

Carlo Rusconi

Dottore di ricerca in diritto civile, Università Cattolica del Sacro Cuore

L'adozione in casi particolari:

aspetti problematici nel diritto vigente e prospettive di riforma

SOMMARIO: 1. Introduzione storico - sistematica. – 2. Lineamenti generali dell'adozione in casi particolari. – 3. I casi particolari. – 3.1. L'adozione del minore orfano. – 3.2 L'adozione da parte del coniuge. – 3.3 L'impossibilità di affidamento preadottivo. – 4. Gli effetti. In particolare, il problema della costituzione del rapporto di parentela dopo la riforma della filiazione. – 5. L'adozione in casi particolari internazionale.

1. Introduzione storico - sistematica

La disciplina dell'adozione in casi particolari potrebbe essere indicata, prendendo a prestito il linguaggio vichiano, come caso esemplare di corso e ricorso giuridico.

Il dato normativo declinato nel titolo IV della l. 4 maggio 1983, n. 184 non costituì, infatti, qualcosa di totalmente inedito; nuova e moderna fu però la funzione verso cui venne orientato.

L'adozione particolare trova i suoi caratteri qualificanti, dal punto di vista strutturale, nella permanenza di rapporti tra l'adottato e la famiglia di origine nonché, conformemente all'opinione più diffusa, nella non costituzione dello *status* di figlio, tanto che prima delle ultime riforme della filiazione veniva anche chiamata “adozione non legittimante” o “semplice” o, con terminologia di ascendenza romanistica, “non piena”; come meglio si vedrà, secondo alcuni, la l. 10 dicembre 2012, n. 219 e, in particolare la modifica dell'art. 74 c.c., avrebbe peraltro determinato un'innovazione con riguardo a tale aspetto nel senso che all'unico stato di figlio dovrebbe essere ricondotto anche l'adottato in casi particolari.

Le ricordate caratteristiche sono proprie del modello tradizionale di adozione, contemplato come regime esclusivo fino al 1967.

La scelta del legislatore assecondava essenzialmente l'idea tradizionale¹ per

¹ Impressa nel *Code civil* (cfr. G. Vismara, *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici. Appunti*, Milano, 1978, pp. 44 e ss.), subito assunta dal legislatore italiano (cfr. *Raccolta dei lavori preparatori del codice civile del Regno d'Italia*, I, Palermo - Napoli, 1866, pp. 232 e ss., dove peraltro si accennava anche al carattere filantropico) e mantenuta fino alla l. 5 giugno 1967, n. 431 (cfr. Relazione alla proposta di legge volta ad introdurre l'adozione speciale, in P. Donaldi, *Adozione speciale. Legge 5 giugno 1967, n. 341 (G.U. n. 154 del 22 luglio 1967)*, Roma, 1967, p. 29).

cui l'adozione aveva la precipua funzione di perpetuare il lignaggio e di conservare il patrimonio familiare. In questa prospettiva, l'istituto eleggeva come destinatari persone adulte e presupponeva che gli adottanti non avessero discendenti.

Soltanto con il codice del 1942 si estese in termini generali l'adozione ai minori di anni diciotto (art. 294 abr.)², ponendo il principio per un nuovo corso che maturerà verso la fine degli anni Sessanta.

Si assistette allora ad un significativo mutamento complessivo di approccio al diritto minorile assumendo una prospettiva 'paidocentrica'³; si seguì così la rotta delle fonti internazionali e specialmente della Dichiarazione dei diritti del fanciullo che nel 1959, per la prima volta, aveva affermato la regola del suo "superiore interesse" (Principio settimo).

Nei provvedimenti legislativi dedicati ai minori che in questa temperie furono emanati è stato scorto uno degli elementi più importanti di fondazione antropologica del diritto civile contemporaneo: il modello ottocentesco dell'"individualismo proprietario" cede il passo ad un diritto che riserva una "crescente attenzione... per la persona umana nella sua realtà globale e in tutti i suoi valori allo scopo di ottenere una maggiore aderenza alle esigenze vitali dell'uomo nelle diverse fasi di età"⁴.

Volendo stabilire con maggior precisione il momento di passaggio, esso non potrebbe non essere colto nel 1967, anno nel quale entrarono in vigore due provvedimenti fondamentali: la legge di tutela del lavoro minorile e la riforma dell'adozione.

Con riguardo a quest'ultima⁵, era maturata nel legislatore la convinzione che il permanere dei rapporti del minore con la famiglia di origine incidesse negativamente sulla sua personalità, non permettendogli di sentirsi pienamente e stabilmente integrato nella famiglia adottiva⁶.

Da qui la decisione di novellare il c.c. introducendo una nuova figura di adozione che si caratterizzava proprio in quanto determinava la cessazione dei

² Per il vero, dopo la prima guerra mondiale, per soccorrere i numerosi orfani, il legislatore aveva già consentito l'adozione degli infradiciottenni (r.d.l. 31 luglio 1919, n. 1357); si trattava però di un provvedimento di carattere eccezionale.

³ Secondo la celebre espressione di J. Carbonnier, *Droit civil*⁸, II, Paris, 1969, p. 370. Sono state peraltro osservate distorsioni dell'idea: cfr. A. Cavanna, *Onora il padre. Storia dell'art. 315 c.c. (ovvero: il ritorno del flautista di Hamelin)*, in *Riv. st. dir.*, 1994, pp. 27 e ss. e in particolare p. 48 s. dove si parla appunto di "ideologia «paidocentrica»".

⁴ L. Mengoni, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 1135.

⁵ L. 5 giugno 1967, n. 431.

⁶ Cfr. Relazione alla proposta di legge volta ad introdurre l'adozione speciale, cit., pp. 33 e ss.

rapporti con la famiglia di origine e il sorgere dello *status* di figlio legittimo degli adottanti.

Pur manifestandosi un nuovo afflato solidale, permanevano tuttavia rilevanti riserve verso l'adozione piena.

Veniva, infatti, concepita in termini di eccezionalità, come dimostra sia l'impostazione generale emergente dal nome dato all'innesto - "Dell'adozione speciale" - sia da puntuali disposizioni dell'ordito; ne era esempio l'art. 324/26, co. 1 c.c. che escludeva i figli adottivi dal rapporto di parentela con i parenti collaterali degli adottanti o l'art. 314/4 che precludeva l'adozione piena dei minori che avevano compiuto otto anni, disposizione che ancora agli inizi degli anni Ottanta parve alla Corte costituzionale non illegittima, anche se tra le righe della sentenza si può scorgere l'auspicio per un'applicazione a tutti i minori dell'adozione piena⁷.

Con la successiva legge n. 184 si produsse una rivoluzione: l'adozione piena eletta a regola generale per tutti i minori e l'adozione ordinaria ridotta, per quanto riguarda i minori, a casi particolari⁸. Dell'adozione civile non rimangono poi che pochi articoli nel c.c., alcuni dei quali vengono richiamati dalla disciplina dell'adozione particolare dei minori.

Per la verità, la conservazione dell'adozione non piena per i minori fu assai contrastata, come emerge dal dibattito dottrinale e soprattutto dai lavori parlamentari che la additavano a fonte di gravi rischi⁹.

In realtà, non si può neppure parlare di puro mantenimento dell'esistente; i caratteri strutturali furono confermati, ma, in pari tempo, l'adozione semplice venne, come disse il legislatore, "raccordata" all'adozione piena dal punto di vista funzionale. Si attua così la logica degli artt. 30 e 31 Cost.: l'adozione particolare non è strumento di realizzazione personale degli adottanti, ma istituto a sostegno di minori per i quali non può operare l'adozione piena, la quale, a sua volta, assume "un inevitabile carattere sussidiario nei confronti della filiazione naturale e di solidarietà verso il minore"¹⁰.

Il timore di abusi sollecitò a stabilire che potesse trovare applicazione solo in casi specifici, originariamente limitati a tre.

⁷ Corte cost. 1 giugno 1981, n. 80.

⁸ Sulle ragioni della riforma, L. Sacchetti, *Adozione e affidamento dei minori. Commento alla nuova legge 4 maggio 1983 n. 184*, Santarcangelo di R., 1983, pp. 13 e ss.

⁹ Cfr. A. Finocchiaro – M. Finocchiaro, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. Commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983 n. 184*, Milano, 1983, pp. 432 e ss.

¹⁰ A. Nicolussi, *La filiazione e le sue forme: la prospettiva giuridica*, in *Allargare lo spazio familiare: adozione e affido*, a cura di E. Scabini - G. Rossi, Milano, 2014, p. 9.

La disciplina degli artt. 44 s. l. 184, dunque, venne concepita nei termini di tutela ancillare rispetto all'adozione piena.

Con il passare del tempo simile gerarchia è tuttavia sembrata ad una parte degli interpreti meno persuasiva; si è infatti osservato che proprio la logica della sussidiarietà, cui è informata la legge sull'adozione¹¹, dovrebbe indurre a considerare l'adozione semplice rimedio preferibile, o almeno pari in dignità, rispetto all'adozione piena che pone termine ad ogni rapporto con la famiglia di origine¹².

Simile argomentazione è stata di recente condivisa dalla Cedu¹³, che nel caso *Zhou*¹⁴ ha condannato l'Italia per aver proceduto all'adozione piena di una minore, senza aver attuato preventivamente misure meno drastiche, menzionando espressamente in merito l'art. 44, co. 1 lett. d) l. 184 nell'interpretazione, piuttosto problematica, avallata dal Tribunale per i minorenni di Bari, su cui si tornerà.

Nella medesima prospettiva alcune ricerche psicologiche sono pervenute a formulare un giudizio di apprezzamento e persino di preferenza verso le forme di adozione aperta¹⁵.

Infine, sul piano socio-assistenziale si riscontrerebbe che non l'abbandono, ma il semiabbandono da cause non temporanee rappresenta la principale situazione di disagio minorile¹⁶.

Potrebbe dunque essere il momento di riprendere alcuni insegnamenti della Corte costituzionale, la quale, per un verso, ha affermato che il nostro ordinamento esprime predilezione per l'inserimento stabile del minore in una famiglia in quanto dimensione capace di “sufficienti garanzie di stabilità” e di assicurare “la presenza,

¹¹ L'art. 1 della l. 184 esordisce proclamando precisamente che “il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia”.

¹² Cfr. P. Morozzo Della Rocca, nota a Trib. min. Genova, 14 ottobre 1995, in *Fam. dir.*, 1996, p. 354.

¹³ Invero, in una prima stagione, la Corte europea si professava incompetente in materia di adozione, non essendovi nella Convenzione disposizioni espressamente dedicate. Solo in un secondo tempo, la Corte, mediante la categoria dei c.d. diritti addizionali (cfr. S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 334) ed evocando specialmente gli artt. 8, 12 e 14, oltre naturalmente alla Convenzione europea sull'adozione dei minori del 1967 (la cui revisione avvenuta nel 2008 non è stata sottoscritta dall'Italia), ha ritenuto di poter valutare le legislazioni nazionali in materia di adozione sotto il profilo della ragionevolezza intrinseca dell'impianto, specialmente rispetto ai requisiti soggettivi. Sul problema generale del rapporto tra ordinamento interno e norme Cedu e, in particolare, sulle decisioni della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, cfr. C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, pp. 64 e ss.

¹⁴ Corte EDU 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italia*. Sulla pronuncia e in generale sulla propensione della Corte EDU a favorire l'adozione semplice, cfr. A. Pasqualetto, *L'adozione mite al vaglio della corte europea dei diritti dell'uomo tra precedenti giurisprudenziali e prospettive de jure condendo*, in *NGCC*, 2015, pp. 161 e ss.

¹⁵ Cfr. M. Casonato, *Adozione e mantenimento dei legami: una revisione della letteratura psicologica sull'adozione aperta*, in *Minori giustizia*, 2014, 4, pp. 41 e ss.

¹⁶ L. Sacchetti, *L'adozione semplice del minore adottabile all'estero tra diritto e interesse*, nota a Trib. min. Bologna 7 febbraio 2003 e Trib. min. Salerno 19 luglio 2002, in *Fam. dir.*, 2003, p. 607.

sotto il profilo affettivo ed educativo, di entrambe le figure dei genitori”, tuttavia non si tratta di imporre rigidamente “un'opzione in assoluto” tra le diverse forme di adozione¹⁷ dovendo il giudice valutare nel caso concreto se sia più adeguata per il minore una soluzione che garantisca la presenza di entrambe le figure genitoriali oppure se sia preferibile valorizzare un rapporto affettivo instaurato nel tempo¹⁸.

Oltre alle istanze segnalate, nell'esperienza più recente la materia, come in generale il diritto di famiglia, è stata investita da incalzanti cambiamenti del costume sociale, in particolare nelle forme di convivenza affettiva, con i quali pure occorre confrontarsi.

2. Lineamenti generali dell'adozione in casi particolari

Le fattispecie che consentono l'adozione particolare esprimono, almeno secondo l'intenzione storica, i suoi caratteri di “specificità, sussidiarietà, residualità”¹⁹; si tratta, infatti, di circostanze nelle quali l'adozione piena non può avere luogo perché non sussiste lo stato di abbandono [lettere a) e b) art. 44. l. 184] o per non superabili difficoltà di fatto dipendenti dalla particolare condizione del minore [lettere c) e d)].

Con riguardo ai requisiti soggettivi, l'adozione semplice si distingue in quanto in tre dei casi previsti [lettere a), c) e d)] è possibile anche per la persona singola; inoltre, con riferimento all'età è previsto un limite minimo di differenza (diciotto anni), ma non massimo.

La difformità su questo punto rispetto all'adozione ordinaria dei minori è peraltro meno intensa di quanto appaia a tutta prima, potendo il limite massimo di età nell'adozione piena essere derogato fino a dieci anni nei casi indicati dall'art. 6, co. 6 l. 184 e, comunque, senza soglie qualora si accerti che “*dalla mancata adozione derivi un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore*”.

Conviene soffermarsi sulla disciplina dell'età degli adottanti, prestandosi ad esempio di concretizzazione della clausola del miglior interesse del minore, specialmente nell'adozione particolare.

Uno spunto viene esaminando i lavori parlamentari della l. 184 da cui emerge come una delle principali ragioni di opposizione al permanere dell'adozione non piena fosse il fatto che “permette[ndo] l'adozione anche da parte di persone molto anziane, facenti così spesso al minore più da nonni che da genitori”²⁰, metteva a

¹⁷ Le citazioni sono tratte da Corte cost. 10 febbraio 1981, n. 11.

¹⁸ Corte cost. 18 luglio 1986, n. 198.

¹⁹ L. Rossi Carleo, voce *Adozione dei minori*, in *Enc. dir., Agg. I*, Milano, 1997, p. 30.

²⁰ Il passo è riportato in A. Finocchiaro - M. Finocchiaro, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei*

rischio la finalità propria dell'adozione dei minorenni.

Simile preoccupazione suggerisce la prospettiva verso cui deve essere volta l'ampiezza dell'art. 44, co. 4 l. 184: la norma riceve senso nella misura in cui effettivamente corrisponde all'interesse del minore e non in quanto asseconda un'aspirazione alla felicità dell'adottante, come nei casi in cui la differenza di età è tale da far presagire, secondo la normale esperienza, che l'adottante si trovi in una fase della vita in cui egli, più che prestare assistenza, ne potrebbe necessitare²¹.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rifiutato di considerare discriminatorio il diniego di adozione (piena) per ragioni di età quando tale decisione assecondava il preminente interesse del minore adottando²². In particolare, nel caso in questione, i tribunali svizzeri avevano negato ad una donna di quarantasette anni l'adozione di un secondo figlio; a giudizio della Corte EDU non si riscontra peraltro un trattamento pregiudizievole in quanto il provvedimento di rifiuto aveva individuato nell'età un fattore ostativo non *a priori*, bensì con riguardo al concreto contesto di vita della richiedente²³.

L'adozione in casi particolari trova un ulteriore elemento di peculiarità nella disciplina dei consensi dell'adottato e dell'adottante e dell'assenso della famiglia di origine.

Il sistema della legge fornisce ancora una volta la fondamentale chiave di lettura delle relative norme e, precisamente, impone di escludere la riproposizione di una logica contrattuale, essendo incompatibile con l'istanza solidaristica che regge l'intera disciplina dell'azione²⁴.

Aspetti puntuali della disciplina confermano l'orientamento: ad esempio, si prevede la necessità del consenso del minore ultraquattordicenne, che, invece, secondo le regole generali del contratto, determinerebbe l'invalidità dell'atto in quanto espresso da un soggetto incapace di agire.

Inoltre, la dimensione consensuale riguarda propriamente il minore e la

minori, cit., p. 435.

²¹ “A nulla rilevando” – aggiunge Trib. min. Aquila, 10 febbraio 1995 – “né il lungo tempo dell'adottando trascorso presso l'aspirante all'adozione, né la sussistenza di validi, forti e consolidati rapporti affettivi”.

²² Corte EDU 10 giugno 2010, *Schvizgebel c. Svizzera*.

²³ Nello specifico la Corte EDU trova ragionevole la considerazione che l'istante, avendo adottato il primo figlio all'età di quarantacinque anni, si troverebbe sola ed in età avanzata a dover accudire due adolescenti che, oltre ai problemi di quell'età della vita, potrebbero soffrire difficoltà dovute alla loro condizione adottiva; in definitiva, “la Cour ne juge notamment pas déraisonnable ou arbitraire l'argument des instances internes selon lequel la prise en charge d'un deuxième enfant, même d'un âge comparable au premier, constituerait un fardeau supplémentaire pour la requérante” (punto 96).

²⁴ Cfr. Nicolussi, *La filiazione e le sue forme: la prospettiva giuridica*, cit., p. 9.

famiglia adottiva, mentre la partecipazione della famiglia di origine si esprime attraverso un atto unilaterale di assenso che non trova un momento di congiunzione con le dichiarazioni degli altri soggetti, come anche risulta, quasi plasticamente, dal fatto che sono menzionati in diverse disposizioni e si esprimono con forme diverse (art. 56, co. 2 e co. 3 l. 184).

Infine, il concorso tra l'espressione dei consensi e l'adesione assentiva sono poi presupposti necessari, ma non sufficienti per l'adozione, occorrendo la pronuncia del giudice che potrebbe comunque rigettare la domanda se la ritenesse non corrispondente all'interesse del minore.

Le regole contenute nell'art. 45 l. 184 risultano poi di particolare rilievo in quanto in esse può essere riconosciuto uno dei formanti del moderno diritto minorile, secondo quella logica di scambio e di reciproco accrescimento tra legislazione speciale e codice messa in evidenza in dottrina²⁵.

Invero, la previsione del consenso dell'adottando, richiesta, rispettivamente, dagli artt. 25 e 45 l. 184, ha contribuito a definire l'esatta portata dell'art. 2 c.c.: a dispetto della formulazione generale e della collocazione all'inizio del codice, la norma si riferisce solo agli atti di natura patrimoniale, bastando invece la capacità naturale in relazione all'esercizio dei diritti fondamentali, quale quello del minore di vivere in una famiglia²⁶.

L'acquisizione di questo dato ha condotto ad emendare lo stesso art. 45 l. 184 che, nella sua versione originaria, non poteva dirsi in tutto coerente con il principio che recava *in nuce*. La norma prevedeva che, qualora l'adottando non avesse ancora raggiunto il quattordicesimo anno di età, il consenso fosse espresso in sua vece dal legale rappresentante. La Corte costituzionale, con la fondamentale sentenza n. 18 febbraio 1988, n. 182, ne dichiarò la illegittimità osservando che risultava irragionevole che il giudice non potesse dichiarare l'adozione in presenza del rifiuto ingiustificato del rappresentante legale, posto che la volontà di costui non può reputarsi espressione della stessa volontà dell'adottato; la sentenza ha così opportunamente ribadito il principio per cui la rappresentanza legale non comporta sostituzione, ma è istituto di protezione di chi vi è sottoposto²⁷. Da ciò è conseguito l'attuale testo della norma che richiede non più il consenso, ma l'ascolto del legale

²⁵ Cfr. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, pp. 353 e ss., dove si spiega la sistematica privatistica distinguendo il rapporto tra codice civile e legislazione speciale da quello tra diritto generale e diritti di settore, riguardando l'uno le fonti, l'altro le materie.

²⁶ Cfr. F.D. Busnelli, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 61; di recente, P. Stanzione, *I contratti del minore*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, pp. 1239 e ss.; A. Nicolussi, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2011, pp. 149 e ss.

²⁷ Nella medesima prospettiva, anche Corte. cost. 27 marzo 1992, n. 132; sul tema, cfr. A. Nicolussi, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, pp. 28 e ss.

rappresentante.

Con una più recente sentenza, la Corte costituzionale²⁸ ha sviluppato la proiezione processuale del principio riconoscendo che sussiste un potere di nomina, anche d'ufficio, di un curatore speciale in applicazione dell'art. 78 c.p.c. “ogni qualvolta sia necessario nominare un rappresentante all'incapace”.

Nelle norme in esame, si trova anche l'archetipo del diritto all'ascolto del minore, di recente generalizzato dall'art. 315 *bis*, co. 3 c.c., la cui effettiva rilevanza è stata asseverata dalla giurisprudenza di legittimità che reputa nullo il procedimento “per violazione dei principi del contraddittorio e del giusto processo” qualora tale diritto sia immotivatamente stato disatteso²⁹.

3. I casi particolari

Le fattispecie di adozione particolare previste dall'art. 44 l. 184 erano originariamente tre, corrispondenti alle attuali lett. a), b) e d); con la riforma del 2001, si è contemplato un nuovo caso³⁰.

Per ragioni diverse, sono le tre figure originarie di adozione non piena a suscitare oggi i maggiori contrasti interpretativi e specialmente la lett. d).

3.1. L'adozione del minore orfano

Il primo caso indicato dall'art. 44 l. 184 consente l'adozione del minore orfano al parente, in linea retta o collaterale, entro il sesto grado³¹ oppure a colui che abbia intrattenuto rapporti significativi, non necessariamente di convivenza, con il minore.

Nel caso il cui minore possa beneficiare di entrambe le ipotesi, un criterio di preferenza può essere trovato nei parametri dell'art. 57 l. 184³².

In realtà, proprio da questa disposizione si può argomentare nel senso che le

²⁸ Corte cost. 11 marzo 2011, n. 83.

²⁹ Cass. 21 ottobre 2009, n. 22238; tratta del diritto all'ascolto del minore nel nostro ordinamento dopo l'introduzione dell'art. 315 *bis* c.c., F. Scaglione, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in *Dir. fam.*, 2014, pp. 426 e ss.

³⁰ Si tratta della lett. c): «quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, co. 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre», circostanza che, per il vero, era già presente al legislatore in relazione all'attuale lett. d).

³¹ L'adozione assume significati diversi in relazione al grado di parentela; se si tratta di parenti entro il quarto grado, si esclude lo stato di abbandono e la cura del minore non esige la costituzione di un rapporto adottivo, ma può procedere in via di fatto (art. 11 l. 184). Di contro, per i parenti meno prossimi (dal quarto al sesto grado) occorre promuovere il procedimento adottivo, venendo altrimenti il minore dichiarato abbandonato.

³² G. Collura, *L'adozione in casi particolari*, in *La filiazione*², a cura G. Collura - Lenti L. - M. Mantovani, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, II, Milano, 2012, p. 973.

due condizioni previste dall'art. 44, lett. a) non sono in alternativa: infatti, l'art. 57 esige che sia in ogni caso verificata "l'idoneità affettiva" degli adottanti sicché, anche con riguardo ai parenti, assume rilievo tale profilo.

Vi è peraltro una circostanza nella quale l'idoneità all'adozione potrà essere valutata solo con riguardo al rapporto di parentela: si tratta dei casi nei quali il minore perda i genitori o l'unico genitore quando ancora infante³³.

3.2 L'adozione da parte del coniuge

Il secondo caso previsto dall'art. 44 l. 184 si riferisce all'adozione da parte del "coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge".

La legge risolve espressamente alcune situazioni problematiche che possono insorgere nel corso del procedimento (come il decesso di uno dei coniugi dopo la prestazione del consenso, ma prima dell'emanazione della sentenza) mentre altri, come la sopravvenuta separazione, sono affrontati da dottrina e giurisprudenza con esiti cangianti³⁴.

Nel dibattito attuale la questione più rilevante è peraltro quella dell'estensione della norma alle forme di convivenza affettiva non costituite sul matrimonio³⁵.

La recente proposta di "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze"³⁶ prevede (art. 5) che l'art. 44 lett. b) venga riferito anche i membri di "un'unione civile", la quale viene istituita come specifica forma di vita comune delle coppie omosessuali, ma non ai conviventi, indipendentemente dal loro sesso³⁷.

L'impostazione che il d.d.l. ha assunto – prevedendo l'adozione in casi particolari e non quella piena³⁸ – sembra assecondare la giurisprudenza della Corte

³³ Cfr. Cass. 28 gennaio 2011, n. 2102.

³⁴ Cfr. Collura, *L'adozione in casi particolari*, cit., pp. 983 e ss.

³⁵ Riconosciuto e tutelato dalla Costituzione come istituto "consensuale, esogamico, monogamico, incentrato sulla comunione di vita dell'uomo e della donna" (così A. Renda, *Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1029).

³⁶ Si tratta del nuovo testo unificato proposto per i disegni di legge nn. 14, 197, 239, 314, 909, 1211, 1231, 1316, 1360, 1745 e 1763 depositato il 17 marzo 2015.

³⁷ In relazione a tale specifico problema, il cammino della proposta legislativa si intreccia con la questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale per i minorenni di Bologna (ordinanza 6 - 10 ottobre 2014, n. 4701) in relazione agli artt. 35 e 36 l. 184 "nella parte in cui... non consentono al giudice di valutare... se risponda all'interesse del minore adottato (all'estero), il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio stesso abbia prodotto effetti in Italia". In merito, E. Bilotti, *Il riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri di "stepchild adoption" da parte del coniuge "same sex" del genitore biologico: il Tribunale per i Minorenni di Bologna solleva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 184/1983*, in *Dir. civ. contemporaneo* (www.dirittocivilecontemporaneo.com), Rivista telematica, 2014.

³⁸ L'esclusione delle unioni civili dall'adozione piena potrebbe apparire poco conforme alla Cedu, o

costituzionale in materia di unioni tra persone dello stesso sesso e, in particolare, la sentenza 15 aprile 2010, n. 138: come noto, nella pronuncia la Corte per un verso ha riconosciuto nelle unioni omosessuali una dimensione relazionale meritevole di protezione secondo l'art. 2 Cost., per l'altro, nella prospettiva dell'art. 3 Cost., ha ritenuto che “non possono essere ritenute omogenee” al matrimonio sicché non sarebbe conforme una generale equiparazione, occorrendo invece valutare nei diversi contesti la meritevolezza delle istanze di tutela e la loro compatibilità con i principi dell'ordinamento.

L'adozione particolare compiuta dalla parte dell'unione civile sembra porsi in questa linea se si presta a consolidare una relazione che ha già coinvolto il minore in modo positivo e significativo. Nella stessa prospettiva sarebbe allora opportuno che il d.d.l. provveda ad integrare l'art. 44 lett. b) stabilendo che l'adozione sia disposta solo dopo che sia trascorso un certo tempo dal matrimonio o dalla istituzione dell'unione civile: simile specificazione contribuirebbe, infatti, ad inverare il principio per cui l'adozione deve assicurare l'interesse del minore, posto che la tutela giuridica verrebbe a riguardare un rapporto il cui rilievo affettivo per il minore sarebbe stato verificato. Del resto, già da tempo, si è ravvisato come limite dell'adozione in casi particolari la mancanza di un periodo di tempo durante il quale il minore possa costituire un rapporto di vita con l'aspirante all'adozione³⁹.

La proposta di riforma dovrebbe infine farsi carico di esaminare un altro aspetto della disciplina.

L'art. 48, co. 1 l. 184 dispone che, con riguardo al caso dell'art. 44 lett. b), la responsabilità genitoriale sia esercitata dal genitore e dal suo coniuge - genitore adottivo, sostituendo l'altro genitore. Occorre tuttavia considerare che la fattispecie in esame non presuppone l'inidoneità educativa del genitore di origine né l'abbandono da parte di costui, sicché l'effetto ablativo della responsabilità pare più assecondare una pretesa di mimesi con l'adozione piena che perseguire un effetto coerente con la situazione relazionale del minore. È poi vero che la norma viene interpretata da taluni nel senso che il genitore di origine perde il potere di rappresentanza del minore, ma conserva, se non sia stato dichiarato decaduto dalla

meglio, alla giurisprudenza della Corte EDU in materia che, eleggendo a riferimento dominante il principio di non discriminazione, tende a riprovare quegli ordinamenti che hanno distinto la disciplina dell'adozione in relazione alla condizione personale di chi vi aspira. Tale modo di argomentare incorre però in aporie obliterando il confronto con altri riferimenti essenziali del discorso. Ad esempio, nel noto caso *X e altri c. Austria* del 19 febbraio 2013, si è messo in evidenza come la sentenza sia retta da un' “unica *ratio decidendi* fondata sul principio di non discriminazione” trascurando il valore fondamentale del *best interest* del minore, R. Rossi, *Second-parent adoption e omogenitorialità*, nota a Corte EDU 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 284.

³⁹ Cfr. Rossi Carleo, voce *Adozione dei minori*, cit., p. 33.

responsabilità, il dovere - diritto di cura e guida⁴⁰; in mancanza di specificazione legislativa, l'attuazione di simile principio appare tuttavia quantomeno problematica. È perciò auspicabile che nel caso dell'art. 44 lett. b) sia rielaborata la disciplina dell'esercizio della responsabilità genitoriale⁴¹ nel senso di prevedere che il coniuge o il *partner* ne diventino titolari dopo l'adozione senza del tutto escludere l'altro genitore e, soprattutto, tenendo conto della volontà del minore in relazione alla sua capacità di discernimento⁴².

Non si può infine ignorare che la proposta di novella in esame potrebbe prestarsi ad abusi e, in particolare, essere utilizzata per tentare il riconoscimento di forme di filiazione incompatibili con il nostro ordinamento giuridico. Ora, se per un verso il rischio di distorsioni non è da solo elemento sufficiente per decidere di una soluzione normativa, occorre peraltro assumere quelle possibili misure che impediscano di conseguire finalità aliene alla disposizione e allo stesso sistema. Così, rispetto al tema in considerazione, bisogna avere consapevolezza della possibilità di manipolazione e di travisamento funzionale della legge *ferenda* - con contestuale elusione della normativa in materia di fecondazione assistita - attraverso il ricorso all'estero a tecniche cliniche di procreazione o alla surrogazione di maternità⁴³ cui farebbe seguito, in Italia, l'istanza di adozione particolare nei riguardi del *partner* di colui che risulta genitore⁴⁴. In tali casi l'adozione non avrebbe infatti il senso di stabilizzare giuridicamente un rapporto affettivo, ma verrebbe strumentalizzata al desiderio di realizzazione della coppia. Le relative cautele devono nondimeno essere

⁴⁰ Cfr. M. Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*³, Milano, 2015, pp. 2269 e ss. Quanto al dovere di mantenimento da parte del genitore di origine, la giurisprudenza reputa che entri in uno stato di quiescenza, salvo venire ripristinato in caso di insufficienza di mezzi degli esercenti la responsabilità (Cass. 30 gennaio 1998, n. 978).

⁴¹ In dottrina è stato ipotizzato di attingere all'art. 333 c.c.: riconoscendo alla norma la capacità di operare in funzione preventiva, si è ritenuto che potrebbe servire alla definizione dei rapporti con il genitore biologico (cfr. G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, in *NGCC*, 2012, p. 694).

⁴² Cfr. sul problema della doppia genitorialità, con riferimento al caso di scambio di embrioni tra coppie, A. Renda, *Lo scambio di embrioni e il dilemma della maternità divisa*. Nota a Tribunale di Roma ord. 1 agosto 2014, in *Dir. succ. fam.*, 2015, pp. 239 e ss.

⁴³ Sul tema, cfr. A. Renda, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Eur. dir. prin.*, 2015, p. 415 s. e, in particolare, p. 446 s. dove si affronta il delicato problema se, fermi i principi costituzionali, possa peraltro attribuirsi qualche rilievo al fatto della convivenza tra genitori 'committenti' e minore.

⁴⁴ La pratica in considerazione produce una forma di competizione tra ordinamenti la cui problematicità, già avvertita sul terreno patrimoniale, si fa più acuta quanto investe la dimensione personale e familiare, essendo questi i luoghi in cui principalmente si definisce l'identità di un sistema giuridico. Come è stato osservato, se "i destinatari delle norme sono *bricoleur* tra norme di diversi ordinamenti giuridici in competizione" entra in definitiva in crisi l'idea stessa di ordinamento, ovvero di "diritto positivo pensato come sistema... coerente e orientato secondo valori determinati", A. Nicolussi, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in *La competizione tra ordinamenti giuridici*, a cura di A. Plaia, Milano, 2007, pp. 30 e ss. La concorrenza tra ordinamenti trova un ulteriore elemento di stimolo nella giurisprudenza sovranazionale e specialmente della Corte EDU quando accede all'incerto argomento del consenso e così corre il rischio di rimproverare come difetto ciò che in realtà è "la semplice non omologazione degli ordinamenti nazionali", Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, cit., pp. 66 e ss.

articolate non unicamente in rapporto alla disciplina delle unioni civili, ma pure in un contesto più ampio, come dimostra la circostanza che i casi considerati in giurisprudenza hanno riguardato coppie coniugate⁴⁵.

La disciplina divisata non è però l'unica via attraverso cui si potrebbe dar forma nell'ordinamento civile ai principi formulati dalla Corte costituzionale. La contemplazione dei membri dell'unione civile in termini di coppia anche nei confronti della prole di uno di essi non implica infatti la costituzione di un legame adottivo con l'altro. Traendo spunto dalla comparazione giuridica e in particolare dall'esame dell'ordinamento elvetico⁴⁶, dove la complessità culturale della società sollecita a soluzioni di equilibrio tra diversi punti di vista, dovrebbe essere valutata la possibilità di prevedere che il *partner* diventi partecipe della funzione di cura morale e materiale dei figli dell'altro senza dar corso all'adozione. L'idea in parola, oltre a rispecchiare in modo attendibile il ruolo del *partner*, avrebbe il merito di incontrare la realtà anche nell'evitare l'inopportuna obliterazione giuridica dei rapporti tra il minore e l'altro genitore, come invece accade nell'adozione in casi particolari.

3.3 L'impossibilità di affidamento preadottivo

L'«impossibilità di affidamento preadottivo», ultimo dei casi di adozione particolare, pone i più rilevanti problemi ermeneutici.

Dai lavori preparatori si evince in modo univoco che la norma fosse dedicata a peculiari situazioni inerenti alla persona del minore. Più precisamente, si tratta di casi nei quali, pur dichiarato lo stato di abbandono, il minore non riesce ad essere inserito in una nuova famiglia perché ormai grandicello, per difficoltà caratteriali, per infermità⁴⁷; a tali vicende, si può aggiungere anche l'ipotesi in cui l'affidamento preadottivo abbia luogo, ma venga interrotto senza poi trovare altra coppia in grado di “corrispondere alle esigenze del minore” (art. 22, co. 5 l. 184)⁴⁸.

Nel tempo, e soprattutto nell'ultimo decennio, la fattispecie è stata caricata di nuovi significati estendendone il campo applicativo ben oltre le circostanze menzionate.

Il primo momento è stato la revisione del rapporto formale tra l'esordio

⁴⁵ Si veda Cass. 11 novembre 2014, n. 24001.

⁴⁶ Ci si riferisce all'art. 27 della “Legge federale sull'unione domestica registrata di coppie omosessuali” entrata in vigore nel gennaio 2007 secondo cui “1 Se uno dei partner ha figli, l'altro lo assiste in modo adeguato nell'adempimento del suo obbligo di mantenimento e nell'esercizio dell'autorità parentale e lo rappresenta ove le circostanze lo richiedano. I diritti dei genitori rimangono in ogni caso salvaguardati. 2 In caso di sospensione della vita comune o di scioglimento dell'unione domestica registrata, l'autorità tutoria può, alle condizioni di cui all'articolo 274a CC, conferire il diritto di intrattenere relazioni personali.”

⁴⁷ Cfr. A. - M. Finocchiaro, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, cit., p. 436.

⁴⁸ Cfr. A. Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2011, p. 44.

dell'art. 44 l. 184, dove si stabilisce che l'adozione semplice possa essere disposta pur se non si riscontri lo stato di abbandono, e la lett. d) che fa parola di “constatata impossibilità di affidamento preadottivo”.

L'interpretazione a lungo dominante professava l'idea che la lett. d) derogasse alla norma di apertura esigendo l'accertamento dello stato di abbandono.

La giurisprudenza però ha talvolta ritenuto che si possa prescindere dalla pronuncia dello stato di adottabilità⁴⁹, “essendo sufficiente che l'impossibilità di procedere ad... affidamento preadottivo sia constatata in occasione della pronuncia dell'adozione “particolare” ”⁵⁰.

Un più ampio e delicato fronte è quello che ha investito il significato di “impossibilità di affidamento preadottivo”.

La casistica maggiormente nota è quella presentata con l'espressione di “adozione mite”⁵¹: si tratta di applicare l'art. 44 lett. d) l. 184 ai casi di semiabbandono permanente, ovvero a “situazioni nelle quali la famiglia del minore è insufficiente rispetto ai suoi bisogni, ma ha un ruolo attivo e positivo, che non è opportuno venga cancellato totalmente. Nello stesso tempo non vi è alcuna ragionevole possibilità di prevedere un miglioramento della capacità della famiglia, tale da renderla idonea a svolgere il suo compito educativo in maniera sufficiente”⁵².

Nei confronti di tale orientamento sono state formulate ampie riserve; uno dei più diffusi manuali di diritto minorile ha severamente qualificato il concetto di semiabbandono come “contraddittorio ed ambiguo”⁵³.

L'interpretazione in parola attua in effetti una trasposizione di piani nell'art. 44 lett. d): l'impossibilità di affidamento preadottivo da circostanza di fatto viene mutata in impedimento giuridico; in altri termini, l'applicazione della norma viene giustificata sul presupposto della mancanza di uno requisiti legali – lo stato di abbandono – che rendono possibile l'adozione piena.

Il concetto di impossibilità giuridica ha successivamente trovato una declinazione soggettiva: ricorrerebbe quando il minore ha consolidato un rapporto così intenso con l'aspirante genitore adottivo in casi particolari che sarebbe

⁴⁹ Trib. min. Torino 28 dicembre 1985.

⁵⁰ Trib. min. Torino 11 novembre 1985.

⁵¹ Di recente si è messa in evidenza la mitezza come qualità costitutiva dell'intero diritto minorile; cfr. F. Occhiogrosso, *I nuovi percorsi del diritto mite: dal suo carattere generale nell'area minorile al suo rilievo costituzionale*, in *Minori giustizia*, 2015, 1, pp. 7 e ss.

⁵² Trib. min. Bari 7 maggio 2008.

⁵³ A.C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, a cura di M. Dossetti - M. Moretti - C. Moretti - S. Vittorini Giuliano, Bologna, 2014, p. 313.

“impossibile” dar corso all'adozione piena senza pregiudicare gravemente l'interesse del minore. Tale argomento si rinviene, ad esempio, nei procedimenti di adozione particolare internazionale, su cui si tornerà.

Nella giurisprudenza di merito sembra prevalere l'orientamento favorevole all'interpretazione estensiva del concetto di impossibilità, pur se non mancano contrasti⁵⁴.

Anche la Corte costituzionale⁵⁵ ha attinto all'argomento dell'impossibilità giuridica quando si è trovata a valutare la costituzionalità dell'art. 44 lett. a) e c) l. 184 in relazione alla fattispecie di richiesta di azione particolare da parte dei parenti entro il quarto grado e i genitori di origine sono decaduti – per usare l'espressione dell'epoca – dalla potestà.

La Corte di cassazione, con una recente decisione⁵⁶, ha invece escluso che l'impossibilità di affidamento preadottivo possa identificarsi con la contrarietà all'interesse del minore osservando che la relativa valutazione «non è affatto esclusa da una interpretazione coerente alla volontà del legislatore di configurare un istituto specifico e destinato ad operare solo in casi particolari ma trova la sede propria di valutazione nel giudizio relativo allo stato di adottabilità e nel procedimento di adozione».

Invero, che l'art. 44 lett. d) si riferisca propriamente ai soli casi di impossibilità di fatto risulta soluzione su cui convergono più canoni interpretativi: oltre ai ricordati lavori preparatori da cui si evince la volontà del legislatore, si possono considerare la lettera della norma, nel senso che se la legge avesse voluto riferirsi ai casi di impossibilità giuridica, probabilmente si sarebbe espressa non in termini di “impossibilità”, ma di “inopportunità” dell'affidamento preadottivo⁵⁷ nonché la sistematica della legge, che quando ha dato rilievo al rapporto affettivo, lo ha fatto nei limiti delle lettere a) e b)⁵⁸.

⁵⁴ Secondo quanto riscontra ultimamente J. Long, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, Nota a Tribunale di Roma, in *NGCC*, 2015, p. 121.

⁵⁵ Corte cost. 7 ottobre 1999, n. 383.

⁵⁶ Cass. 27 settembre 2013, n. 22292.

⁵⁷ L'osservazione è comune a più autori; per riferimenti, Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*³, cit., p. 2262. La problematicità del richiamo all'impossibilità deriva anche dal fatto che si tratta di un concetto tipico del diritto civile patrimoniale, dove segna i limiti della responsabilità del debitore (cfr. L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, in *Scritti, II - Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo - A. Albanese - A. Nicolussi, Milano, 2011 pp. 301 e ss.). Il riferimento alla nozione di impossibilità appare in altre norme di diritto minorile; si consideri, ad esempio, il nuovo art. 337-bis, co. 2 c.c. dove l'impossibilità pare peraltro intesa come impedimento fattuale.

⁵⁸ In particolare, quando la legge considera la relazione tra i genitori quale presupposto per l'adozione in casi particolari, lo fa nei termini del rapporto di coniugio, sicché l'applicazione dell'art. 44 lett. d) alle convivenze si risolve in una elusione della disciplina.

Tale conclusione non esclude peraltro che in qualche caso si possa opinare per un'interpretazione antiletterale del concetto di impossibilità, comprendendovi l'impedimento giuridicamente inteso, purché sia obiettivamente accreditata.

In effetti, in talune circostanze potrebbe apparire più conveniente per il minore intendere l'impossibilità in termini giuridici al fine di procedere, in base alla lett. d), all'adozione nei riguardi di persone con cui ha costruito un rapporto profondo.

Tale risultato non può tuttavia essere argomentato con un generico richiamo alla clausola del superiore interesse del fanciullo, posto che questa espressione per la sua generalità si presta ad operare come *passé partout* che con la pretesa di garantire il vantaggio del singolo minore scardina le garanzie di legalità volute nell'interesse dei minori in generale⁵⁹; in altre parole, il ricorso a tale clausola non può generare una sorta di giustizia equitativa in contrapposizione allo *ius scriptum et strictum*, ma deve operare dentro quest'ultimo.

E' pertanto necessario che l'esito interpretativo dissonante da quella che è la comprensione accreditata della norma sia assistito da elementi obiettivi.

A tal fine possono essere considerati gli indici sopra richiamati, come l'età dell'adottante e dello stesso minore, l'esclusione di ogni accordo tra famiglia di origine e soggetto che aspira l'adozione, il tempo intercorso tra la conoscenza del minore e la presentazione della domanda di adozione, l'assenza di "mira captativa"⁶⁰, ovvero di una condotta dell'adottante che, in luogo di favorire il rapporto con i genitori del minore, per quanto le circostanze lo consentano, ne accentui il solco spingendo il minore a ritenere che tale rapporto sia la migliore e unica condizione di vita possibile, una situazione di effettiva e perdurante insufficienza educativa della famiglia di origine, il contesto nel quale è maturato il rapporto con il minore, avendo speciale riguardo all'affidamento familiare.

Nel caso specifico dell'adozione internazionale, può assumere inoltre significato, al fine di fugare ogni ombra sul fatto che la richiesta di adozione particolare non sia intesa come un surrogato di un'adozione piena irrealizzabile, il fatto che per quest'ultima non siano state presentate innanzi domande di idoneità.

L'ipotesi interpretativa accennata potrebbe dunque favorire talvolta la soluzione più adeguata per il minore, ma resta circoscritta.

Un punto nodale rimane in realtà il raccordo tra affidamento familiare e

⁵⁹ Sacchetti, *L'adozione semplice del minore adottabile all'estero tra diritto e interesse*, cit., p. 609.

⁶⁰ Trib. min. Genova 14 ottobre 1995, cit., pp. 349 e ss.

adozione, nelle sue due forme; si tratta forse di riprendere l'invito, formulato in occasione del dibattito che avrebbe condotto alla legge n. 184, a “disciplinare meglio e più realisticamente... la possibilità di passare dall'affidamento familiare (protratto per qualche tempo e suscitatore di profondi vincoli affettivi) all'adozione piena, senza escludere neppure il ricorso all'adozione ordinaria”⁶¹.

Un d.d.l. di riforma dell'adozione, licenziato dal Senato in prima lettura l'11 marzo 2015 e oggi all'esame della Camera⁶², dove ha intrecciato il suo cammino con altra proposta analoga⁶³, si pone in questa direzione anzitutto rispetto all'adozione piena (art. 1 del d.d.l.); a tale proposta non è estranea la giurisprudenza della Corte EDU⁶⁴. L'affidamento familiare, quando “si sia risolto, in concreto, in un rapporto stabile e duraturo”⁶⁵, assume così una funzione prodromica all'affidamento preadottivo; in questa prospettiva, del resto, si è già posta la giurisprudenza, non esente da critiche, di alcuni Tribunali minorili che, dopo aver ritenuti idonei all'adozione gli affidatari temporanei, considera il periodo di affidamento temporaneo valevole anche gli effetti dell'affidamento preadottivo⁶⁶. Rispetto all'adozione in casi particolari, l'intervento innovatore prevede l'aggiunta di un riferimento all'affidamento temporaneo nel contesto della lett. a) dell'art. 44 184⁶⁷.

In relazione al diritto vigente, esistono peraltro *certi denique fines*, al di là dei quali è giunta la sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma del 30 giugno 2014. Il caso aveva per oggetto la richiesta di una donna di adottare la figlia generata dalla convivente all'estero mediante tecniche di fecondazione assistita.

La sentenza si cimenta nel tentativo *impossibile* di accreditare la tesi per cui la lettera dell'art. 44 lett. d) comprenderebbe *de plano* anche l'impossibilità di affidamento preadottivo in senso giuridico; si dice, nello specifico, che “la lettera legis... prevede come unica condizione per l'adozione... l'impossibilità dell'affidamento preadottivo e non *l'impossibilità di fatto dell'affidamento preadottivo* (corsivo aggiunto) di un minore in stato di abbandono”.

Simile modo di argomentare è del tutto inappropriato dal punto di vista

⁶¹ S. Lener, *Riforma dell'adozione speciale e di altri istituti per la protezione dei minori*, in *La civiltà cattolica*, 1978, p. 375.

⁶² Atto Camera 2957 XVII Legislatura - Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare.

⁶³ Atto Camera 2040 XVII Legislatura - Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in materia di adozione e affidamento.

⁶⁴ Cfr. specialmente Corte EDU 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*.

⁶⁵ Relazione della Seconda commissione permanente del Senato sul d.d.l. n. 1209-A (corrispondente all'Atto della Camera 2957 citato alla nota 62).

⁶⁶ Cfr. F. Occhiogrosso, *Manifesto per una giustizia minorile mite*, Milano, 2009, p. 122.

⁶⁷ Più precisamente, la fattispecie sarebbe integrata in questi termini: “anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento”.

metodologico⁶⁸: il criterio letterale, come avverte l'art. 12 preleggi c.c., deve essere accompagnato a quello funzionale e sistematico, correndo altrimenti il rischio di esiti non plausibili⁶⁹. Seguendo il canone criticato, si dovrebbe ad esempio concludere, rispetto all'art. 2935 c.c., che il decorso della prescrizione è impedito anche da circostanze di fatto per la sola ragione che l'articolo 2935 c.c. non precisa che la possibilità di far valere il diritto dipende soltanto da ragioni giuridiche⁷⁰.

Del tutto inconferenti sono poi le lunghe considerazioni in merito al fatto che l'art. 44 lett. d) troverebbe sicura applicazione ai conviventi del medesimo sesso posto che così esigerebbero “la ratio legis...il dato costituzionale nonché i principi della Convenzione europea sui diritti umani”; in realtà, il riferimento al concetto di coppia è semplicemente irrilevante nel caso, posto che si trattava di adozione non in relazione ad una coppia, ma rispetto ad un singolo⁷¹. Il problema non era e non

⁶⁸ Sul criterio *ubi lex non distinguit*, sotteso all'affermazione del Tribunale per i minorenni di Roma, si veda l'appunto di F. Galgano, *Tutto il rovescio del diritto*, Milano, 2007, p. 99.

⁶⁹ Di avviso opposto, J. Long, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, cit., p. 118, la quale aderisce all'interpretazione del Tribunale di Roma e ne accredita gli argomenti sia letterale sia funzionale. Quanto alla lettera della legge, si può osservare, oltre a quanto sopra esposto, che è pur vero che l'*incipit* dell'art. 44 sembra introdurre un'eccezione al presupposto dello stato di abbandono, ma la lett. d) recupera questo requisito, posto che nella legge l'affidamento preadottivo (e la constatazione della sua impossibilità) identifica in modo univoco la fase successiva alla dichiarazione di adottabilità (per i primi interpreti della l. 184 si trattava di un dato evidente: cfr. A. - M. Finocchiaro, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, cit., p. 438; Sacchetti, *Adozione e affidamento dei minori. Commento alla nuova legge 4 maggio 1983 n. 184*, cit., p. 146). In punto di *ratio*, come già osservato, il criterio dell'interesse del minore non può in generale annullare la legge; può eventualmente contribuire a giustificare un'interpretazione antiletterale, purché corroborata con elementi obiettivi.

⁷⁰ Come sostiene l'insegnamento tradizionale: G. Azzariti - G. Scarpello, *sub art. 2935 c.c.*, in *Libro sesto. Tutela dei diritti (artt. 2900 - 2969)*, in *Comm. c.c. Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1957, p. 559; pur con osservazioni critiche, P. Vitucci, *La prescrizione*, I, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 1990, pp.145 e ss.; P.G. Monateri, *Il regime giuridico della durata della prescrizione*, in P.G. Monateri - C. Costantini (a cura di), *La prescrizione*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2009, p. 117; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*¹⁶, Napoli, 2013, p. 114; V. Righetti, *Il computo dei termini per la prescrizione*, in L. Viola (a cura di), *Prescrizione e decadenza*, Assago - Padova, 2015, pp. 122 e ss. In giurisprudenza, tra le più recenti decisioni, Cass. 26 maggio 2015, n. 10828; Cass. 15 aprile 2015, n. 7609; Cass. 6 ottobre 2014, n. 21026. Con riferimento all'art. 2947 c.c., e in particolare con riguardo ai danni c.d. lungolatenti, il diritto vivente ha peraltro dato rilievo alla conoscibilità, in senso oggettivo, del danno (Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581). Sul piano ermeneutico, è significativo rilevare che la giurisprudenza è pervenuta a questa conclusione non attraverso una frammentata interpretazione letterale della possibilità di far valere il diritto dell'art. 2935 c.c. - come invece fatto dal Tribunale per i minorenni di Roma con riguardo all'art. 44, co. 1 lett. d) - bensì coordinando in chiave teleologica la disposizione *de qua* con l'art. 2947 c.c. (Cass. 9 maggio 2000, n. 5913). In dottrina, cfr. F. Longobucco, *La prescrizione come "rimedio civile": profili di ragionevolezza dell'istituto*, in *Contratti*, 2012, pp. 950 e ss.; in senso critico rispetto alla tendenza della giurisprudenza ad espandere la portata dell'art. 2947 c.c., C. Costantini, *Le prescrizioni brevi*, in P.G. Monateri - C. Costantini (a cura di), *La prescrizione*, cit., p. 285 s. Nel contesto europeo, la mancanza di conoscenza “di che danno si tratti” è stata assunta a ragione di sospensione della prescrizione nell'art. 14:301 PDEC (si veda Commissione per il diritto europeo dei contratti, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte III, ed it. a cura di C. Castronovo, Milano, 2005, pp. 179 e ss.).

⁷¹ Analogamente a quanto osservato con riferimento a talune decisioni della Corte EDU (*supra* nota 38), anche rispetto alla sentenza in esame la dottrina ha constatato come il punto di vista della non discriminazione in base all'orientamento sessuale diventi pervasivo e conduca ad obliterare riferimenti fondamentali, primo tra tutti l'interesse del minore che dovrebbe invece dirigere la decisione. In particolare, è stato rilevato che tale interesse non solo non sembra emergere sul piano sostanziale, ma che non viene neppure considerato per garantire al minore una tutela effettiva nel corso del giudizio ponendo rimedio,

poteva essere quello del sesso dei *partners* tanto che in diritto nulla sarebbe cambiato se si fosse trattato di conviventi *more uxorio* eterosessuali. Tale considerazione venne posta in evidenza anche dalla Corte EDU nel caso *Gas et Dubois v. France*⁷² dove, nel respingere il ricorso presentato da una cittadina francese cui era stata negata l'adozione semplice della figlia della *partner*, si era notato che non sorge un problema di discriminazione sessuale essendo sottoposti al medesimo trattamento anche i conviventi eterosessuali.

L'unico elemento serio su cui la sentenza si fonda è il riferimento al rapporto costituitosi tra la ricorrente e la minore; certo importante, ma sicuramente non sufficiente da solo per riorientare in modo così drastico il senso dell'art. 44 lett. d) l. 184.⁷³

La forzatura della sentenza del Tribunale di Roma emerge anche considerando la citata proposta di regolamentazione delle unioni civili che, come già notato, non ha esteso il caso dell'art. 44 lett. b) ai conviventi.

4. Gli effetti. In particolare, il problema della costituzione del rapporto di parentela dopo la riforma della filiazione

Si è rammentato che l'opinione tradizionale, contando sulla lettera della legge, esclude che l'adozione in casi particolari costituisca lo *status* di figlio, ma tale assunto non è più unanime dopo l'entrata in vigore delle recenti riforme della filiazione.

Tali riforme attuano gli artt. 29 e 30 Cost i quali, secondo quanto si notò all'indomani della novella del '75, respingono l'idea che la speciale dignità del matrimonio debba essere affermata attraverso la mortificazione di coloro che fuori

mediante la nomina di un curatore speciale, alla situazione di conflitto di interessi con la madre - legale rappresentante (cfr. M.G. Ruo, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*, nota a Trib. min. Roma 30 luglio 2014, in *Fam. dir.*, 2015, pp. 585 e ss., 593 e ss.). In questa prospettiva, il Tribunale avrebbe potuto trarre profitto dalla ricordata sentenza della Corte cost. 11 marzo 2011, n. 83.

⁷² Corte EDU 15 marzo 2012, *Gas et Dubois v. France*.

⁷³ Invero, come si è constatato con riguardo ai requisiti di età dell'aspirante genitore adottivo, la giurisprudenza esclude che il solo fatto della convivenza, pur protratta, sia in sé decisivo per disporre l'adozione. Sempre nella prospettiva della dialettica tra fatto e norma e con riguardo al caso in esame, non si dovrebbe inoltre trascurare l'elemento, riferito nella sentenza, che la ricorrente, unitamente alla compagna madre biologica, si è recata in un paese straniero per costituire un "progetto di genitorialità condivisa" che la legge italiana non riconosce, riservando l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita alle coppie - coniugate o conviventi - di sesso diverso. Emerge dunque anche in questo contesto un'irriducibile antinomia: per un verso, la decisione di dirigersi all'estero elude il diritto interno e rivela in fondo «disprezzo per le leggi dello Stato italiano e per i valori che le ispirano e che da queste sono in pari tempo asseverati», per l'altro, allo «stesso diritto disprezzato si chiede poi il riconoscimento del risultato conseguito tramite la sua violazione», Renda, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al vivo*, cit., p. 450 s. testo e nota 75. In altre parole, mentre nei casi all'origine della c.d. adozione mite, anche internazionale (si veda *infra* § 5), l'ipotizzato avallo, in modo controllato, alla tesi dell'impossibilità giuridica rende possibile ciò che non è previsto, ponendo il problema se esista una lacuna, la sentenza del Tribunale di Roma rende possibile finanche ciò è vietato (art. 5 l. 19 febbraio 2004, n. 40) e perciò introduce una contraddizione.

da esso sono stati concepiti⁷⁴.

Segno più chiaro della riforma è l'art. 315 c.c. che ha equiparato, nella dimensione del rapporto con i genitori, ma non in quello della costituzione, lo *status filiationis*⁷⁵. La declinazione forse più importante si mostra rispetto alla parentela, la quale oggi riguarda anche i figli concepiti fuori dal matrimonio⁷⁶.

Accanto a tale innovazione, si è scorto⁷⁷ nell'art. 74 c.c. un secondo profilo di novità. Combinando la previsione, formulata in positivo, per cui si ha parentela anche “nel caso in cui il figlio è adottivo”, senza specificazioni circa la forma di adozione, e l'esclusione contenuta nel secondo periodo (“Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti”), si è tratta la conclusione della tacita abrogazione dell'art. 55 l. 184 nella parte in cui richiama l'art. 300 c.c., sicché pure l'adozione in casi particolari determinerebbe il sorgere del rapporto di parentela, con le conseguenti implicazioni di ordine successorio⁷⁸.

La dottrina è divisa⁷⁹, mentre dai lavori preparatori non è possibile trarre alcun argomento a favore⁸⁰.

⁷⁴ L. Mengoni, *La filiazione naturale*, in *Jus*, 1974, p. 128.

⁷⁵ Tale profilo si caratterizza in modo particolare con il passaggio dalla “potestà” alla “responsabilità” genitoriale, su cui O. Clarizia, *Innovazioni e problemi aperti all'indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 603 e ss.

⁷⁶ Cfr. P. Schlesinger, *Il D.Lgs. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Fam. dir.*, 2014, pp. 443 e ss.

⁷⁷ P. Morozzo Della Rocca, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 839.

⁷⁸ Si consideri specialmente la disciplina della rappresentazione, in relazione alla quale si esclude che gli adottati in casi particolari possano rappresentare l'adottante, come rileva L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*⁶, in *Tratt. Cicu - Messineo - Mengoni*, Milano, 1999, pp. 69 e ss.

⁷⁹ Aderisce alla tesi E. Giacobbe, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma “Bianca”*, in *Dir. fam.*, 2014, pp. 838 e ss.; J. Long, *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina delle adozioni dei minorenni*, in *La nuova disciplina della filiazione*, Rimini, 2014, p. 258 ed ivi ulteriori riferimenti. In senso contrario si sono espressi A. Figone, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014, pp. 7 e ss.; F. Bocchini, *La famiglia di fatto tra filiazione e convivenza more uxorio*, in *Id.*, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, p. 272; M. Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013, pp. 235 e ss.

⁸⁰ Tra i diversi documenti, il più ampio è lo studio elaborato dalla Camera dei Deputati in relazione allo schema da cui sarebbe scaturito il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 (reperibile al seguente Url: <http://documenti.camera.it/leg17/dossier/Testi/gi0087.htm> – ultima consultazione: 29 maggio 2015); in esso si legge, con riferimento all'art. 74 c.c., che “la novella – che esclude la parentela nei casi di adozione di persone maggiorenne – è diretta a consentire la creazione di rapporti di parentela tra il figlio naturale e la famiglia del genitore”. Ora, l'inciso, confermando espressamente che l'esclusione dalla parentela riguarda l'adozione dei maggiorenne, potrebbe coonestare l'idea che si sia voluto ricondurre all'art. 74 c.c. anche gli adottati in casi particolari. In realtà, la non esplicita eccezione dell'adozione in casi particolari non risulta sufficiente per ricondurla meccanicamente all'art. 74 c.c., apparendo al più un difetto di completezza descrittiva. In questo senso, si può infatti osservare: l'obiettivo dell'intervento sull'art. 74 c.c., primo periodo c.c. viene riferito dal legislatore in modo preciso e circoscritto alla filiazione naturale; la parte dello studio dedicata ai profili di novità che la riforma della filiazione produce sulla l. 184 non considera affatto la questione; infine, una conferma espressa della continuità della disciplina sul punto può forse considerarsi non necessaria, posto che l'adozione semplice attinge quanto ai rapporti di parentela proprio all'adozione dei

L'argomento portato, per quanto suggestivo e meritevole di attenzione *de iure condendo*, non è allo stato convincente. Invero, per quanto l'adozione piena e l'adozione particolare dei minori siano accomunate dal *nomen iuris*, si trovino nella stessa sede normativa e partecipino della medesima *ratio* solidale, mantengono un'insuperabile differenza strutturale. Dalla sistematica legislativa risulta, infatti, che la condizione degli adottati in casi particolari è in gran parte modellata di conserva a quella degli adottati maggiorenni e che questa non è in generale equiparata allo stato di filiazione, ma soltanto nei precisi casi in cui il legislatore così ha disposto, ad esempio agli artt. 433, 536, co. 2 e 567 c.c. Di contro, solo gli adottati secondo le regole del titolo II l. 184 sono considerati alla stessa stregua dei figli, come dispone l'art. 27, co. 1 l. 184: proprio attraverso tale norma si può allora identificare nel "figlio adottivo" di cui all'art. 74 c.c. il figlio adottato in modo pieno, mettendo così in pari il codice e la legge speciale. Nella medesima prospettiva, non è probabilmente privo di rilievo il fatto che nel contesto del titolo IV della l. 184 non si usi mai la parola "figlio" per esprimere lo *status* dell'adottato in casi particolari rispetto all'adottante.

In definitiva, all'art. 74 c.c. si può forse rimproverare di essere poco perspicuo, ma se confrontato con l'attuale assetto normativo acquista coerenza e non consente di concludere per l'estensione della parentela agli adottati in casi particolari, risultando tale soluzione in antitesi con il sistema.

Si tratta semmai di valutare se l'esclusione dalla parentela degli adottati in casi particolari sia davvero coerente con la funzione che la legge attribuisce a tale figura di adozione e con il reale significato che ha assunto nella realtà, sapendo però che solo il legislatore ha la competenza per produrre un'innovazione.

5. L'adozione in casi particolari internazionale

La possibilità che l'adozione in casi particolari riguardasse anche minori stranieri è rimasta incerta fino alla sentenza della Corte costituzionale 29 luglio 2005, n. 347 che ha risolto in senso favorevole la questione⁸¹.

Sempre con riguardo all'adozione internazionale, particolarmente rilevante è stata anche la sentenza Corte costituzionale 9 luglio 1999 n. 283 che ha avallato la

maggioenni e nello specifico all'art. 300 c.c.

⁸¹ La Corte ha argomentato in particolare dall'art. 31, co. 2 l. 184 osservando che la previsione di "una procedura agevolata per l'adozione internazionale in uno dei quattro casi di adozione particolare" presuppone logicamente "l'ammissibilità dell'adozione internazionale in casi particolari; dal momento che non ci sarebbe stato bisogno di precisare che nell'ipotesi di cui all'art. 44, lettera a), la procedura è semplificata, se in generale la procedura non fosse stata possibile, neppure in forma completa".

possibilità di emettere decreti di idoneità mirati⁸².

Di particolare interesse, in considerazione anche della frequenza nella prassi, è il ricorso all'adozione in casi particolari internazionale con riguardo ai minori provenienti dall'est Europa, specialmente dalla Bielorussia, ospitati in Italia per ragioni terapeutiche.

Secondo alcuni, proprio nella sentenza della Corte cost. n. 347/2005 si potrebbe scorgere un'approvazione dell'adozione mite, che spesso costituisce l'argomento con cui legittimare in tali casi l'adozione secondo l'art. 44 lett. d) l. 184⁸³.

Invero, anche se l'autorità straniera emettesse un provvedimento di adozione rispetto ad una persona singola, potrebbe tuttavia esserne escluso il riconoscimento in Italia in quanto non ne sussistono i requisiti di diritto interno, ad esempio perché il minore non è orfano o perché non è stata constatata l'impossibilità di affidamento preadottivo in senso proprio⁸⁴.

In sostanza, l'adozione che con ricchezza di aggettivi si potrebbe qualificare *particolare internazionale mite* diventa l'unica possibilità per legittimare l'adozione in Italia da parte di persone che hanno costituito un significativo rapporto con il minore, ma non hanno i requisiti per l'adozione piena.

Vi sono certamente delle incognite e rischi di utilizzazione distorta della norma, in più modi, tuttavia una linea interpretativa rigida costringerebbe a sacrificare ogni esigenza di giustizia concreta e forse di umanità.

Se si volesse percorrere questa possibilità, devono nondimeno essere osservate alcune garanzie, prima delle quali il rispetto delle procedure della l. 184; non sono accettabili le forzature, come quella di autorizzare direttamente l'adozione del minore presente in Italia per ragioni di cura, obliterando le regole di diritto internazionale e interno⁸⁵.

Sempre in una prospettiva internazionale, l'adozione in casi particolari è stata talvolta richiamata per dar accoglienza giuridica in Italia alla *kafàla*. Nei paesi il cui

⁸² Solo in meno dell'8% dei casi il decreto di idoneità non fa riferimento preciso ad un minore secondo quanto emerge dallo studio curato dalla Commissione per le adozioni internazionali, *Bambini dalla Bielorussia dall'accoglienza all'adozione. Il fenomeno dell'adozione dei minori temporaneamente accolti*, Cagliari, 2005, p. 36.

⁸³ Occhiogrosso, *Manifesto per una giustizia minorile mite*, cit., p. 120.

⁸⁴ È, infatti, opportuno ricordare che "in materia di adozione internazionale di minori, il diritto della persona singola a proporre domanda di adozione è subordinato alla sussistenza delle condizioni previste dalla normativa interna" (così Cass. 18 marzo 2006, n. 6078).

⁸⁵ Sacchetti, *L'adozione semplice del minore adottabile all'estero tra diritto e interesse*, cit., p. 608 s.; M. Orlandi, *Minore straniero in Italia per «soggiorni climatici» e sua adottabilità da parte di cittadini italiani*, in *Giur. merito*, 2005, pp. 2075 e ss.

diritto si riporta ai principi islamici, salve alcune eccezioni come la Tunisia, l'unica forma di filiazione legale è quella che deriva da due persone tra loro coniugate, sicché l'adozione non è prevista e la filiazione naturale stigmatizzata; ciò non significa tuttavia che sia estranea a quella cultura la sollecitudine verso i minori abbandonati e in questa prospettiva si pone l'istituto della *kafāla*, con la quale il minore viene affidato alle cure di un terzo, senza con questo costituire un legame di filiazione o elidere i rapporti con la famiglia di origine.

Nel nostro ordinamento, la questione è divenuta ancora più rilevante, a seguito di una recente sentenza della Corte di cassazione⁸⁶ che ha riconosciuto anche ai cittadini italiani il diritto di richiedere il ricongiungimento familiare a favore di un minore affidato in *kafāla* nel suo paese di origine, laddove per l'innanzi era riservato ai cittadini stranieri provenienti da quei paesi che conoscevano l'istituto. La giurisprudenza ha configurato in modo diverso il rapporto che si crea tra affidatari e minori una volta compiuto l'ingresso in Italia. Pare di scorgere una certa prevalenza per l'affidamento familiare; in taluni casi⁸⁷ si è messo però capo all'adozione in casi particolari, dopo aver constatato l'impossibilità di affidamento preadottivo in senso giuridico.

ABSTRACT: This essay aims to present the 'simple adoption' regulation provided in Italy ("adozione in casi particolari"). After remembering the historical development, it is focused on the main features of this institution (purpose, requirements and effect). Some disputed issue are then considered. In particular, the author investigates whether 'simple adoption', as amended by the recent filiation law reform, creates legal relationship between the child and the relatives of the adoptive parents. Another topic is the 'simple adoption' of foreign minors. The paper takes into account the law reform proposals that are currently debated in Parliament too.

KEY WORDS: Italian adoption law, simple adoption, open adoption, second-parent adoption, international adoption

⁸⁶ Cass. 16 settembre 2013, n. 21108; sul tema, si veda R. Senigaglia, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa "tradizione". I casi della poligamia e della kafala di diritto islamico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, pp. 564 e ss.

⁸⁷ Trib. min. Trento 11 marzo 2002.