

La genitorialità sociale dal punto di vista giuridico.

Stefano Ciambotti¹

Individuazione della fattispecie e criticità.

L'evoluzione della società ha fatto emergere modelli familiari differenti dal tradizionale ambito della famiglia nucleare, costituita all'interno delle convivenze coniugali o di fatto. Si pensi al fenomeno delle famiglie ricomposte, etero e omosessuali; alle famiglie monogenitoriali; alle famiglie composte da persone eterosessuali o dello stesso sesso e dai figli nati attraverso tecniche di fecondazione assistita, etc..

Questa diversificazione del modello familiare tradizionale ha posto in luce un altro fenomeno, definito, a livello europeo ed extraeuropeo, con la locuzione di sintesi "genitorialità sociale", in cui l'aggettivo "sociale" è utilizzato per distinguere tale forma di genitorialità da quella tradizionale derivante dalla discendenza biologica, definita appunto "genitorialità biologica" e caratterizzante la struttura familiare tipica. Invero, si definisce "genitore sociale" il soggetto che esercita le funzioni genitoriali (di cura, assistenza e mantenimento) nei confronti di un minore sul presupposto della sola relazione affettiva e non anche, appunto, della discendenza biologica.

Quello del genitore sociale, dunque, è un ruolo sostanziale, che ricorre, principalmente, in due tipologie di famiglie: in quelle (anche omosessuali) formatesi a seguito dell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, le cc.dd. famiglie pluriematiche²; oppure nelle cc.dd. famiglie ricomposte, cioè formate da coppie, anche non unite in matrimonio (e quindi anche dello stesso sesso), e dai figli nati o adottati nel corso di una precedente relazione affettiva intrattenuta da uno dei due o da entrambi con un

¹ Avvocato del Foro di Firenze.

² Così definite da F. UCCELLA in *Dalla "famiglia pluriematica" alla "famiglia putativa" come soggetto giuridico: prime considerazioni*, in *Famiglia*, 2005, p. 447 ss., alludendo alla perdita di rilievo del legame di consanguineità. Nelle famiglie "pluriematiche" rientrano anche quelle formate mediante il ricorso alla maternità surrogata, che però in questa disamina non sono prese in considerazione, trattandosi di pratica medica attualmente illegale in Italia.

altro partner, cui spesso si aggiungono i figli della nuova coppia³.

Dal punto di vista giuridico, la figura del genitore sociale⁴ non ha alcun riconoscimento. Si può soltanto dire che la famiglia ricomposta e la famiglia pluriematica (nell'accezione indicata) sono considerate formazioni sociali lecite e non contrarie all'ordine pubblico, meritevoli di tutela ex art. 2 Cost. (*“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità ...”*).

È indubbio, tuttavia, che c'è uno scollegamento tra “paese legale” e “paese reale”, in quanto accade sovente che in questi tipi di famiglia le funzioni genitoriali siano in tutto o in parte esercitate dal genitore sociale, di fatto o anche su delega. Di fronte a queste relazioni, che ovviamente non si possono presumere a priori, ma che, ove si verificano, comportano l'instaurazione di un legame forte della prole con il genitore sociale, si manifesta il problema di come accordare loro rilevanza giuridica e altresì di come garantirle, nell'interesse preminente del minore, nell'ipotesi della disgregazione anche del nucleo familiare pluriematico o ricomposto.

Il riconoscimento giuridico del genitore sociale alla luce della normativa italiana vigente.

Si è già detto, nel precedente paragrafo, che l'ordinamento giuridico italiano non riconosce espressamente il genitore sociale. Volendo tuttavia proseguirne la disamina, alla ricerca di un qualche istituto che in un certo modo potrebbe suggerire un possibile riconoscimento del genitore sociale, vengono in rilievo:

³ Il venir meno della precedente relazione potrebbe essere dovuto al decesso del precedente partner, oppure alla volontà di uno o di entrambi i partner, con conseguente cessazione della convivenza nell'ipotesi di famiglia di fatto o separazione coniugale/divorzio nell'ipotesi di famiglia legale. Ma potrebbe anche essere che la precedente relazione affettiva non abbia dato origine ad alcuna comunione di vita materiale e spirituale, come nel caso della c.d. ragazza madre che formi poi una famiglia con un nuovo partner.

Dal punto di vista terminologico, alcuni le definiscono “ricomposte”; altri “ricostituite” (Barnes, 1991), utilizzando l'espressione “famiglia ricomposta” per indicare il diverso fenomeno dei nuclei familiari che stabiliscono un legame tra loro per la condivisione dei compiti genitoriali (Mazzoni Silvia, *Nuove costellazioni familiari: le famiglie ricomposte*, Giuffrè, Milano, 2002); altri ancora usano indifferentemente entrambe le espressioni.

In ogni modo, al di là delle questioni terminologiche, è importante sottolineare che si parla di genitore sociale quando si è in presenza di una famiglia, ricomposta o ricostituita che dir si voglia, che funziona come una vera e propria famiglia, escludendo così quelle relazioni temporanee che vedono l'apparire di nuovi “fidanzati/e” o “compagni/e” del genitore biologico o adottivo per un tempo trascurabile.

⁴ In letteratura è definito anche “terzo genitore”, “genitore non biologico”, “genitore acquisito”, “genitore aggiunto”, “terzo genitore”, “altro genitore” (dove “altro” significa “in più” e non “al posto di”).

- l'adozione del figlio del coniuge, disciplinata dall'art. 44, comma 1, lett. b), l. 184/83 (l. ad.);
- l'inserimento familiare ex art. 252 c.c.;
- l'adozione del maggiorenne ex art. 291 e ss. c.c..

L'adozione e l'inserimento familiare sono istituti cui si potrebbe ricorrere solo in ipotesi di famiglie ricomposte fondate sul matrimonio, mentre l'adozione del maggiorenne potrebbe soccorrere anche in ipotesi di famiglie ricomposte di fatto (cioè fondate su una convivenza more uxorio stabile e duratura).

Prima di passare all'esame dei singoli istituti, è opportuno precisare che il matrimonio tra il genitore sociale e il genitore biologico ha solo l'effetto di creare il vincolo di affinità tra il primo e il figlio di quest'ultimo (art. 78, comma 1, c.c.), divenendo affini in linea retta di 1° grado, da cui consegue:

- l'impossibilità di contrarre matrimonio tra loro ex art. 87, comma 1, n. 4);
- la legittimazione reciproca -del genitore sociale nei confronti del figlio del coniuge e viceversa- a proporre l'istanza di interdizione o di inabilitazione (art. 417 c.c.⁵), oppure la nomina di un amministratore di sostegno (art. 406 c.c.⁶).

Nella famiglia ricomposta, dunque, il matrimonio non comporta il riconoscimento legale né del ruolo del genitore sociale, né del legame affettivo tra lui e il figlio del coniuge.

L'adozione del figlio del coniuge ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. b), l. ad..

È una particolare forma di adozione che può essere pronunciata dal tribunale per i minorenni con riguardo al figlio minore del coniuge [art. 44, comma 1, lett. b, l. ad.], sempreché ricorrano determinate condizioni, che sono, oltre alla minore età del figlio e al matrimonio tra il genitore (anche adottivo) e l'adottante⁷:

- il consenso dell'adottante;
- il consenso dell'adottando che abbia compiuto il quattordicesimo anno di età (art. 45, 1° comma, l. ad.); nel caso che il minore sia infraquattordi-

⁵ Ai sensi dell'art. 417, comma 1, c.c., "L'interdizione o l'inabilitazione possono essere promosse dalle persone indicate negli articoli 414 e 415, dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente, dai parenti entro il quarto grado, dagli affini entro il secondo grado, dal tutore o curatore ovvero dal pubblico ministero".

⁶ Ai sensi dell'art. 406, comma 1, c.c., "Il ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno può essere proposto dallo stesso soggetto beneficiario, anche se minore, interdetto o inabilitato, ovvero da uno dei soggetti indicati nell'articolo 417".

⁷ In dottrina, tuttavia, prevale un'interpretazione restrittiva secondo cui il matrimonio di per se non sarebbe sufficiente, occorrendo anche che il genitore naturale sia al contempo genitore affidatario convivente con il figlio, poiché la convivenza confermerebbe l'esistenza di un valido rapporto affettivo tra l'adottando e l'adottante (COLLURA *L'adozione in casi particolari*, in *Tratt. Zatti*, II, *Filiazione*, Milano 2002, 754).

cenne ma ultradodicenne, occorre sentire il suo legale rappresentante (quindi, salvo casi particolari, i genitori legali) e il minore stesso, mentre nel caso di minore infradodicenne, deve essere sentito il legale rappresentante e il minore stesso “*in considerazione della sua capacità di discernimento*” (art. 45, 2° comma, l. ad.);

- l’assenso dei genitori legali (art. 46, 1° comma, l. ad.);
- l’assenso del coniuge dell’adottando (qualora l’adottando, se pure minore, sia già sposato) (art. 46, 1° comma, l. ad.)⁸.

L’adozione è preclusa:

- nel caso di diniego dell’assenso da parte dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale;
- nel caso di diniego dell’assenso da parte del coniuge convivente dell’adottando.

Nei casi, invece, in cui il diniego provenga dai genitori non esercenti la responsabilità genitoriale, o dal coniuge dell’adottando non convivente, oppure nel caso in cui sia impossibile procurarsi l’assenso delle persone chiamate a esprimerlo per loro incapacità o irreperibilità, il tribunale può ugualmente pronunciare l’adozione, su istanza dell’adottante, qualora ritenga che il rifiuto sia ingiustificato o contrario all’interesse dell’adottando (art. 46, 2° comma, l. ad.).

Questa forma di adozione non è pienamente legittimante, nel senso che non istituisce tra adottato e adottante un rapporto di filiazione in tutto uguale a quello tra il figlio e il genitore naturale.

Da una parte, infatti:

- fa assumere il cognome dell’adottante all’adottato (che lo antepone a quello proprio: art. 55 l. ad., che rinvia all’art. 299 c.c.);
- attribuisce all’adottante l’esercizio della responsabilità genitoriale, con i connessi obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione (in conformità a quanto prescritto dall’art. 147 c.c.) (art. 48, commi 1 e 2, l. ad.);
- attribuisce all’adottante l’amministrazione dei beni propri del minore (art. 48, comma 3, l. ad.).

Dall’altra, invece:

- non attribuisce all’adottante l’usufrutto legale sui beni del minore (salvo impiegarne le rendite per le spese di mantenimento, istruzione ed educazione, con l’obbligo d’investirne l’eccedenza in modo fruttifero) (art. 48 l.

⁸ La ricostruzione della manifestazione della volontà dei genitori biologici e del coniuge dell’adottando nei termini dell’*assenso*, anziché del *consenso*, si può spiegare con il disposto del secondo comma dell’art. 46 l.ad., che consente al tribunale per i minorenni di pronunciare ugualmente l’adozione ove l’assenso sia negato, nel caso in cui tale rifiuto risulti ingiustificato o contrario all’interesse dell’adottando, salvo comunque che il rifiuto non sia stato opposto dai genitori esercenti la potestà.

ad.);

- non istituisce alcun rapporto reciproco di parentela, né tra l'adottante e la famiglia dell'adottato, né tra l'adottato e i parenti dell'adottante (salve le eccezioni previste per gli impedimenti matrimoniali) (artt. 55 l. ad., che rinvia all'art. 300, comma 2, c.c.);
- non attribuisce all'adottante alcun diritto successorio (art. 55 l. ad., che rinvia all'art. 304 c.c.);
- non fa cessare i rapporti dell'adottato con la famiglia d'origine, verso cui conserva tutti i diritti e doveri⁹ (art. 55 l. ad., che rinvia all'art. 300 c.c.).

Questa forma d'adozione, dunque, pur essendo uno dei pochi strumenti dell'ordinamento giuridico italiano di cui può avvalersi il genitore sociale per istituzionalizzare il rapporto con il figlio del coniuge, di fatto non comporta un riconoscimento pieno del genitore sociale come genitore a tutti gli effetti e presenta vari profili d'inadeguatezza.

In primo luogo, perché inevitabilmente incide sulle prerogative del genitore naturale, che deve dare il suo consenso (ancorché il tribunale, come si è visto, ove ritenga il rifiuto ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando, può pronunciare ugualmente l'adozione, salvo che l'assenso sia stato rifiutato dal genitore esercente la responsabilità genitoriale).

In secondo luogo, perché pone la questione, importante, riguardo ai ruoli spettanti ai genitori legali e al nuovo coniuge con riferimento all'esercizio della responsabilità genitoriale. L'art. 48 l. ad., infatti, stabilisce che *“se il minore è*

⁹ Ragionando su questa norma, ci si è chiesti se l'obbligo di mantenimento e quello di prestare gli alimenti gravino, oltre che sul genitore adottante ex art. 48, comma 2, l. ad., anche sui genitori naturali.

La Corte di Cassazione, con sentenza 30/01/1998, n. 978, in merito ad un caso di adozione di un minore ex art. 44, comma 1, lett. b), l. ad., figlio di genitori divorziati con affidamento esclusivo del minore alla madre, ha statuito che l'adottante assume in via primaria l'obbligo del mantenimento del minore, con conseguente venir meno di tale obbligo per il genitore naturale. Ciò deriva dal fatto che *“la potestà sull'adottato, ed il connesso obbligo di mantenimento, giusto disposto degli art. 147 c.c., 48 e 50 l. n. 183 del 1984, spetta, ormai, in via principale, al genitore adottivo ed al di lui coniuge, pur non rivestendo la cessazione dell'obbligo di mantenimento da parte del padre biologico carattere incondizionato ed assoluto, in quanto tale dovere (...) sussidiario è potenzialmente idoneo a riacquistare attualità nella ipotesi di cessazione dell'esercizio della potestà da parte dell'adottante, ovvero in correlazione con la eventuale insufficienza di mezzi del predetto e del suo coniuge”*, e ciò per il fatto che non si interrompono i rapporti con la famiglia di origine e l'adottato mantiene verso essa tutti i diritti e gli obblighi, salve le eccezioni previste dalla legge. *“Ne consegue la cessazione dell'obbligo di corresponsione dell'assegno di mantenimento per il figlio minore -obbligo stabilito, in sede di pronuncia di divorzio, a carico del padre non affidatario- qualora il nuovo coniuge della ex moglie (passata a seconde nozze) abbia adottato il minore stesso, e qualora manchi la prova di una situazione di carenza economica della nuova famiglia tale da comportare la reviviscenza, in capo al genitore biologico, dell'obbligo di mantenimento, in parte qua, del minore adottato”*.

adottato (...) dal coniuge di uno dei genitori, la responsabilità genitoriale sull'adottato ed il relativo esercizio spettano ad entrambi", senza precisare se l'altro genitore naturale debba considerarsi decaduto dalla potestà, o se ne perda soltanto l'esercizio, oppure se lo mantenga immutato¹⁰.

In terzo luogo, la norma non prevede alcuna valutazione di adeguatezza della competenza genitoriale, salvo il caso dell'incapacità, per la quale la valutazione d'incompetenza è *in re ipsa*; ciò è tanto più criticabile se si pensa che l'introduzione della normativa sull'affido condiviso ha reso ancor più improbabile che il genitore esercente la responsabilità voglia privarsi dei suoi compiti genitoriali, dal momento che il ricorso all'affido esclusivo, per la sua residualità, è destinato ad applicarsi solo quando venga superata la presunzione di migliore compatibilità dell'affido condiviso a realizzare l'interesse morale e materiale della prole.

L'inserimento del figlio nato fuori del matrimonio nella famiglia legittima del genitore ai sensi dell'art. 252 c.c..

Qualora un coniuge abbia avuto un figlio riconosciuto da una relazione con una persona che non sia l'altro coniuge, il giudice può autorizzare l'inserimento del figlio minore nella famiglia legittima di uno dei genitori alle seguenti condizioni:

- non sia contrario all'interesse del minore;
- sia accertato il consenso dell'altro coniuge (a meno che il figlio sia stato riconosciuto prima del matrimonio e fosse già convivente con il genitore all'atto del matrimonio, o l'altro coniuge conoscesse l'esistenza del figlio);
- sia accertato il consenso dei figli conviventi che abbiano compiuto il sedicesimo anno di età, a meno che il figlio sia stato riconosciuto prima del matrimonio del loro genitore;
- sia accertato il consenso dell'altro genitore che abbia effettuato il riconoscimento.

In caso di disaccordo tra i genitori, ovvero di mancato consenso degli altri figli conviventi, la decisione è rimessa al giudice, tenendo conto dell'interesse

¹⁰ Sul punto, v.si la sentenza della Corte di Cassazione citata nella nota precedente.

Anche alcuni autori ritengono che l'adozione disciplinata dall'art. 44, comma 1, lett. b), l. ad., comporti soltanto la perdita dell'esercizio della responsabilità genitoriale, come si ricaverebbe dall'art. 50 l. ad., che contempla la possibilità, in caso di cessazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale da parte dell'adottante, che il tribunale per i minorenni disponga che detto esercizio venga ripreso dai genitori biologici (MARICONDA, *Dell'adozione in casi particolari*, in *Le adozioni nella nuova disciplina. Legge 28 marzo 2001, n. 149*, a cura di Autorino-Stanzione, Milano 2001,356). Altri hanno obiettato che, accogliendo questa interpretazione, si determinerebbe, di fatto, la rottura del rapporto tra il minore ed il genitore biologico.

dei minori. Prima dell'adozione del provvedimento, il giudice dispone l'ascolto dei figli minori che abbiano compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capaci di discernimento.

Il giudice, disposto l'inserimento del minore nella famiglia legittima del genitore, stabilisce altresì le condizioni cui ciascun genitore naturale deve attenersi.

Niente è previsto, invece, riguardo alla posizione del coniuge del genitore del minore, sia sul piano dei doveri che su quello di eventuali diritti nei confronti di quest'ultimo, così inducendo a ritenere che il coniuge, nonostante si trovi a vivere con un altro figlio, seppure non suo, nei confronti di quest'ultimo continui comunque a restare, giuridicamente, un estraneo.

L'istituto in questione, dunque, salvi gli effetti già visti conseguenti al vincolo di affinità che viene a instaurarsi tra il figlio e il coniuge del genitore naturale, non solo non rileva ai fini del riconoscimento del ruolo del genitore sociale, ma addirittura sottende una tutela estrema della famiglia legittima, riaffermando il dogma inviolabile della sua unità.

L'adozione del maggiorenne ex art. 291 e ss. c.c..

L'adozione del maggiore di età, ex art. 291 c.c., è permessa alle persone che superano di almeno diciotto anni l'età di coloro che intendono adottare e "*che non hanno discendenti*", così rispecchiando la funzione arcaica dell'adozione, sorta sin dall'epoca romana come rimedio alla sterilità e come strumento di trasmissione del nome e del patrimonio.

La Corte Costituzionale, tuttavia, più volte investita della questione di legittimità della norma, ha sancito che l'adozione è consentita anche in presenza di figli maggiorenni, legittimi o legittimati (distinzione oggi non più in vigore) dell'adottante, purché consenzienti (Corte Cost., 19 maggio 1988, n. 557), mentre non è consentita in presenza di figli naturali riconosciuti (connotazione, anche questa, che oggi non è più in vigore) dell'adottante "*minorenni o se maggiorenni non consenzienti*" (Corte Cost. 20 luglio 2004, n. 245).

Anche la Corte di Cassazione è intervenuta a più riprese sul tema, ogni volta ammettendo l'adozione in casi nei quali la stessa sarebbe stata impedita da una rigida applicazione del tenore letterale dell'art. 291 c.c., motivando la propria interpretazione estensiva con la necessità di riconoscere e tutelare rapporti affettivi consolidatisi nell'ambito di famiglie ricomposte. In particolare, con la sentenza n. 354/99 ha ritenuto che il giudice, previo attento esame della circostanza del caso concreto [consistente, nel caso all'esame della Corte, nel fatto che l'adottando era orfano dell'altro genitore, aveva un fratello germano minorenni, adottabile ai sensi dell'art. 44, 1° comma, lett.b), l. ad., ed era stabilmente inserito, insieme a tale fratello e ad altri due fratelli consanguinei minori, nella famiglia costituita dal padre e dall'adottante] può ac-

cordare una ragionevole riduzione della differenza minima di età di 18 anni tra adottante e adottando, sempre che tale divario rientri nell'ambito dell' *imitatio naturae*, in tal modo riconoscendo ammissibile l'adozione, pur in presenza di una differenza di età tra adottante e adottando inferiore a quella stabilita dall'articolo 291 c.c.. Nella medesima pronuncia la Corte ha altresì giudicato non ostativa la contestuale presenza di figli legittimi minorenni dell'adottante, osservando che questi ultimi "beneficeranno dei riflessi morali, sociali ed affettivi dell'intervenuto vincolo personale tra la loro madre e gli altri figli dello stesso padre in quanto i rapporti derivanti dall'adozione sono da porsi ad ogni effetto sullo stesso piano delle relazioni della famiglia biologica, ove hanno importanza prominente solo i vincoli personali e affettivi".

Tale principio è stato anche recentemente ribadito dalla Suprema Corte con la sentenza 3 febbraio 2006, n. 2426, con la quale ha statuito che la presenza di figli minori (legittimi, legittimati o naturali) dell'adottante, come tali incapaci di esprimere un valido consenso, non costituisce un impedimento alla richiesta di adozione qualora questa riguardi un soggetto maggiorenne, figlio del coniuge dell'adottante e che già appartenga, insieme al proprio genitore naturale ed ai fratelli minorenni *ex uno latere*, al contesto affettivo della famiglia di accoglienza dell'adottante.

Quello che qui interessa, però, è soprattutto la motivazione della pronuncia che palesa come, in aggiunta alla tradizionale funzione svolta dall'adozione di persone maggiori di età, questa assolve oggi anche alla *ratio* del consolidamento dell'unità familiare attraverso la formalizzazione di un rapporto di accoglienza già sperimentato e concretamente vissuto.

In definitiva la Cassazione, con queste sentenze, ha riconosciuto il valore della famiglia ricomposta, dando veste giuridica a un'unità familiare già realizzata in fatto.

Passando ai presupposti di questo tipo di adozione, come per l'adozione del minore, anche per quella del maggiore di età è richiesto, oltre al consenso di adottante e adottato, anche l'assenso dei genitori e del coniuge dell'adottando e dell'adottante, se non legalmente separati (artt. 296 e 297, comma 1, c.c.).

Le conseguenze del diniego dell'assenso dei genitori dell'adottando e dei coniugi non sono però ostative dell'adozione: l'art. 297, 2° comma, c.c., infatti, prevede che il tribunale possa pronunciare ugualmente l'adozione ove ritenga il loro rifiuto ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando, e la differenza (a ben vedere soltanto apparente) di disciplina sul punto rispetto a quanto previsto per l'ipotesi di adozione speciale di minore, non è che la logica conseguenza del fatto che, in questo caso, stante la maggiore età dell'adottando, non ci sono genitori esercenti la responsabilità genitoriale.

Quanto agli effetti di questo tipo di adozione, sono gli stessi che si producono per l'adozione speciale del minore ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. b), leg-

ge 184/83, per cui valgono le stesse considerazioni.

Il genitore sociale nelle esperienze straniere.

Raffrontando l'ordinamento giuridico italiano con alcuni ordinamenti giuridici stranieri, si possono individuare tre tipi di approccio con riferimento alla questione del genitore sociale¹¹.

Un primo approccio può essere definito di tipo "volontaristico" e "non interventista", e privilegia il criterio della formalizzazione del ruolo del genitore sociale a condizione dell'esclusione del genitore biologico.

Il secondo si può definire di tipo "sostitutivo", nel senso che il genitore sociale sostituisce, appunto, una delle due figure genitoriali in ipotesi di mancanza di un genitore biologico, così da riproporre il modello nucleare tradizionale.

Il terzo può essere definito "inclusivo", nel senso che prevede il riconoscimento giuridico delle funzioni di cura e assistenza del genitore sociale in affiancamento alle figure genitoriali.

L'approccio volontaristico e non interventista.

Gli ordinamenti giuridici che adottano questo approccio rifuggono dall'idea di riconoscere il genitore sociale mediante un assetto preciso di diritti e doveri: per questo si parla di approccio "non interventista". Tuttavia, lasciano che sia il genitore sociale stesso, mediante lo strumento dell'adozione, a ottenere il suo riconoscimento giuridico: da qui l'altra definizione di approccio "volontaristico", in quanto è appunto lasciata alla volontà del soggetto l'iniziativa per ottenere il riconoscimento del suo ruolo sostanziale.

Questo approccio è tipico degli ordinamenti -come l'Italia, la Spagna e il Belgio- in cui, pur nel rispetto delle peculiarità normative, è rigida l'applicazione dei principi della bi-genitorialità e dell'affido condiviso in caso di disgregazione della coppia genitoriale (il che significa che i genitori, di regola, una volta che non stanno più insieme, mantengono entrambi l'esercizio della responsabilità genitoriale).

C'è poi da dire che i medesimi principi uniformano anche la disciplina dell'adozione, la quale, pertanto, è concepita in modo da estromettere il genitore biologico e così garantire comunque un nuovo nucleo familiare nel rispet-

¹¹ Affronta l'analisi A. CORDIANO, *Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive*, consultabile al link http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/cordiano_funzioni.pdf.

V.si anche P. SAITTA, *La genitorialità "sociale" e la sua regolazione. Una rassegna europea*, in *Quaderni della Sezione Diritto e Comunicazioni Sociali*, 2006, p. 19 ss., consultabile al link <http://www.cirsdig.it/Pubblicazioni/saittastepparents.pdf>.

to del modello tradizionale di famiglia¹².

Nel sistema italiano, esempio dell'approccio non interventista e volontaristico è lo strumento dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), l. a.d., pur con tutte le criticità già esposte. Qui si aggiunge soltanto che tale normativa denota il tratto tipico dell'approccio in questione al fenomeno del genitore sociale, cioè privilegiare il riconoscimento volontario del ruolo del genitore sociale a discapito della responsabilità in capo al genitore biologico, escludendo qualsiasi profilo di allargamento del modello familiare.

L'approccio sostitutivo.

Questo approccio è caratterizzato dal fatto che il riconoscimento giuridico del genitore sociale avviene "in sostituzione" del genitore biologico che è "assente" perché estromesso dall'esercizio della responsabilità genitoriale. Non si tratta, dunque, di escludere il genitore biologico attraverso l'istituto dell'adozione, come avviene nel modello di approccio "volontaristico". Parimenti, invece, c'è la riproposizione del modello tradizionale della famiglia nucleare, in quanto il meccanismo sostitutivo opera soltanto in assenza del genitore biologico.

I paesi che hanno adottato siffatto approccio, per quanto consta, sono la Germania, l'Olanda e la Danimarca.

La legge tedesca sulla convivenza registrata (*Eingetragene Lebenspartnerschaft*) del 16 febbraio 2001¹³ (*Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft* (modificata con legge del 15 dicembre 2004), con la quale è stata data la possibilità a due persone dello stesso sesso, maggiorenni e non legate da un precedente matrimonio, di costituire un'unione civile per la durata della loro vita (formalizzando l'unione con dichiarazione all'ufficiale di stato civile), prevede, nella sezione 9, paragrafo 1, che "*se il genitore che detiene l'affido esclusivo di un bambino vive in una unione civile, il suo partner, con l'accordo dell'affidatario, è autorizzato a prendere anch'esso decisioni sulle questioni attinenti la vita quotidiana del bambino*".

Nel caso tedesco, dunque, quando un genitore biologico ha l'affidamento esclusivo del minore, non solo il partner può esercitare la responsabilità geni-

¹² In tal senso si evidenzia che l'art. 6 l.ad. consente l'adozione soltanto alla coppia coniugata, oltretutto da almeno tre anni, limitando l'adozione da parte del singolo solo nelle ipotesi particolari di cui all'art. 44 o in presenza di circostanze specifiche, indicate nell'art. 25, comme 4 e 5.

¹³ La legge, entrata in vigore il 1° agosto 2001, assicura pieno riconoscimento alla coppia dal punto di vista contributivo ed assistenziale. Ciascun convivente può beneficiare ed essere inserito nell'assicurazione sulla malattia del compagno e conferisce gli stessi diritti del matrimonio in materia di cittadinanza. Ai conviventi, inoltre, sono attribuiti gli stessi diritti successori che il matrimonio conferisce ai coniugi, oltre la pensione di reversibilità, la reversibilità dell'affitto e l'obbligo di soddisfare i debiti contratti dalla coppia.

toriale, ma addirittura, per fare ciò, non è necessario alcun ricorso al giudice o autorità che sia.

Anche in Olanda, dal 1° gennaio 1998, è in vigore una normativa che rende possibile l'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale fra il genitore biologico e quello sociale mediante richiesta di un provvedimento in tal senso all'autorità giudiziaria, purché il minore abbia instaurato con il terzo genitore una relazione significativa e a patto che il genitore biologico eserciti esclusivamente la responsabilità sul figlio.

Analogamente, la Danimarca, con la legge n. 360 del 2 giugno 1999, in vigore dal 1° luglio dello stesso anno, ha introdotto una normativa che consente, a prescindere dalla caratterizzazione sessuale della coppia, il riconoscimento del ruolo del genitore sociale in sostituzione del genitore biologico assente, purché concorrano una serie di requisiti: anzitutto, che il genitore sociale abbia instaurato con il minore una relazione significativa, garantita presuntivamente da un periodo di tre mesi di coabitazione; inoltre, che il minore sia soggetto a una responsabilità monoparentale, perché la madre è la sola che l'ha riconosciuto o perché la procreazione discende da un donatore anonimo o, infine, perché è deceduto l'altro genitore biologico.

Anche in questi casi, dunque, prevale la riaffermazione del principio della bigenitorialità, che passa attraverso l'affidamento esclusivo in modo da rappresentare comunque, nonostante l'introduzione del nuovo genitore, il modello tradizionale di famiglia.

L'approccio inclusivo.

L'ultimo tipo di approccio è definito con un termine, "inclusivo", preso in prestito dalle teorie psico-pedagogiche, che lo utilizzano per definire quelle strutture familiari in cui c'è il coinvolgimento attivo di soggetti che svolgono funzioni parentali di rilievo nella vita della prole, in modo stabile e continuativo, sul presupposto di una loro relazione affettiva significativa sia con il bambino sia con i genitori biologici.

L'utilizzo di questo termine, dunque, anticipa che questo tipo di approccio nei confronti del genitore sociale si traduce nell'affiancamento di quest'ultimo ai genitori biologici per quanto concerne lo svolgimento, in tutto o in parte, dei compiti di cura e assistenza della prole, senza che ciò comporti la privazione o la limitazione della responsabilità genitoriale in capo ai genitori biologici. Il tutto attraverso il sistema della delega volontaria tra soggetti, oppure sulla base di un provvedimento giudiziale.

In questa direzione convergono l'esperienza inglese e quella francese.

Nel Regno Unito, l'art. 2 del *Children Act*, entrato in vigore nel 1989, prevede che le funzioni genitoriali di cura, assistenza e custodia della prole possono essere ripartite anche fra soggetti diversi dai genitori biologici. L'art. 4A (*Ac-*

acquisition of parental responsibility by step-parent), come modificato dal *Children Adoption Act* del 2002, ha introdotto la figura giuridica del terzo genitore come colui o colei che, sposato/convivente con il genitore biologico, acquisisca funzioni parentali in conformità o a un accordo con uno o entrambi i genitori biologici (*agreement*), o in virtù di un provvedimento giudiziale, che può attribuire al genitore sociale una o più funzioni parentali, revocabili entrambi dallo stesso giudice che ha emesso il provvedimento, nonché da ciascuno dei soggetti fra i quali la responsabilità genitoriale è ripartita o mediante il ricorso al giudice da parte del minore stesso. In entrambe le ipotesi di delega delle funzioni (negoziale e giudiziale), il rilievo attribuito al genitore sociale non priva i genitori biologici della responsabilità genitoriale.

Anche nei procedimenti di crisi familiare (*proceedings*), il profilo dell'affidamento e, in ultima analisi, quello della bi-genitorialità, è superato dalla possibilità che il minore possa essere domiciliato presso un soggetto che non sia il genitore biologico, così come è possibile che al medesimo soggetto sia attribuito un diritto di visita, il tutto nell'obiettivo preminente di perseguire l'interesse della prole. In particolare, il *residence order* (il provvedimento giudiziale di domiciliazione), quando dispone la domiciliazione del minore presso un terzo che non sia il genitore naturale, attribuisce al terzo, per tutto il periodo della domiciliazione, i poteri genitoriali, così equiparando la figura del terzo genitore a quella dei genitori biologici esercenti la responsabilità parentale.

La disciplina francese prevede espressamente il diritto della prole a mantenere relazioni personali con i propri ascendenti e con i terzi significativi, anche non parenti (art. 371-4 del *code civil*); gli stessi terzi possono anche essere affidatari della prole, acquisendo conseguentemente l'autorità a compiere tutti gli atti "ordinari" relativi alla sorveglianza e all'educazione, senza necessità dell'apertura della procedura di tutela e, ancor più rilevante, senza incidere sulla responsabilità parentale dei genitori (art. 373-4).

Anche il sistema francese, tuttavia, deve essere segnalato per due fattispecie in particolare, conseguenti alla riforma del *code civil* attuata con legge 9 luglio 2010, n. 769 e, in precedenza, con legge 4 marzo 2002, n. 305, che prevedono una struttura giuridica di condivisione della responsabilità genitoriale. Con la norma di cui all'art. 377 del codice, l'ordinamento francese prevede l'istituto della delega, totale o parziale, delle funzioni parentali, che possono essere volontariamente demandate a un terzo, membro della famiglia o comunque degno di fiducia, alla presenza di determinate circostanze, che esigano un siffatto intervento e previo superamento del vaglio di meritevolezza operato dal giudice della famiglia. In quest'ipotesi, al terzo delegatario sono imputati poteri ordinari di esercizio della potestà, mentre per gli atti di particolare importanza resta ferma la necessità di ottenere il consenso dei genitori

deleganti, così come indicato dalla norma di cui all'art. 372-2.

A questa fattispecie si affianca la c.d. delega con condivisione o *délégation partagée*, prevista dall'art. 377-1 e introdotta nel 2002 come “procedura semplificata” della delega classica, secondo cui il giudice della famiglia, in virtù di comprovati bisogni educativi del minore, può accordare che i genitori, o uno solo di questi, condividano con un terzo l'esercizio della responsabilità parentale, mediante apposito e necessario accordo. La norma nasce per rispondere all'esigenza di riconoscimento giuridico di quei soggetti con cui i genitori biologici condividono l'esercizio quotidiano della genitorialità senza alcun rilievo formale, perché privi di relazione parentale (*beaux parents*).

La delegazione con condivisione, dunque, è un mandato volontario dei genitori biologici, che si distingue dalla fattispecie tipica perché non priva i deleganti delle prerogative genitoriali sul minore, bensì le condivide con il delegatario. La peculiarità della delegazione con condivisione non è quella, appunto, di escludere o sostituire uno o entrambi i genitori dalla titolarità o dall'esercizio, né di attribuire sic et simpliciter una o più funzioni genitoriali, bensì di condividere e ripartire con un esercizio paritetico e disgiunto le competenze di cura e assistenza e, presuntivamente, attraverso una riorganizzazione dei vincoli familiari che passi attraverso una formalizzazione da parte del giudice.

In conclusione, dunque, l'approccio inclusivo è tipico di quei Paesi che non applicano rigidamente il principio della bi-genitorialità.