi ruoli e le responsabilità educative che ne derivano*”. Anche in questo caso il TM pare avere dimenticato che la legge n. 184/1983 si fonda così radicalmente sulla convinzione che l’*optimum* per ogni minore sia vivere con i propri genitori, che all’art. 1 afferma che le istituzioni devono sostenere con idonei interventi i nuclei familiari al fine di prevenire l’abbandono e di consentire al minore di essere educato nell’ambito della propria famiglia, precisando poi che solo quando “*la famiglia non è in grado di provvedere alla crescita e all’educazione del minore si applicano gli istituti della presente legge*”. Dunque, **questa sentenza** – non definitiva e in questo momento sottoposta ad appello – **non può in alcun modo costituire precedente per aperture all’adozione nelle convivenze**, e in particolare nelle convivenze fra persone dello stesso sesso, per il serio contrasto con il diritto positivo vigente che essa presenta.

Riportando invece la riflessione sugli orientamenti esegetici consolidati, e prima ancora sul dato normativo, insuperabile per via giurisprudenziale, va detto che nel nostro ordinamento l’adozione legittimante – quella, cioè prevista dai Titoli I e III della legge n. 184/1983, rispettivamente nominati “dell’adozione” e “dell’adozione internazionale” – è consentita soltanto a tutela di un minore che sia stato dichiarato adottabile perché “in stato di abbandono” in Italia o all’estero, e in favore di una coppia di coniugi uniti in matrimonio (cui si aggiungono gli altri requisiti in fatto di età e di capacità ad educare istruire e mantenere e ad essere

affettivamente idonei). In base all'articolo 6 della legge n. 184/83, l'adozione è consentita (comma 1) *“a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. Tra i coniugi non deve sussistere e non deve avere avuto luogo negli ultimi tre anni separazione personale neppure di fatto”*; mentre per il comma 3 *“il requisito della stabilità del rapporto di cui al comma 1 può ritenersi realizzato anche quando i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni, nel caso in cui il Tribunale per i Minorenni accerti la continuità e la stabilità della convivenza avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto”*. Per l'articolo 29 bis legge n. 184/83, tali requisiti valgono anche per l'adozione internazionale: *“le persone residenti in Italia che si trovano nelle condizioni prescritte dall'art 6 e che intendano adottare un minore straniero residente all'estero, presentano dichiarazione di disponibilità al Tribunale per i Minorenni del distretto in cui hanno la residenza e chiedono che lo stesso dichiari la loro idoneità all'adozione”*.

3.5. Dunque, non è possibile l'adozione da parte di conviventi, siano essi coppie eterosessuali o omosessuali. Poiché, sia pure in assenza di una norma definitoria espressa, il nostro ordinamento prevede che possano essere uniti in matrimonio solo un uomo ed una donna, appare evidente come il tema dell'accesso all'istituto dell'adozione legittimante nazionale e internazionale da parte delle coppie omosessuali sia strettamente legato a quello della possibilità di queste ultime di accedere all'istituto del matrimonio: oggi non vi è spazio alcuno per riconoscere la possibilità per consentire l'adozione legittimante di un minore da parte di coppie omosessuali. Nessuna sentenza di merito “creativa” è riuscita a fare breccia su tale impianto tanto semplice quanto inespugnabile, peraltro riconosciuto immune da censure di incostituzionalità e rispettoso della normativa sovranazionale: la Corte Costituzionale con la sentenza n. 138/2010 prima richiamata ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Venezia e dalla Corte d'Appello di Trento con riferimento alle norme civilistiche in materia di matrimonio (artt. 93, 96, 98, 107,108, 143, 143 bis, 156 bis, c.c.) con riferimento agli art. 2, 3 29 e 117 della Costituzione. La Consulta ha spiegato, in particolare, che:

- non vale il riferimento all'art 2 Cost. . Infatti *“l'unione omosessuale intesa come stabile convivenza fra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”* rientra nella nozione di *“formazione sociale”* in cui si estrinsecano i diritti inviolabili dell'uomo. Per questo (...) *“si deve escludere (...) che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione della unioni omosessuali al matrimonio. (...) Ne deriva dunque che, nell'ambito applicativo dell'art. 2 della costituzione spetta al Parlamento,*

nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette”;

- non vale il riferimento agli artt. 3 e 29 Cost.: La Corte ha premesso che “è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere “cristallizzati” con riferimento all’epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati non solo tenendo conto delle trasformazioni dell’ordinamento, ma anche dell’evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, tuttavia non può spingersi fino al punto di incidere sul nucleo della norma modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata (...).I costituenti, elaborando l’art 29 cost. discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione e un’articolata disciplina nell’ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942 che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato in via ermeneutica perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad una interpretazione creativa. Si deve ribadire, dunque, che la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto.” Conseguentemente, continua la Corte, la normativa civilistica che contempla esclusivamente il matrimonio fra uomo e donna va considerata del tutto coerente sul piano costituzionale e “ciò sia perché trova fondamento nel citato art 29 della Cost., sia perché la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione in quanto le unioni omosessuali non possono considerarsi omogenee al matrimonio”;
- non vale, infine, il parametro riferito all’art 117 Cost. che si assume violato per mancato rispetto della normativa sovranazionale, in particolare per contrasto con l’art. 12 (diritto al matrimonio) della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali) e l’art. 9 (diritto a sposarsi ed a costituire una famiglia) della Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea). Osserva la Corte che “l’art. 12 dispone che «Uomini e donne in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l’esercizio di tale diritto».

3.6. Pertanto, a parte il riferimento esplicito agli uomini ed alle donne, è decisivo il rilievo che anche la citata normativa non impone la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna. Anche nella giurisprudenza di Strasburgo non si ravvisa alcuna censura a quegli stati la cui normativa interna non consente l’accesso al matrimonio a coppie dello stesso sesso. Con la pronuncia nel caso *Schalk e Kopf*, pur essa già richiamata, depositata il 24 giugno 2010 (app. n. 310141/04) la Corte di Strasburgo ha ritenuto

che l'articolo 12 (diritto di sposarsi) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non impone l'obbligo agli Stati contraenti di concedere l'accesso al matrimonio a coppie dello stesso sesso. Al par. 61 la Corte di Strasburgo ha ripreso quanto già affermato in precedenza a proposito dell'interpretazione dell'articolo 12, che farebbe riferimento solo all'unione tra persone di sesso diverso, ma ha anche preso atto del crescente consenso europeo verso il riconoscimento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso. I giudici hanno però rilevato che tale riconoscimento non è previsto nella maggioranza degli Stati e che le eventuali modifiche legislative restano nella disponibilità degli Stati stessi, per cui, pur senza escludere a priori che la disposizione relativa al diritto di sposarsi possa essere applicata alle unioni tra persone dello stesso sesso, hanno confermato che il matrimonio omosessuale non rientra, “*as matter stand*”, nella tutela della Convenzione, rimanendo invece nella disponibilità degli Stati nazionali (par. 61).

Ricapitolando:

- oggi l'adozione legittimante nazionale e internazionale è consentita solo a coppie coniugate;
- non essendo possibile l'accesso al matrimonio degli omosessuali le coppie omosessuali (come del resto anche quelle eterosessuali solo conviventi) non possono adottare;
- costruire l'istituto del matrimonio come unione fra un uomo ed una donna è esente da censure a livello costituzionale (Corte cost 138/10) e sovranazionale (pronuncia nel caso *Schalk e Kopf*, depositata il 24 giugno 2010), avendo la Corte di Strasburgo affermato che l'articolo 12 (diritto di sposarsi) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non impone l'obbligo agli Stati contraenti di concedere l'accesso al matrimonio a coppie dello stesso sesso;
- a oggi, sostenere che le coppie omosessuali non possano adottare con l'adozione legittimante è non solo conforme al nostro ordinamento interno ma esente da censure di incostituzionalità e di contrasto con la normativa sovranazionale.

3.7. Tornando alla questione posta da TM Roma, essa in sostanza chiama in causa la c.d. **stepchild adoption**, istituto anglosassone che letteralmente significa “adozione del figliastro”: con tale denominazione si intende la possibilità di adottare all'interno di una coppia il figlio naturale o adottivo del partner; normalmente è un istituto che viene riferito a coppie omosessuali.

Nel nostro ordinamento è disciplinato qualcosa di differente, dal Titolo IV-“dell'adozione in casi particolari” della legge n. 184/1983. Tale *tertium genus* di adozione è stato circoscritto a ipotesi tassative finalizzate a perseguire l'interesse del minore. La Corte Costituzionale ha osservato che il legislatore ha voluto nella sua discrezionalità differenziare l'istituto in esame sia dall'adozione legittimante

che da quella fra persone maggiori d'età, salvaguardando l'esigenza di non recidere il legame del minore col proprio passato e con la famiglia di origine (Corte cost., sentenza n. 268/2002). La norma in questione è l'articolo 44: esso si apre con l'affermazione che i minori possono essere adottati "*anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7*" vale a dire i minori che non siano stati dichiarati "in stato di adottabilità". Inoltre, salvo che nel caso di cui alla lett. b), "*l'adozione è consentita oltre che ai coniugi anche a chi non è coniugato*".

Appare opportuno esaminare in modo distinto le quattro ipotesi normativamente previste:

- a. adozione dell'orfano da parte di parenti entro il 6° grado o di terzi che abbiano con il minore un rapporto stabile e duraturo preesistente alla perdita del genitore. Il legislatore ha escluso la dichiarazione dello stato di adottabilità di un minore, pur in presenza di uno stato di abbandono (per morte) da parte dei genitori o dei parenti entro il 4° grado, al fine di favorire il suo permanere all'interno della famiglia intesa in senso più ampio ovvero al fine di salvaguardare significativi rapporti già esistenti con estranei;
- b. adozione da parte del coniuge del genitore. Si prevede tale ipotesi al fine di conferire rilievo giuridico al rapporto affettivo creatosi all'interno della nuova famiglia del genitore. La finalità della disposizione è garantire uno sviluppo armonico del minore (sia esso figlio legittimo, legittimato, naturale o adottivo) all'interno della famiglia in cui vive. Larga parte della giurisprudenza riteneva necessaria la presenza di un legame matrimoniale per rendere ammissibile l'adozione e, più volte, i giudici hanno respinto richieste di adozioni di soggetti che, seppur idonei in tutto e per tutto a rivestire la qualità di genitore del minore, non erano però "coniugi". La ratio sottesa a una tale linea di pensiero era senz'altro quella della stabilità di un vincolo come quello matrimoniale;
- c. adozione dell'orfano che abbia disabilità;
- d. adozione per impossibilità di affidamento preadottivo. E' questa l'ipotesi più controversa a causa dell'ambiguità della locuzione "*quando vi sia constatata impossibilità di affidamento preadottivo*" (che, giova precisarlo, può avvenire ex art 22 legge 184/83 solo quando il minore sia stato dichiarato adottabile con sentenza passata in giudicato). La giurisprudenza sul punto è andata nel tempo evolvendo dalla primigenia interpretazione secondo la quale l'impossibilità di affidamento preadottivo dovesse essere intesa come **impossibilità di fatto** concretamente sperimentata: come nel caso in cui non sia stato possibile collocare il minore, dichiarato in stato di abbandono, in alcuna famiglia a causa di problematiche personali dello stesso. Successivamente il concetto si è dilatato fino a ricomprendere quelle situazioni in cui non si era giunti a dichiarare in stato di abbandono il minore: così quando un minore, lungamente collocato in una famiglia affidataria a causa delle carenze genitoriali, non si possa allontanare da essa se non con grave pregiudizio.

Ovvero quando una situazione di carenza genitoriale – che abbia dato causa a un affidamento a una coppia che non aveva i requisiti per adottare – si era poi trasformata in uno stato di abbandono: anche in questo caso dichiarare il minore adottabile e trasferirlo in una famiglia idonea all'adozione esporrebbe il minore a un pregiudizio sicuro. E' altresì evidente come l'ipotesi del 44 lett d) si fonda sulla sussistenza di una situazione di abbandono, o quanto meno di parziale incapacità della famiglia di provvedere ai bisogni del minore che, per tale ragione, ha sperimentato lungamente l'inserimento in un diverso contesto familiare.

3.8. Si è visto più sopra che se è vero che l'interpretazione della norma dapprima era ancorata alla impossibilità di fatto di procedere all'affidamento preadottivo – il minore è stato dichiarato adottabile ma non è stato possibile trovare famiglie disposte ad accoglierlo o il minore, che aveva già sperimentato un affidamento, non ha accettato di stare con altri che con i suoi affidatari – e poi è stata estesa fino a comprendere casi di impossibilità “ di diritto” nei quali il minore non era stato dichiarato adottabile, tuttavia il presupposto per l'applicazione dell'istituto era sempre, se non un accertato stato di abbandono, una situazione di carenza della famiglia biologica del minore che in ragione di ciò aveva sperimentato positive relazioni con affidatari il legame con i quali si intendeva mantenere e valorizzare nell'esclusivo interesse del minore.

Con la sua sentenza il **TM di Roma ha sostanzialmente introdotto la stepchild adoption** nell'ambito delle coppie omosessuali in Italia. Si è spiegato prima perché il ragionamento della sentenza sia scorretto: la ratio della norma è quella di garantire a un minore che si trovi in una situazione di carenza della propria famiglia naturale un maggiore riconoscimento dei rapporti instaurati con le persone che avessero di fatto vicariato la sua famiglia in difficoltà. Il salto logico operato dal TM Roma è duplice: in primo luogo si dice che “*impossibilità di affidamento preadottivo*” significa sia impossibilità di fatto (il minore è stato dichiarato in stato di abbandono ma non è stato in concreto possibile affidarlo a nessuno) sia impossibilità di diritto (in quanto il minore non è stato dichiarato adottabile o la coppia che già lo accoglieva non ha i requisiti per l'adozione). In secondo luogo si aggiunge che si può prescindere dal sostrato fattuale della mancanza di un ambiente familiare idoneo; secondo tale impostazione, l'impossibilità “di diritto” dell'affidamento preadottivo può prescindere da una situazione di mancanza di "ambiente familiare idoneo" per il minore: come se il legislatore, nell'introdurre la norma, avesse voluto consentire l'adozione di minori adeguatamente curati dalla famiglia biologica e la cui situazione non fosse, invece, già all'attenzione dell' autorità giudiziaria minorile nell'ambito di un procedimento finalizzato all' accertamento dello stato di abbandono, o quantomeno di limitazione della potestà genitoriale.

In sede di approvazione delle unioni civili deve ribadirsi che, in base alla costante giurisprudenza di Straburgo che è attentissima a vigilare che le coppie e i single non vengano discriminati con riferimento alla libera espressione della “vita familiare”, ciò che è consentito alle coppie eterosessuali deve essere consentito anche a quelle *same sex*. Pertanto, ove si ammetta la stepchild adoption per le coppie unite da patti di convivenza lo si deve ammettere anche per le coppie *same sex*.

Va da ultimo confermato che parlare dei “diritti delle coppie conviventi” con riferimento all'adozione è fuorviante sol che si consideri che la legge n. 183/1984 è intitolata "diritto del minore ad una famiglia": tale scelta terminologica si pone semanticamente in contrasto con la costruzione di un del “diritto” dell'adulto ad un figlio. Nella logica corretta dell'adozione, né le coppie di conviventi (di diverso o dello stesso sesso) e neanche le coppie coniugate hanno titolo per pretendere il "diritto" di avere un figlio in adozione. Per comprendere a quale famiglia abbia diritto – questa volta in senso proprio, e senza virgolette – un minore abbandonato è necessario comprendere prima chi è un minore abbandonato. Sfumata l'immagine del pargoletto *derelictus* sui gradini di una chiesa, le sentenze dei tribunali per i minorenni raccontano di infinite declinazioni dell'abbandono che vanno dall'icona quasi romantica appena evocata, attraverso la vasta gamma dell'incuria e dell'essere spettatori di violenza, fino ai maltrattamenti e agli abusi sessuali. Se questa è la condizione del minore in stato di abbandono, il legislatore ha finora delineato le figure di genitori adatte ad accoglierlo in adozione, che devono essere capaci di "educare, istruire e mantenere" il minore medesimo, ed essere "affettivamente idonei": ossia capaci di accogliere senza riserve il bagaglio di sofferenza che il bambino porta con sé. Si tratta infatti di dargli adeguate risposte affettive ed educative, in grado di riparare traumi certamente subiti.

Allorché il legislatore ha delineato il profilo dei genitori idonei ad assolvere il compito appena evidenziato, ha elencato le caratteristiche che devono possedere nell'articolo 6 della legge n. 183/1984: una coppia, unita in matrimonio, con una differenza di età con l'adottando fra i 18 e i 45 anni. Tali caratteristiche appaiono evidentemente ispirate al criterio dell'*imitatio naturae*: esse costituiscono i requisiti di ammissibilità della domanda di adozione, ma sono condizioni necessarie e non sufficienti per essere, all'esito della valutazione dei servizi e del Tribunale, considerati idonei all'adozione. Senza invocare evidenze scientifiche, che pure ci sono ma non rientrano nelle mie competenze, è fuor di dubbio che la coppia costituita da persone dello stesso sesso, con il suo duplicare talune caratteristiche soggettive dei genitori privano il minore di una varietà di esperienze relazionali: discostandosi dal modello familiare prevalente in natura, costringe il minore a uscire, per così dire, dalla sua "zona di comfort" . In nome di un'esigenza degli

adulti – non di un diritto in senso proprio – si giunge a sacrificare il diritto del minore a una famiglia il più possibile idonea a crescerlo in maniera tale da riparare i traumi passati e da preservarlo da ulteriori inutili fatiche psicologiche.

Taluno sostiene che è meglio per un bambino abbandonato vivere con una coppia omosessuale che rimanere in istituto: l'affermazione, non poco demagogica, deve fare i conti con i dati statistici delle adozioni nazionali, dai quali emerge una netta sperequazione fra il numero di coppie aspiranti all'adozione e il numero di bambini dichiarati adottabili: per ogni bambino vi sono svariate coppie in attesa. Quell'argomento frana di fronte alla realtà.