

Adozione e affidamento familiare: *ius conditum*, “*vivens*”, *condendum*

1. *Una domanda (retorica)*- Il dibattito inerente alla genitorialità – molto latamente intesa – è tornato prepotentemente alla ribalta in in tempi assai recenti anche grazie ad altolocati “battibecchi” multimediali¹. Non si tratta, del resto, della prima volta in cui la notorietà di chi assume essere protagonista della vicenda riaccende le luci della ribalta su questioni altamente delicate, imponendone una riconsiderazione da parte della dottrina, giurisprudenza ed opinione pubblica².

In senso speculare ed inverso rispetto all’ordine testé adottato, però, tra i partecipanti al dibattito sembra ormai essere l’opinione pubblica a farla da padrone³, “costringendo” la giurisprudenza ad arrancare dietro di essa al fine di dimostrare di saper stare al passo con i tempi⁴.

A chi, tra coloro che a tale dibattito si accostano, è fanalino di coda, in via preliminare sorge spontanea una domanda, che forse così retorica non è: cosa ci si aspetta dall’ordinamento giuridico⁵? Deve esso limitarsi a registrare i desiderata, quali che siano, di chicchessia⁶ o non piuttosto promuovere e garantire dati valori positivamente definiti ed accolti?⁷

¹ Si fa riferimento all’accesissimo scontro tra due stilisti italiani, gay, ed un’altrettanto nota popstar anglosassone, anch’essa gay, in merito alla opportunità o meno di una genitorialità tutta – ed ab origine – omosessuale, che i primi hanno definito – nel bene o nel male ma certamente con straordinario senso giuridico – filiazione sintetica, suscitando le ire del cantante anglosassone, che di figli se ne è fatto “confezionare” ben due.

² Il riferimento è al noto, complesso e, sotto certi profili estenuante, caso Di Lazzaro, per una sintesi del quale si rinvia a M. GUGLIELMI, *Adozione del singolo? Si ma quando*, in *Giur. merito*, 1995, 214; F. BIANCO, *I recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di adottabilità di un minore da parte di persona sola*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1355; L. GRASSO, *Il caso Di Lazzaro: l’adozione da parte del single, riflessioni dello psicologo e del giudice sui rischi di innovazioni a misura di adulto*, in *Dir. fam.* 1996, 207, ma le citazioni potrebbero continuare.

³ Tuttavia già C. F. GABBA, *Intorno ad alcuni più generali problemi della scienza sociale*, Firenze, 1881, 47 ss., nella ricerca dell’autorità della pubblica opinione ne evidenziava le varie e malsicure manifestazioni; E. LOMBARDO PELLEGRINO, *L’opera di Saverio Scolari nel diritto pubblico*, in *Antologia giuridica*, 1881, 81 ss. soprattutto 113, con un malcelato rammarico, sottolineava il prestigio che può avere su le moltitudini la parola del ciarlone più di quella del filosofo; ed ancora G. D. ROMAGNOSI, *Ricerche sulla validità dei giudizi del pubblico a discernere il vero dal falso*, in *Opere*, riordinate da A. De Giorgi, I.2, *Scritti filosofici*, Milano, 1841, 731 si interrogava su chi fosse quel pubblico cotanto temuto e fino a qual segno il giudizio del pubblico si avesse a tenere per un criterio di verità. Nessuno, oggidi, si pone questi interrogativi.

⁴ L’esigenza di saper stare al passo con i tempi non è certamente disprezzabile, ché, anzi, dovrebbe rappresentare attuazione di quella costante necessità di adeguamento del diritto al fatto, rifiutare la quale, per dirla con le parole di S. SCOLARI, *Del diritto amministrativo*, Pisa, 1866, 129, equivarrebbe a “lottare contro il progresso e certe lotte non si vincono”. Ciò che ci lascia perplesse, per contro, è il desiderio, che la giurisprudenza palesa, di dimostrare a quell’opinione pubblica di saper stare al passo con i tempi ed anzi, in date circostanze, di saperli sopravanzare.

⁵ A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, I, a cura di R. Orecchia, Padova, 1967, 3, nella sua introduzione osservava che “vi sono de’ secoli di principj: in questi il pensare è sano, virile, ma poco sviluppato. Succedono de’ secoli di conseguenze e di principj insieme: in questi il pensare è ancora sano, perché i principj non sono ancora obbliti, è ancora virile e più svolto; sono i secoli del maggior fiore delle Nazioni. Vengono de’ secoli di mere conseguenze; i principj sono già divenuti un vecchiume, non han più calore ; a dir vero corrono ancor per le bocche a modo proverbiale vestiti, ma non s’arrestano innanzi alla riflessione di niuno: in questi secoli il pensiero languente perdesi agevolmente nel sofisma e nella frivolezza, fassi connivente ai sensi; sono i secoli lassi, leggeri, effeminati, corrotti, ne’ quali le nazioni precipitano, l’umanità dà di se stessa un tristo spettacolo. Eppure infine ella è più inorgogliata che mai di sé stessa, sdegna l’idiotaggine delle età precedenti, sdegna e spezza i vincoli co’ padri suoi”. Certamente reputando non più attuale detto insegnamento, C. RIMINI, *L’affidamento familiare ad una coppia omosessuale: il diritto del minore ad una famiglia e la molteplicità dei modelli famigliari*, in *Corr. giur.*, 2014, 155 afferma, con riferimento alle coppie omosessuali, che il riconoscimento di questi nuovi modelli dovrebbe essere compiuto

Si suole dire, infatti, che ormai il concetto di famiglia è cambiato⁸, ma affinché tale cambiamento diventi l'oggetto di una asserzione, e non già di una mera opinione, occorre supportarlo di basi certe, senza le quali la relativa constatazione risulta priva di qualsivoglia credibilità⁹. Tenuto conto che il nostro è un sistema di *civil law*¹⁰, tali basi vanno rinvenute all'interno del diritto positivo, solo un mutamento del quale potrebbe supportare, ed in quei termini, la riportata affermazione.

La verifica del mutamento in atto del concetto di famiglia, tale da incidere, o consigliare che si intervenga, sugli istituti dell'affidamento familiare e dell'adozione dei minori, deve allora, di necessità, partire dallo *ius conditum*, solo alla luce del quale potendosi valutare in modo non arbitrario l'andamento dello "*ius vivens*" e giudicare le aspirazioni cui tende lo *ius condendum*.

2 *Ius conditum* – Il diritto positivo, si insegna, si identifica con il complesso di regole istituzionali ed organizzative denominate norme giuridiche¹¹. La norma giuridica, a sua volta, per essere tale deve possedere i caratteri della generalità, intesa quale attitudine a regolare categorie di fatti o comportamenti, e della astrattezza, poiché la norma dispone in via preventiva ed ipotetica, secondo un predeterminato "dover essere".

Appare evidente, peraltro, che al dover essere formalizzato nelle norme giuridiche non necessariamente corrisponde l'essere dei fatti. Si tratta della ovvia constatazione che supporta l'insorgere delle controversie, per dirimere le quali i giudici sono chiamati ad applicare quelle norme. Banalizzando: le norme comandano ma non decidono, i giudici decidono e non dovrebbero comandare.

dal legislatore, ma poiché il legislatore non vi provvede, la giurisprudenza è costretta ad una funzione di supplenza. Il sospetto che il mancato intervento non sia inettitudine e che comunque poteri di supplenza del legislatore la Costituzione non prevede in capo al giudice, non lo sfiora.

⁶ Afferma, ancora G. D. ROMAGNOSI, *Op. cit.*, 742 essere verità incontestabile che pochi privati non fanno un pubblico e non fanno un pubblico nemmeno certe classi o società, benché numerose.

⁷ Pur contrario all'ingerimento politico nelle faccende sociali – pur a condizione che i cittadini apprendano a conoscere sé stessi e col sentimento delle proprie forze acquistino anche la notizia dei propri doveri – sosteneva S. SCOLARI, *Del diritto amministrativo*, cit., 138 che nel definire le incombenze generali del governo non gli si potrà togliere la parte di azione necessaria a mantenere l'unità dello Stato e a porla al riparo dalle interne ed esterne offese, e per conseguenza, raccogliendo lo Stato una determinata associazione di uomini in un corpo solo, non può che ordinare le forze e le opere ad uno scopo generale "per cui non potrebbe a meno di dar loro un incitamento e una direzione uniformi".

⁸ Tra i tanti L. POLI, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miope rispetto all'interesse superiore del minore*, in *Giur. it.*, 2013, 1764; G. FERRANDO, *Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, 281; F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, I, in *Dir. fam.*, 2011, 899 che più che di cambiamento parla di totale scomparsa della famiglia del codice civile, occorrendo oggi tener conto della "continuità transfrontaliare".

⁹ Quando, allora, Trib. Min. Palermo 4 dicembre 2013, *Fam e dir.* 2014, 351 con nota di G. MASTRANGELO, *L'affidamento anche etero familiare di minori ad omosessuali. Spunti per una riflessione a più voci*, e in *Foro it.*, 2014, I, 1132 con osservaz. di G. CASABURI, afferma che il concetto di famiglia non vive tra le pagine dei codici, dovrebbe quanto meno rammentare che da quelle pagine deriva la sua autorità di giudicare.

¹⁰ La "criticità" di tale osservazione può trovare sintesi in N. IRTI, *Fenomenologia del diritto debole*, in *Nuove frontiere del diritto*, Bari, 2001, 33 ss.; si vedano, altresì, i saggi tutti racchiusi nel volume *Due iceberg a confronto: le derive di common law w civil law*, Milano, 2009. Significativo, in proposito, F. PATRONI GRIFFI, *La "fabbrica" delle leggi e la qualità della normazione in Italia*, in *Dir. amm.*, 2000, 97, il quale sottolinea il profondo rispetto per il Parlamento e le leggi nutrito dagli anglosassoni (!).

¹¹ Senza aver la pretesa di svolgere alcuna speculazione filosofica al riguardo, si tratta della sintesi della definizione istituzionale tratta da T. MARTINES, *Diritto costituzionale. Edizione per i corsi universitari di base*, a cura di G. Silvestri, Milano, 2011, 22 ss.

Se si vogliono riportare queste elementari osservazioni alla tematica in oggetto, si perviene ad un primo risultato, che forse troppo scontato oggi non è. Posto che gli istituti dell'affidamento e dell'adozione dei minori involgono l'interesse del minore, tale interesse, nel sistema ordinamentale italiano deve essere – e non può che essere – predefinito in termini oggettivi¹², privandosi, altrimenti, il giudice dello strumento con il quale poter giudicare se l'essere in concreto corrisponda o meno al dover essere¹³.

Tale dover essere, dunque, va ricercato all'interno del nostro diritto positivo, e lo si ricava, quale principio ordinatore¹⁴, nel comma 1 art. 1 l. 4 maggio 1983 n. 184¹⁵, ai sensi del quale il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia. Tale principio rinviene, oggi, rinverdito formalizzazione nell'art. 315 bis cod. civ., ai sensi del quale il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito ed assistito moralmente dai genitori; ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere significativi rapporti con i parenti¹⁶.

Si tratta di un principio fondamentale¹⁷, che rispecchia appieno la responsabilità scaturente dal rapporto procreativo, già definita dall'art. 30 Cost., che ha rappresentato la musa ispiratrice della recente riforma della filiazione¹⁸. Da non trascurare, peraltro, il dato per cui rispetto all'art. 30 Cost. l'art. 1 l. 184/1984 ribalta l'angolo visuale, in quanto non ricava i diritti del figlio dai doveri dei genitori, bensì i doveri dei genitori dai diritti del figlio¹⁹. Medesima prospettiva viene di recente accolta nell'art. 3 della L. 112/2011, istitutiva autorità garante infanzia²⁰, che, tra le competenze della detta autorità colloca la promozione della piena applicazione del diritto della persona di minore età ad essere accolta ed educata prioritariamente nella propria famiglia.

Viene, in tal modo, ricostruito positivamente un vero e proprio diritto soggettivo del minore alla propria famiglia, laddove non esiste norma alcuna, nel nostro ordinamento, che consenta di

¹² Nettamente contra G. FERRANDO, *I diritti dei minori nella famiglia in difficoltà*, in *Fam e dir.*, 2010, 1174 la quale drasticamente nega potersi predefinire in termini oggettivi l'interesse del bambino.

¹³ Il che equivarrebbe ad abbandonare la tutela di un valore fondamentale del nostro ordinamento all'"umore" di chi, in quel momento, ha la cognizione di quella specifica controversia.

¹⁴ Vle a dire principio che rileva ex art. 35 l. 184/1984 – e non silo – ai fini del riconoscimento dell'adozione pronunciata all'estero, abbia o meno lo Stato che ha emesso il provvedimento aderito alla Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993, ratificata dall'Italia con l. 476/1998.

¹⁵ Nei suoi termini sostanziali analogo sia nella sua originaria versione sia nel testo derivante dalla riforma attuata nel 2001 con la l. n. 149, anche se, con tale osservazione, non si intende affatto sottovalutare la portata innovativa della riforma, sulla quale, tra gli altri, si rinvia a G. MORANI, *La nuova disciplina dell'affidamento e dell'adozione nazionale dei minori*, in *Giur. merito*, 2002, 1428.

¹⁶ In termini generali E. GIACOBBE, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma "bianca"*, in *Dir. fam.* 2014, 817; FERRAJOLI LUIGI, *I diritti fondamentali dei bambini*, in *Minori giustizia* 2014, 2, 7; M. COSTANZA, *I diritti dei figli: mantenimento, educazione, istruzione ed assistenza morale (art. 315 bis c.c., inserito dall'art. 1, comma 8, L. n. 219/12)*, in *Nuove leggi civili commentate* 2013, 526; M. BIANCA, *Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*, ivi, 2013, 507.

¹⁷ Osserva, M. DOGLIOTTI, *Adozione e affidamento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, IV, *Filiazione, adozione, alimenti*, a cura di T. Auletta, Torino, 2011, 413 come tale principio non possa essere interpretato in senso assoluto, ma ammonisce, nel contempo, dall'interpretarlo in senso troppo restrittivo

¹⁸ Per tutti si rinvia a C. M. BIANCA, *La riforma della filiazione: alcune note di lume*, in *Giust. civ.*, 2013, II, 439; M. BIANCA, *L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente legge n. 219 del 2012*, ivi, 205.

¹⁹ Inversione di prospettiva che si mantiene, a distanza di tempo, nella L. 219/2012, come sottolineato da T. MONTECCHIARI, *Adozione "mite": una forma diversa di adozione dei minori od un affidamento senza termine? Se un bambino vive nella accettazione e nell'amicizia impara a trovare l'amore nel mondo*, in *Dir. fam.* 2013, 1581.

²⁰ Istituzione passata un po' in sordina, sulla quale si rinvia a G. MORANI, *Un nuovo organo monocratico, autonomo ed indipendente a tutela dei minori: l'autorità garante dell'infanzia e dell'adolescenza*, in *Dir. fam.*, 2012, 490; G. RECINTO, *La situazione italiana del diritto civile sulle persone minori di età e le indicazioni europee*, ivi, 1295.

configurare un diritto soggettivo al figlio, meno che mai in capo a chi, tecnicamente, non è neanche genitore²¹

La propria famiglia, nell'ambito della quale il figlio ha diritto di crescere ed essere educato, ex art. 1 l. 184/1984, è quella formata, ex artt. 30 e 29 cost., dai suoi genitori, uniti o anche non uniti, in matrimonio.

Il diritto a crescere nell'ambito della propria famiglia si specifica, dunque, nel diritto del minore alla doppia figura genitoriale²².

Ciò non significa affatto diritto del minore ad avere due genitori purchessia, poiché la affermazione del diritto del minore alla propria famiglia non può che significare diritto ad avere una mamma ed un papà.

La genitorialità, invero, è una dimensione di ruoli, e di ruoli diversi, ancorché complementari, tra padre e madre. Basti l'osservazione, piuttosto banale, per cui si potrà anche crescere senza un padre e/o una madre, ma senza di essi – in quanto genitore e genitrice - non si può nascere²³. La diversificazione delle figure genitoriali, senza la quale la loro duplicità non sarebbe un

²¹ Lo configura, sotto forma di “diritto di libertà”, secondo un iter argomentativo quanto meno discutibile, C. Cost. 10 giugno 2014 n. 164, *Dir. fam.* 2014, 973 con nota di L. D'AVACK, *Cade il divieto di eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, ivi, 1289 con nota di C. CICERO, E. PELUFFO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto, ovvero sia quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*, e in *Foro it.*, 2014, I, 2343 con nota di G. CASABURI, “*Requiem*” (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04, e in *Dir. pen. proc.*, 2014, 825 con nota di A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa*, e in *Fam e dir.*, 2014, 753 con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia: fecondazione eterologa anche in Italia*, e in *Corr. giur.*, 2014, 1062 con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*, e in *Giur. it.*, 2014, 2827 con nota di E. LA ROTA, *Il divieto irragionevole di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, e in *Europa e dir. priv.*, 2014, 1117 con nota di C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte Costituzionale*. Che già di per sé la stessa idea dell'esistenza di un diritto ad avere un figlio sia sbagliata è affermato da R. DE FRANCO, *Dignità e tutela dell'embrione umano*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, I, Milano, 2008, 954, ed ancora L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, a cura di F. D'Agostino, Milano, 2012, 12 il quale osserva che, in tal modo, ogni distinzione tra desideri privati e diritti soggettivi si dissolve, perché non c'è posizione soggettiva che non veda il tema dell'autodeterminazione giocare un qualche ruolo. Per contro secondo G. FERRANDO, *Diritti delle persone e comunità familiari nei recenti orientamenti della Corte Europea Diritti Uomo*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, 4, 281, per tutela del diritto alla vita familiare dovrebbe intendersi proprio diritto ad avere figli; su questa linea anche F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, I, in *Dir. fam.* 2011, 899 ss. che il diritto ad essere genitori trae dalla risarcibilità del danno da lesione della capacità procreativa.

²² Per la affermazione del diritto alla doppia figura genitoriale già F. MANTOVANI, *La fecondazione assistita tra il “diritto alla prole” e il “diritto ai due genitori”*, in *Ind. pen.*, 1990, 416; contra I. CORTI, *Procreazione assistita e diritto alla maternità*, in *Familia*, 2001, 481, le cui affermazioni, però, sono state almeno in parte contraddette dalle successive scelte legislative; P. ZATTI, *Familia, familiae. Declinazione di un'idea, II, Valori e figure della convivenza e della filiazione*, in *Familia*, 2002, 337, ma, a nostro giudizio, non distinguendo tra essere e dover essere; id., *Interesse del minore e doppia figura genitoriale*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1997, I, 86 ove, comunque, si riconosce che quello della doppia figura genitoriale è criterio preferenziale di scelta. Osserva R. NATOLI, *L'impianto di embrioni post mortem tra scontri ideologici e prezzi da pagare (a proposito di un'ordinanza palermitana)*, in *Dir. fam.* 1999, 1175, che, quanto meno su un piano metagiuridico, non possa negarsi che in astratto sia meglio vere due genitori piuttosto che uno

²³ Si può anche convenire con G. MASTRANGELO, *L'affidamento, anche etero familiare di minori ad omosessuali. Spunti per una riflessione a più voci*, in *Fam e dir.*, 2014, 351 s., in merito alla “rozzezza” dell'uso giuridico dell'argomento naturalistico, ma, per quanto rozzo, ci sembra rendere l'idea, alla luce della convinzione per la quale il diritto qualifica i fatti come vuole, ma i fatti non li può creare, secondo quanto già

valore ordinamentale, non significa affatto discriminazione, ed anzi sulla diversificazione dei ruoli si fonda tutto il nostro sistema normativo: discriminatorio, certamente, non si può considerare il comma 2 art. 31 Cost. che impone alla Repubblica di proteggere la maternità, imposizione cui fa eco l'art. 37 Cost. che, riconosciuti alla donna lavoratrice gli stessi diritti del lavoratore, richiede condizioni di lavoro che consentano alla donna l'adempimento della sua essenziale funzione familiare, onde assicurare alla donna e al bambino una speciale, adeguata protezione²⁴.

La presenza della doppia figura genitoriale, il mantenimento della quale rappresenta diritto del minore, trova riscontro, del resto, in tutte le fonti, internazionali, comunitarie ed interne, che del minore si occupano. Dall'art. 18 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, che vuole entrambi i genitori avere una responsabilità comune verso il fanciullo²⁵, all'art. 24 della Carta diritti fondamentali UE, che afferma ogni bambino avere diritto ad intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori.

Non avrebbe dovuto, pertanto, essere considerata norma di controtendenza²⁶, la statuizione contenuta nel nuovo art. 155 cod. civ., quale risulta dalle modifiche introdotte dalla L. 54/2006, che la bigenitorialità presenta come situazione ottimale per il minore anche nella fase patologica dei rapporti tra i genitori²⁷.

Situazione ottimale, dunque, la presenza di entrambi i genitori, padre e madre, la quale viene ribadita, come accennato, dall'art. 316 cod. civ., nel testo risultante dalle modifiche introdotte dal d.lgs 154/2013, e ragione giustificativa delle innovazioni tutte che la "riforma Bianca" ha apportato alla regolamentazione della filiazione.

Se, dal punto di vista ordinamentale, il diritto del minore a crescere ed essere educato nella propria famiglia va qualificato come diritto assoluto ed indisponibile, in quanto suo diritto personalissimo²⁸, se ne ricava che il ruolo di genitore non sia delegabile²⁹. Già la riforma del diritto di famiglia del '75, nel novellare l'art. 148 cod. civ. aveva sottolineato la non sostituibilità dei genitori, ancorché privi di mezzi, nell'adempimento delle obbligazioni loro proprie verso i figli³⁰.

Proprio in questo contesto si apprezza la previsione, inserita dalla riforma del 2001, di cui al comma 2 art. 1 L. 184/1983 per la quale le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia³¹. Si dà attuazione, in tal modo,

divisato da R. G. POTHIER, *Trattato del contratto di matrimonio*, III, Milano, 1813, 282 ss. ove si evidenziava la legge non poter cangiare la natura né il destino degli uomini.

²⁴ Analoghe osservazioni già in E. GIARNIERI, *Alcune considerazioni circa l'unione omosessuale tra "società naturale" dell'art. 29 e le "formazioni sociali" dell'art. 2 della Costituzione italiana*, in *Dir. fam.* 2012, 1334

²⁵ Responsabilità comune dei genitori qualificata, dal medesimo art. 18, principio generale. Panoramica si rinviene in R. RUSSO, M. STURIALE, *L'affidamento dei minori nella prospettiva europea*, Milano, 2013, 2 ss.; si veda, altresì, P. GIANNINO, *Il diritto del minore alla famiglia*, in *Adozione nazionale e internazionale*, in *Biblioteca del diritto di famiglia*, diretta da B. de Filippis, Padova, 2011, 37 ss.; R. DE MEO, *La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea*, in *Dir. fam.*, 2012, 461.

²⁶ Così, per contro, L. FADIGA, *L'adozione legittimante dei minori*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da Zatti, II, Milano, 2012, 853.

²⁷ Scettico ebbe a mostrarsi anche N. FAZIO, *L'affido condiviso*, in *Giust. civ.* 2006, II, 273 ma non sulla istanza etica di grande valore del principio, quanto sulla sua realizzabilità nel concreto; l'affermazione del diritto alla bi genitorialità come fondamento della L. 54/2006 si rinviene in F. RUSCELLO, *Crisi della famiglia e affidamenti familiari: il nuovo art. 155 c. c.*, in *Dir. fam.* 2007, 265.

²⁸ Non è un caso, del resto, che ai sensi dell'art. 270 cod. civ. l'azione per ottenere che sia dichiarata la paternità e/o maternità sia imprescrittibile riguardo al figlio.

²⁹ Cfr. A. SCALISI, *Il diritto del minore ad una famiglia*, in *Dir. fam. succ.*, 2008, 872.

³⁰ Sia consentito il rinvio a E. GIACOBBE, *Libertà ed educazione: il ruolo della famiglia*, in *Libertà ed educazione. 70 anni della LUMSA*, a cura di C. Di Agresti, Città del vaticano, 2012, 219.

³¹ Che la "povertà" dei genitori non avrebbe mai potuto comportare una declaratoria di stato di abbandono era affermato, per vero, anche prima della modifica introdotta nel 2001; cfr. D. MORELLO DI GIOVANNI, *Lo stato di abbandono e i criteri di valutazione per la declaratoria di adottabilità*, in *Fam e*

al principio di cui all'art. 31 Cost.³² anche se, come da più parti stigmatizzato³³, limitare, come fa l'art. 1 L. 184/1983, l'impegno dello Stato, Regioni ed enti locali alle risorse finanziarie disponibili, attenuata di molto l'efficienza della proclamazione di principio.

2.1 *The best interest of the child* – Sulla base della valutazione generale ed astratta propria del nostro diritto positivo, dunque, vivere con la propria famiglia rappresenta “*the best interest of the child*”. *The best*, e non già *better than*, a rimarcare la assolutezza e non relatività del superlativo³⁴. Il criterio del superiore interesse del minore, filo conduttore di tutto il diritto minorile, non ammette comparazione alcuna tra la situazione attuale del minore nella propria famiglia e la situazione – reputata o reputabile migliore – in cui il minore verrebbe a trovarsi al di fuori della propria famiglia, a meno che quest'ultima non lo abbia abbandonato.

Agli occhi dell'ordinamento vivere con la propria famiglia rappresenta ex se realizzazione dell'interesse superiore del minore alla propria famiglia. Non è un caso, ci sembra, che a fronte della necessità, positivamente affermata nel 2001 ex art. 6 comma 2 L. 184/1983, che gli adottanti siano affettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori³⁵, tale capacità affettiva ed educativa non sia richiesta ai genitori biologici né dall'art. 147 cod. civ. né nell'art. 315 bis cod. civ., e ciò non già perché i genitori biologici debbano o anche possano essere incapaci di nutrire affetto verso i propri figli, quanto piuttosto perché, di necessità giuridica, della famiglia propria del minore l'ordinamento si deve poter fidare³⁶.

Tutto il nostro sistema avalla la fiducia riposta nella propria famiglia rispetto ad altra famiglia, come dimostrato anche dalla procedura volta all'accertamento dello stato di abbandono, cui consegue la dichiarazione di adottabilità del minore, la quale è volta a favorire l'instaurarsi o il permanere delle relazioni tra il figlio ed i propri genitori, con conseguente possibilità, ex art. 11 L. 184/1983, di sospendere la procedura per favorire l'effettuazione del riconoscimento del figlio³⁷.

La medesima impostazione, del resto, la si ritrova nella Convenzione di Strasburgo sulla adozione dei minori del 27 novembre 2008, non ratificata, però, dall'Italia, il cui art. 16 pure prevede la sospensione del procedimento adottivo se sono in corso azioni volte all'accertamento

dir. 2000, 30; M. DOGLIOTTI, *Adozione e affidamento*, cit., 415 ss.; M. DOGLIOTTI, F. ASTIGGIANO, *Le adozioni*, Milano, 2014, 64 osservano, tuttavia, che quello della indigenza rappresenta un problema perché, di solito, pur volendola equiparare ad una causa di forza maggiore, di solito difetta della temporaneità.

³² Si veda l'art. 1 L. 328/2000 che vedeva nelle famiglie i destinatari del sistema integrato di assistenza e servizi sociali, come pure sottolineava V. BARELA, *L'affidamento familiare*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Autorino Stanzone, IV, Torino, 2011, 333; M. DOGLIOTTI, F. ASTIGGIANO, *Le adozioni*, cit., 34 ss.

³³ Cfr. M. DOGLIOTTI, *Adozione e affidamento*, cit., 417; M. DOGLIOTTI, F. ASTIGGIANO, *Le adozioni*, cit., 69; G. FERRANDO, *I diritti dei minori nella famiglia in difficoltà*, in *Fam e dir.*, 2010, 1174 ss. che, proprio a causa di questo inciso, considera l'art. 1 ridursi a vuota enunciazione

³⁴ A prescindere da qualsivoglia valutazione valoriale, riteniamo non potersi accogliere nel nostro ordinamento la accezione del *best interest of the child* quale elaborata negli ordinamenti anglosassoni, su cui si rinvia a L. LENTI, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, II, Milano, 2010, 777.

³⁵ Cfr. G. MORANI, *La nuova disciplina dell'affidamento e dell'adozione nazionale dei minori*, in *Giur. merito*, 2002, 1428.

³⁶ Illuminanti, in tal senso, le osservazioni di L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, I, Torino, 1871, 538; C. S. ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese*, II, Napoli, 1853, 446.

³⁷ Cfr. Cass. 7 febbraio 2014 n. 2802, *Fam e dir.*, 2014, 321 con nota di V. CARBONE, *Genitorialità responsabile: abbandono, ripensamento e riconoscimento del figlio prima della chiusura del procedimento di adozione*, e in *Minori giust.*, 2014, 3, 184 con nota di F. OCCHIOGGROSSO, *Il diritto della donna alla riflessione accompagnata al ripensamento: che cosa cambia in tema di riconoscimento materno e di adottabilità del figlio*, e in *Giur. it.*, 2014, 2689 con nota di G. NAVONE, *Voce dal sen fuggita poi richiamar non vale? (sulla irrinunciabilità del diritto al riconoscimento del figlio)*.

della paternità e/o maternità³⁸. Anche la convenzione di New York sui diritti del fanciullo considera la “propria” famiglia l’ambiente naturale per la crescita dei fanciulli³⁹, affermando espressamente, ex art. 7, il diritto del fanciullo a conoscere i propri genitori e ad essere allevato da essi, diritto che gli Stati parte si impegnano a rispettare, ex art. 8, vigilando affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che le autorità competenti non decidano, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione è necessaria nell’interesse preminente del fanciullo. Una decisione in questo senso, specifica il comma 1 art. 9, può essere necessaria in taluni casi particolari, ad esempio quando i genitori maltrattano o trascurano il fanciullo oppure se vivono separati ed una decisione debba essere presa riguardo al luogo di residenza del fanciullo.

Tali diritti la Convenzione di New York, così come la L. 184/1983, riconosce e tutela nella misura del possibile, secondo una ricostruzione delle relazioni genitore-figlio, valutate dal punto di vista fisiologico del dover essere diviso dal diritto positivo.

2.2 *Dal dover essere all’essere* - Che nella logica generale ed astratta della norma, la famiglia del minore corrisponda alla realizzazione del suo migliore interesse non vuol dire – purtroppo - che tale corrispondenza sussista nel concreto.

È sin troppo banale osservare che al dover essere può non corrispondere l’essere e, quindi, la famiglia del minore potrebbe non essere in grado di provvedere alla sua crescita ed educazione secondo quanto espressamente previsto dall’art. 1 comma 4 L. 184/1983. Anche in tale evenienza, tuttavia, quel tendenziale *best interest* continua a rappresentare il principio guida nella sistematica della L. 184/1983 e nell’ordinamento giuridico tutto.

In questo contesto si apprezza la gradualità degli interventi di supporto al minore in difficoltà, la quale impone, in linea con il preambolo della Convenzione dell’Aja 29 maggio 1993 per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale⁴⁰, di assumere con criterio di priorità misure appropriate per consentire la permanenza del minore nella famiglia di origine⁴¹.

³⁸ Cfr. P. G. GROSSO, *La nuova convenzione europea sull’adozione dei minori*, in *Dir. fam.* 2010, 400.

³⁹ V. il quinto considerando

⁴⁰ Convenzione ratificata dall’Italia con L. 31 dicembre 1998 n. 476; in termini generali si rinvia a A. DELL’ANTONIO, *Il ruolo delle istituzioni nell’adozione dopo la ratifica della Convenzione dell’Aja*, in *Dir. fam.* 1999, 1274.

⁴¹ L’uniformità di principio che caratterizza le fonti normative tutte si apprezza, su questo versante, nell’art. 20 della Convenzione di New York del 1989, ai sensi del quale ogni fanciullo il quale è temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare oppure che non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto ad una protezione e ad aiuti speciali dello Stato. Gli Stati parti prevedono per questo fanciullo una protezione sostitutiva, in conformità con la loro legislazione nazionale. Tale protezione sostitutiva può in particolare concretizzarsi per mezzo di sistemazione in una famiglia, della Kafalah di diritto islamico, dell’adozione o in caso di necessità, del collocamento in un adeguato istituto per l’infanzia. Nell’effettuare una selezione tra queste soluzioni, si terrà debitamente conto della necessità di una certa continuità nell’educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica. A tale previsione fa oggi eco l’art. 79 bis della L. 184/1983, introdotto dal d. lgs 154/2013, che impone al giudice di segnalare ai comuni le situazioni di indigenza di nuclei familiari che richiedono interventi di sostegno per consentire al minore di essere educato nell’ambito della propria famiglia. Si apprezza Cass. 7 ottobre 2014 n. 21110, *Dir. & giust.*, 2014, 1, 4 con nota di A. FANELLI, *Se la funzione genitoriale non è irrimediabilmente compromessa non può essere pronunciata l’adottabilità del minore*, secondo la quale il diritto del minore a vivere nella propria famiglia di origine rappresenta un diritto fondamentale riconosciuto come tale dalle convenzioni internazionali e dal diritto italiano. Ciò implica che se la funzione genitoriale non è irrecuperabilmente compromessa, l’adottabilità del minore non può essere pronunciata in assenza della preventiva verifica della possibilità del recupero di tale funzione, da compiere attraverso l’attuazione di un valido progetto programmato e posto in essere dalle autorità pubbliche competenti, progetto che il giudice ha il dovere di valutare e monitorare nella sua esecuzione sino alla decisione finale del procedimento; Cass. 15 luglio 2014 n. 16175; Cass. 10 luglio 2014 n. 15861, *Dir. &*

La gradualità viene dal sistema adottata sia nella scelta degli istituti che all'interno di ciascun istituto, dovendosi far ricorso prima a misure che consentono di preservare i rapporti con la propria famiglia e poi ricorrere ad istituti che detti rapporti recidono. Anche topograficamente, del resto, l'affidamento familiare precede la disciplina dell'adozione nella sistematica della legge 184/1983.

2.2.1 *L'affidamento familiare* – L'istituto dell'affidamento familiare è volto a salvaguardare la persona del minore il quale, secondo il disposto dell'art. 2 L. 184/1983, si trova temporaneamente⁴² privo di un ambiente familiare idoneo⁴³. La condizione in cui detto minore si trova è, in quel momento, identificabile con uno stato di abbandono⁴⁴, ma, trattandosi di un situazione non irreversibile, occorre avviare a detta situazione con strumenti adeguati, senza compromettere i rapporti tra genitori e figlio⁴⁵.

A fronte di una situazione di abbandono, quindi, prioritario deve essere il ricorso agli interventi di sostegno divisati dall'art. 1 L. 184/1983; si darà, poi, corso all'affidamento familiare, ove quegli interventi non abbiano sortito l'effetto sperato⁴⁶, essendo questo l'istituto che incarna quei principi di volontaria solidarietà già desumibili dagli artt. 2 e 31 Cost..

giust., 2014, 1, 2 con nota di A. FANELLI, *Il recupero della famiglia di origine rappresenta il mezzo preferenziale per garantire la crescita equilibrata del minore*.

⁴² Come si avrà modo di rilevare il profilo della temporaneità, già divisato nell'originaria formulazione dell'art. 2, è suscettibile di ingenerare non poche difficoltà, anche se, un certo filone giurisprudenziale pur aveva ammesso che l'affidamento disposto senza il consenso dei genitori potesse non essere temporaneo, in tal senso Trib. Min. Bologna 10 gennaio 1984 *Dir. fam.* 1985, 136 di contrario avviso, tuttavia, Trib. Min. Catania 5 aprile 1984, *Giur. merito*, 1985, 846 con nota di G. MANERA, *Ancora sui rapporti tra adozione e affidamento*.

⁴³ Cfr. J. LONG, *I confini dell'affidamento familiare e dell'adozione*, in *Dir. fam.*, 2007, 1432, secondo la quale, tuttavia la dicotomia tra affidamento e adozione che caratterizza il diritto italiano testuale costituisce il logico corollario di una precisa impostazione culturale che ispira la legislazione vigente. Secondo tale impostazione, l'adozione legittimante costituirebbe l'unica possibile risposta alla situazione di abbandono di un minore e solo un abbandono completo e definitivo giustificerebbe l'adozione del minore. Reputa, tuttavia, l'Autrice che tale impianto concettuale poteva probabilmente essere condiviso al momento dell'entrata in vigore della l. n. 184 del 1983, in cui la gran maggioranza dei casi di abbandono derivava essenzialmente dal comportamento omissivo del genitore, consistente nella *derelictio* della prole in Istituti pubblici o privati di assistenza, ma questo modello non le pare potere più reggere come modello unico nell'attuale situazione socio-culturale, caratterizzata da una diminuzione degli stati di abbandono completo e permanente e dalla diffusione dei casi di semiabbandono permanente e degli abbandoni di carattere ciclico.

⁴⁴ In senso contrario Trib. Min. Catania 11 settembre 1984, *Giust. civ.* 1985, I, 3207 con nota di G. MANERA, *Distorta applicazione pratica dell'affido familiare*.

⁴⁵ Già prima delle modifiche introdotte nel 2001, Cass. 5 giugno 1989 n. 2718 riconosceva che la dichiarazione dello stato di adottabilità non fosse consentita quando sarebbe stato possibile avviare alla situazione di abbandono con misure di sostegno offerte dai servizi locali ovvero - se detto abbandono fosse dipeso da una causa di forza maggiore presumibilmente temporanea - con l'affido temporaneo ad altra famiglia, come espressamente previsto dall'art. 2 della l. 4 maggio 1983 n. 184; quanto alla situazione materiale in cui viene a trovarsi il minore al fine di giustificare un provvedimento di affidamento familiare, riconosce Cass. 29 gennaio 1992 n. 938 che la situazione che giustifica l'affidamento etero-familiare e quella che conduce alla pronuncia di adottabilità, si differenzia soltanto per la prognosi, in quanto la mancanza di ambiente familiare idoneo è considerata, nel primo caso, temporanea e superabile con il detto affidamento, mentre, nel secondo caso, si ritiene che essa sia insuperabile e che non vi si possa avviare se non per il tramite della dichiarazione di adottabilità

⁴⁶ Cfr. M. DOGLIOTTI, *L'affidamento familiare e il giudice tutelare*, in *Dir. fam.* 1992, 82, il quale nel precisare il significato dell'enunciazione di principio contenuta nell'art. 1 l. 184/1983 scarta le interpretazioni assolute e quelle riduttive, affermando che il minore ha diritto di essere educato nella famiglia di origine finché ciò sia possibile; solo quando un eventuale programma di aiuto e sostegno alla famiglia non ottenga l'effetto sperato, si farà luogo all'adozione. Su questa linea si muove Cass. 14 maggio 2005 n. 10126, *Dir. fam.* 2006, 68 con nota di G. BALLARANI, *Brevi note sulle valutazioni dello stato di abbandono del minore ai fini della dichiarazione di adottabilità*; Cass. 12 maggio 2006 n. 11019.

La gradualità degli interventi statuali deve essere rispettata, come osservato, non solo nella scelta dell'istituto cui ricorrere ma anche all'interno di detto istituto, sempre nell'ottica della necessità di preservare il diritto del minore ad "una" famiglia che domina l'intera legge.

L'art. 2 L. 184/1983, infatti, individua le categorie dei possibili affidatari secondo un ordine gerarchico ben preciso⁴⁷: il minore deve essere affidato, in primo luogo, ad una famiglia, possibilmente con figli; in mancanza ad una persona singola; ove ciò non sia possibile il minore può essere inserito in una comunità di tipo familiare o in mancanza, purché il minore non abbia una età inferiore ai sei anni, in un istituto di assistenza pubblico o privato, ubicato nel luogo più vicino a quello in cui risiede la famiglia del minore. La famiglia del minore, infatti, è e resta la famiglia del minore, la durata dell'affidamento rapportandosi, ex comma 4 art. 4 L. 184/1983, al complesso degli interventi volti al recupero della medesima, alla quale spetta di formulare, ex art. 5, le indicazioni cui gli affidatari si devono attenere nel mantenimento del minore.

Buona o cattiva che sia, dunque, è la famiglia di origine a formare oggetto del diritto del minore, tutti gli sforzi dovendosi concentrare sul recupero della medesima⁴⁸.

2.2.2 *La adozione* – Per quanti sforzi si facciano, una famiglia idonea, o anche poco idonea, o per nulla idonea ma recuperabile, deve pur esserci, mancando la quale, come *extrema ratio*, può, e forse deve, farsi ricorso alla adozione⁴⁹.

Si suole affermare che la adozione si volta a tutelare il minore e non a sanzionare il comportamento del genitore⁵⁰: può essere dichiarato adottabile, ai sensi dell'art. 8 L. 184/1983, solo

⁴⁷ Cfr. App. L'Aquila 7 ottobre 1991, *Giur. merito* 1992, 1 con nota di G. MANERA, *Affidamento familiare illegittimo e poteri del tribunale per i minori*. Lo riconoscerà anche Trib. Bologna decr. Del 31 ottobre 2013, *Foro it.*, 2014, I, 59 con nota di G. CASABURI, *Dai diversi modelli di adozione di minore nella giurisprudenza alla novellazione legislativa della nozione di stato di abbandono*, che, comunque, avrà ad osservare che tanto il mancato rispetto dell'ordine preferenziale non è sanzionato.

⁴⁸ Molti sforzi, in effetti, deve aver compiuto App. Perugia 4 dicembre 2003, *Dir. fam.* 2004, 745 con nota di G. MORANI, *Sui presupposti dello stato di abbandono di minori e sulle condizioni per la declaratoria di adottabilità: un'ardita decisione di merito in contrasto con gli univoci contributi dottrinali e giurisprudenziali in subiecta materia*, che ha escluso la situazione di abbandono di un minore, nel caso di affidamento eterofamiliare ultraquinquennale di neonato con suo allontanamento coatto sin dal terzo mese di vita dai genitori legittimi; ed ancora Trib. Min. Messina 8 marzo 1999, *Dir. fam.* 1999, 1200 con nota di G. MANERA, *Ancora sulla intangibilità dei vincoli di sangue e sulla adozione quale extrema ratio e rimedio residuale*, in relazione al caso di un figlio naturale riconosciuto da entrambi i genitori ma permanente con la madre, da questa privato di una stabile residenza, non seguito nei percorsi scolastici, con calo di presenze e di profitto, esposto volutamente ad assistere ai rapporti sessuali della madre stessa con il padre (soggetto dalla personalità distorta e privo di ogni interesse per il minore) e con un assai anziano sacerdote del posto, che - forte dell'ascendente goduto grazie alle cospicue somme erogate, in cambio di prestazioni sessuali, alla madre, rimasta volontariamente sempre senza lavoro e sorda alle ripetute offerte di aiuto e di assistenza da parte dei servizi, nonché inosservante delle prescrizioni e direttive impartite, soprattutto in favore del figlio, dal T.m. - ha frequentemente consumato sul minore gravissimi, degradanti, abnormi abusi sessuali con la connivenza non disinteressata dalla madre, abusi che lo hanno profondamente traumatizzato, segnandone negativamente la personalità. In questo contesto, reputando da auspicare, nulla lasciando di intentato, che le condizioni di salute mentale della donna abbiano a migliorare ove essa acconsenta a sottoporsi, finalmente, alle necessarie terapie, ha deciso la sospensione del procedimento adozionale in corso, reputando sussistente, malgrado tutto, un profondo vincolo affettivo tra madre e figlio. Sforzi non è riuscita a compiere Cass. 11 agosto 2009 n. 18219, *Fam. e dir.* 2010, 693 con nota di F. LONGO, *Stato di abbandono del minore: una nozione da rivedere?* Che ha dichiarato la adottabilità di un minore il cui padre, davanti ai suoi occhi, aveva ucciso la madre.

⁴⁹ Nessuno, in linea di principio, contesta essere l'adozione una *extrema ratio*; in sintesi cfr. A. DI FRANCIA, F. DELLAGIACOMA, *I diritti dei minorenni nella giurisprudenza*, Milano, 2008, 415 ss.; G. MANERA, *Ancora sulla intangibilità dei vincoli di sangue e sull'adozione quale extrema ratio e rimedio residuale*, in *Dir. fam.*, 1999, 1216

⁵⁰ Tra i tanti F. ASTIGGIANO, *Riflessioni in tema di stato di abbandono del minore*, in *Fam. e dir.*, 2013, 168; L. FADIGA, *L'adozione legittimante dei minori*, cit., 835; M. G. AUTORINO STANZIONE,

il minore di cui sia accertata la situazione di abbandono in quanto privo di assistenza morale e materiale da parte dei genitori.

A tali fini, dunque, rileva il fatto della mancanza di assistenza.

Ove, però, il citato art. 8 venga coordinato con gli artt. 11 ss. della medesima legge, se ne ricava che la mancanza di assistenza può derivare da circostanze differenti.

In primo luogo, ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 11, essa può derivare dalla circostanza che i genitori del minore sono deceduti o comunque inesistenti o ignoti. In tale evenienza, certamente, si tutela un minore che una propria famiglia non ha e, dunque, non può sussistere alcun giudizio di disvalore verso i genitori.

La privazione di assistenza, ai sensi dell'art. 15, può, però, anche derivare da un abbandono in senso stretto. In tal caso i genitori del minore ci sarebbero, e comunque sono noti, ma i medesimi, convocati dal Tribunale dei minori, ai sensi degli articoli 12 e articolo 13, non si sono presentati senza giustificato motivo, oppure si sono presentati ma la loro audizione ha dimostrato il persistere della mancanza di assistenza morale e materiale e la non disponibilità ad ovviarvi; le prescrizioni loro impartite, ai sensi dell'articolo 12, sono rimaste inadempite per responsabilità dei genitori medesimi, ovvero ancora è provata l'irrecuperabilità delle capacità genitoriali in un tempo ragionevole.

Ecco allora che nella previsione astratta compiuta dalla L. 184/1983 il diritto del minore alla propria famiglia rimane di fatto inattuato ora per circostanze materiali - genitori morti o sconosciuti - ora nell'evenienza di genitori non degni, e quindi di comportamenti ad essi imputabili. In tal caso certamente si tutela il minore, ma si sanzionano anche i genitori, tant'è che ove l'abbandono dipenda da forza maggiore "transitoria"⁵¹ non è considerato abbandono ai fini della declaratoria dello stato di adottabilità; ed ancora, l'indigenza, anche non transitoria, non ostacola il diritto del minore alla propria famiglia ex art. 1 comma 2 L. 184/1983⁵².

In entrambe le evenienze, comunque, l'interesse superiore del minore alla propria famiglia rimane, di fatto, insoddisfatto, ed allora occorre intervenire, di diritto, per salvaguardare l'interesse leso: il diritto del minore alla "propria" famiglia - inattuabile di fatto - diviene diritto del minore ad "una" famiglia, proprio alla realizzazione del quale l'istituto della adozione è funzionale.

È in questo senso che il brocardo *adoptio naturam imitatur* viene a rappresentare il fondamento positivo dell'istituto: la lesione del diritto del minore alla propria famiglia richiede un intervento "ripristinatorio" che attribuisca al minore una famiglia quanto più possibile analoga alla "propria"⁵³.

Stato di abbandono e diritto del minore a rimanere presso la propria famiglia di origine, in *Fam. e dir.*, 2013, 673.

⁵¹ Si vedano in merito le perplessità recentemente manifestate da M. DOGLIOTTI, *Adozione di minori e stato di abbandono. Perché una specificazione?*, in *Fam. e dir.* 2012, 749; G. MANERA, *L'affidamento familiare: disciplina attuale e prospettive di riforma*, in *Dir. fam.*, 1996, 235 anche in merito alla necessità di interpretare in termini rigorosi il profilo della temporaneità; in senso, in astratto, parzialmente differente E. GIACOBBE, *Procreazione, filiazione e famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. fam.*, 2006, 748; E. ZINCONE, *Abbandono, quando il padre si ravvede, il minore ha diritto di stare con i genitori*, in *Dir. & giust.*, 2006, 21.

⁵² Cfr. C. M. BIANCA, *Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia*, in *Giust. civ.* 2001, II, 429; C. INGENITO, *Indigenza, gravidanza ravvicinate, rifiuto di ogni intervento dei servizi sociali e dichiarazione di adottabilità*, in *Dir. fam.*, 2010, 1609.

⁵³ Non ne tiene conto, evidentemente, F. BIOLTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, II, in *Dir. fam.* 2011, 1375 che pure a detto brocardo dedica un intero paragrafo. Singolare, peraltro, che detto brocardo venga considerato un vecchio preconcetto ove si aspira a legittimare adozioni carenti dei presupposti di cui all'art. 6 L. 184/1983, per poi aspramente denunciarne la violazione allorché si disponga la adozione superandosi i limiti di età, come pure fa L. FADIGA, *Adozione legittimante dei minori*, cit., 868.

Da ciò deriva, anche all'interno dell'istituto dell'adozione, la gradualità dell'intervento ordinamentale, che si traduce anche in questo contesto in un ordine gerarchico-sistematico degli interventi reputati positivamente corrispondenti al *best interest of the child*: in primo luogo, ed in via preferenziale, il rimedio cui far ricorso ove sussista l'abbandono è l'adozione quale delineata dall'art. 6 L. 184/1983, che consente l'adozione a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni, non separati neanche di fatto.

Come accennato, con tale previsione si vuole riprodurre *ex lege* la situazione divisata dall'art. 1⁵⁴, proprio per tale ragione il comma 2 art. 6 richiedendo che detti coniugi siano affettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendono adottare, così come naturalmente lo sono – o lo dovrebbero essere - i genitori biologici⁵⁵.

Il legislatore italiano è rimasto fedele ad un principio già accolto dalla Convenzione di Strasburgo del 24 aprile 1967⁵⁶, ai sensi del cui art. 6 la adozione è ammessa solo da parte di due persone unite in matrimonio, sia che adottino simultaneamente o successivamente, o da parte di un solo adottante⁵⁷, e che in seguito verrà ribadito, quanto meno come principio guida, dalla Convenzione europea sulla adozione dei minori del 27 novembre 2008, peraltro non ratificata dall'Italia⁵⁸.

2.2.3 La adozione in casi particolari - Al minore privo dei propri genitori vengono “offerti” altri genitori i quali devono, il più possibile, corrispondere a quel modello ideale in cui, fisiologicamente, ciascun minore dovrebbe nascere e crescere. Ancora una volta, però, tale corrispondenza è tendenziale, in quanto due genitori aventi quelle caratteristiche potrebbero, di fatto, non essere rinvenuti, né rinvenibili, per quel minore.

Tanto la L. 184/1983 che i citati strumenti convenzionali contemplano allora, per tale eventualità, la possibilità di allontanarsi da quel modello ideale, per venire incontro ad esigenze particolari.

Si tratta delle ipotesi disciplinate dall'art. 44 L. 184/1983, significativamente definite dallo stesso legislatore adozione in casi particolari.

Detta adozione, evidentemente, non rappresenta affatto il *best interest of the child*, ma viene concepita come il “meglio che niente” in considerazione del fatto che, ex comma 1 art. 44, alla medesima può darsi corso anche quando non ricorrono le condizioni di cui all'art. 7 comma 1.

Orbene l'art. 7 comma 1 L. 184/1983 non disciplina affatto le condizioni dell'adozione, ma afferma essere consentita la adozione a favore dei minori dichiarati in stato di adottabilità ai sensi

⁵⁴ Naturalmente la famiglia ex art. 1 non deve essere affatto fondata sul matrimonio, ma è del tutto normale che, dovendosi ricostruire *ex lege* una situazione di fatto lesa, lo si faccia attraverso il rinvio ad un modello positivamente apprezzato piuttosto che ad un non modello. Riconosce, in merito, L. LENTI, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, cit., 791 che il ruolo di allevare può essere svolto adeguatamente anche al di fuori del matrimonio, ma questo certamente costituisce il modello basilare.

⁵⁵ Più non si richiede, invece, l'idoneità fisica di cui all'art. 314/2 cod. civ., indirettamente contemplata, tuttavia, dall'art. 22 comma 4 L. 184/1983, su cui si rinvia a G. MANERA, *I requisiti soggettivi degli adottanti nell'adozione dei minori*, in *Dir. fam.*, 2003, 500.

⁵⁶ Ratificata con la L. 357/1974.

⁵⁷ Cfr. M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Famiglia e procedimento*, Milano, 2007, 283; M. G. IVONE, *L'adozione in generale: l'adozione legittimante, di maggiori di età, in casi particolari*, in *Il diritto di famiglia*, Tratt. Diretto da G. Autorino Stanzione, IV, Torino, 2011, 404; E. GIACOBBE, *Il matrimonio*, I, *L'atto e il rapporto*, in *Tratt. Dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2011, 40 ss.; id., *Procreazione, filiazione e famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Scritti in memoria di Vittorio Sgroi*, Milano, 2008, 338; L. FADIGA, *Adozione legittimante dei minori*, cit., 848ove si sottolinea come la adozione da parte di coppia non sposata sia vista con sospetto anche dagli strumenti internazionali.

⁵⁸ Premesso, all'art. 4 *Granting of an adoption*, che *the competent authority shall not grant an adoption unless it is satisfied that the adoption will be in the best interests of the child*, e che *in each case the competent authority shall pay particular attention to the importance of the adoption providing the child with a stable and harmonious home*, l'art. 7 prevede che la legge debba consentire la adozione da parte di coniugi o persona libera, lasciando gli Stati meramente liberi di estendere la Convenzione a coppie dello stesso sesso sposate o registrate e a conviventi.

degli articoli seguenti. Alla adozione in casi particolari può, dunque, farsi ricorso anche quando non ricorrano le condizioni per la dichiarazione dello stato di adottabilità, cioè in ipotesi che di fatto si oppongono a tale dichiarazione secondo le procedure tutte di cui al titolo II L. 184/1983, causa le circostanze non omogenee divise dalle lett. da a) a d) dell'art. 44⁵⁹.

Ai sensi della lett. a) art. 44 comma 1 il minore può essere adottato da persone unite al medesimo da vincoli di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, allorché detto minore sia orfano di padre e di madre.

Ci troviamo, evidentemente, in presenza di un minore privo dell'assistenza morale e materiale da parte dei propri genitori, in quanto è un orfano. Detto minore non è stato – ancora – dichiarato in stato di adottabilità vuoi perché, ex art. 8 comma 1, ci sono parenti tenuti a provvedervi, vuoi perché, in mancanza di parenti entro il quarto grado che abbiano con esso rapporti significativi, e che dunque potrebbe essere dichiarato adottabile, prima di tale dichiarazione, ex art. 11 comma 1, è stata presentata istanza di adozione ex art. 44.

Non è pacifico, in dottrina, se i parenti tenuti a provvedere al minore, di cui all'art. 8 comma 1, siano gli stessi parenti entro il quarto grado che hanno già intrattenuto rapporti con il minore⁶⁰, la qual cosa può incidere sulla delimitazione dei parenti entro il sesto grado legittimati a proporre l'istanza ex art. 44 comma 1 lett. a)⁶¹. Ciò nonostante, la distinta menzione dei parenti entro il sesto grado da un lato e delle persone che sono legate al minore da pregressi rapporti stabili e duraturi dall'altro, denota come con detta previsione si vogliono preservare delle relazioni, ora parentali ora affettive, di un orfano destinato, altrimenti, ad andare sotto tutela o a “cambiare” famiglia⁶².

La lett. b) dell'art. 44 comma 1 consente che il figlio di un coniuge sia adottato dall'altro coniuge. Evidentemente si tratta di figlio di genitori non sposati, oppure divorziati o, infine, orfano di uno dei genitori, che viene, in tal modo, ad instaurare un legame giuridicamente rilevante con tutti i componenti la famiglia nella quale vive⁶³. Tenuto conto, infatti, che, all'epoca in cui la previsione fu emanata, l'affido condiviso non rappresentava la regola, e reputandosi che il genitore il cui coniuge voleva adottare il figlio dovesse essere quello affidatario, poteva anche affermarsi che detto minore si venisse a trovare in una sorta di abbandono di diritto da parte di uno dei genitori, che veniva “rimpiazzato” dal coniuge dell'altro.

La previsione di cui alla attuale lett. c) del comma 1 art. 44 è stata introdotta dall'art. 25 L. 149/2001 e riguarda un minore che presenta una menomazione fisica, psichica o sensoriale, ai sensi della L. 104/1992, orfano di padre e madre⁶⁴. Con tale specifica previsione il legislatore ha manifestato l'intento di “promuovere” la adozione di minori che – diciamo francamente – nessuno vuole⁶⁵, facendosi, in tal caso, a meno anche della differenza minima di età di almeno diciotto anni.

⁵⁹Per contro secondo G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, cit., 952 si tratta di minori che non si trovano in stato di abbandono, ma, a nostro giudizio, minori non abbandonati e minori non dichiarati in stato di abbandono non sono affatto la stessa cosa.

⁶⁰Accomuna i parenti tutti e per tutti richiede la sussistenza di pregressi significativi rapporti L. FADIGA, *Adozione legittimante dei minori*, cit., 840; nel medesimo senso M. DOGLIOTTI, *Adozione e affidamento*, cit., 434; M. DOGLIOTTI, F. ASTIGGIANO, *Le adozioni*, cit., 66.

⁶¹Cfr. M. DOGLIOTTI, F. ASTIGGIANO, *Le adozioni*, cit., 202 secondo i quali i parenti di cui all'art. 44 sarebbero solo quelli tra il quarto ed il sesto grado, perché la presenza di parenti entro il quarto grado escluderebbe lo stato di abbandono; particolareggiata ricostruzione di tutte le ipotesi prospettabili si rinviene in G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, cit., 974 ss.

⁶²Non è un caso, ci sembra, che la recente riforma della filiazione abbia sottolineato il diritto del minore di intrattenere significativi rapporto anche con i parenti.

⁶³Cfr. G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, 977; E. RAVOT, *Adozione non legittimante di minore da parte del coniuge del genitore affidatario*, in *Fam. e dir.* 2003, 454.

⁶⁴Il minore deve, in tal caso, essere orfano, presumendosi che giammai due genitori abbandonerebbero il proprio figlio handicappato.

⁶⁵Da non dimenticare che, a detta dei nostri giudici, corrisponde a regolarità causale che la donna, informata delle malformazioni del feto, decida di abortire, il che la dice lunga sulle cure che si reputa doveroso riservare ai disabili; tra le tante Cass. 4 gennaio 2010 n. 13, *Danno e resp.*, 2010, 697 con nota di M. FEOLA, *La Cassazione e il diritto del minore "a nascere sano"*, e in *Resp. civ. prev.* 2010, II, 1027 con

È proprio perché nessuno vuole un bambino handicappato che nel 2001 si è deciso di elaborare per lui una apposita previsione⁶⁶ atta a conferirgli autonoma visibilità rispetto al sistema precedente, il quale ricomprendeva il minore handicappato nella generale previsione della constatata impossibilità di affidamento preadottivo, oggi scivolata alla lett. d) del comma 1 art. 44.

Si tratta, in questa ultima previsione, del classico ambino difficile, vuoi perché dotato di “caratteraccio” vuoi perché ormai grandicello, per far adottare il quale non si riescono a seguire le ordinarie procedure perché, al pari del bambino handicappato, nessuno lo vuole e pertanto non si riesce ad affidarlo ovvero, ove dato in affidamento preadottivo, detto affidamento non giunge a buon fine con anticipata “restituzione” del minore medesimo⁶⁷. In detta evenienza, dunque, in perfetta sintonia con la previsione di cui alla lett. c), cui si aggiunge, ma in considerazione di una differente ratio, la previsione di cui alla lett. a), adottanti possono essere tanto due coniugi quanto una persona non coniugata, ma, ove coniugata, la adozione deve avvenire da parte di entrambi i coniugi. La volontà di rimanere giuridicamente coerenti con il modello generale positivamente posto, anche laddove, di fatto, a tale modello non è dato far ricorso, è palese, non ammettendosi a detta ipotesi di adozione la coppia non unita in matrimonio.

Si tratta, comunque, di previsioni derogatorie rispetto al modello di carattere generale il quale, in mancanza della famiglia propria del minore, è considerato corrispondente al suo *best interest*. Ciò rende manifesta la ragione per la quale, ai sensi dell’art. 57 L. 184/1983, il tribunale deve verificare se l’adozione ex art. 44 realizzi il preminente interesse del minore, verifica non richiesta, in quanto ultronea, nel contesto dell’art. 25 L. 184/1983.

L’art. 44, pertanto, regolamenta ipotesi residuali e tassative⁶⁸, volte a dare una qualche attuazione a quell’interesse del minore ad una famiglia destinato, altrimenti, a rimanere totalmente frustrato⁶⁹.

3. *Ius “vivens”*: diritto di crescere in famiglia e stato di abbandono – Dato tale quadro normativo, lo sguardo può volgere al diritto vivente, al fine di valutare se di tale legge egli sia la bocca o non assolve, piuttosto, ad una funzione creatrice del diritto, dovuta alla necessità di sopperire ad un asserito vuoto normativo⁷⁰.

Prendendosi le mosse dal diritto del minore di crescere nell’ambito della propria famiglia, a fronte di fattispecie concrete comportanti sempre e comunque un alto tasso di drammaticità, in

nota di M. FORTINO, *Nascita indesiderata del figlio malformato e danno esistenziale. La prevedibile resurrezione del danno esistenziale*, e in *Contratti*, 2010, 662 con nota di V. DE FEO, *Responsabilità contrattuale per omessa diagnosi di malformazioni nel concepito*. App. Salerno, 19 aprile 2011 n. 558 *Riv. it. medicina legale*, 2011, 1263 con nota di M. GERBI, *Responsabilità del ginecologo per omessa diagnosi delle malformazioni del feto: del diritto all'autodeterminazione nelle scelte terapeutiche e dell'inesistenza del "diritto a non nascere se non sani"*.

⁶⁶ Anche se detta scelta non è andata esente da critiche, comportando il rischio di privare il bambino handicappato della possibilità di essere adottato da una coppia di coniugi con la adozione – allora – legittimante; cfr. M. DOGLIOTTI, *Adozione e affidamento*, cit., 521; G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, cit., 994.

⁶⁷ M. DOGLIOTTI, *Adozione e affidamento*, cit., 520 il quale raccomanda, comunque, attenzione onde evitare che tale previsione si risolva in un espediente per aggirare i requisiti legali; M. DOGLIOTTI, F. ASTIGGIANO, *Le adozioni*, cit., 206.

⁶⁸ Per la tassatività M. DOGLIOTTI, *Adozione e affidamento*, cit., 517; id., *Conclusa la vicenda dell'adozione da parte del singolo*, in *Fam. e dir.*, 1995, 536; M. DOGLIOTTI, F. ASTIGGIANO, *Le adozioni*, cit., 201 ove lo si considera, altresì, di stretta interpretazione; M. G. IVONE, *L'adozione in generale: l'adozione legittimante, di maggiori di età, in casi particolari*, cit., 430.

⁶⁹ In tal senso K. MASCIA, A. MASCIA, *L'adozione in casi particolari*, in *Adozione nazionale e internazionale*, cit., 254.

⁷⁰ Tanto la fonte di un potere suppletivo quanto la esistenza di un vuoto normativo andrebbero, per vero, dimostrate, tuttavia la fonte delle funzioni di supplenza della giurisprudenza è pacificamente individuata nella giurisprudenza stessa, mentre il vuoto normativo è tratto dal fatto che la legge non disciplina taluni aspetti dell’adozione, a nessuno – forse – essendo venuto in mente che mancata disciplina non di necessità significa esistenza di un vuoto normativo.

termini generali si riconosce che il diritto del minore a vivere nella propria famiglia di origine rappresenti un diritto fondamentale ricostruito come tale dalle convenzioni internazionali e dal diritto italiano. Ciò implica che se la funzione genitoriale non è irrecuperabilmente compromessa, l'adottabilità del minore non può essere pronunciata in assenza della preventiva verifica della possibilità del recupero di tale funzione, da compiere attraverso l'attuazione di un valido progetto programmato e posto in essere dalle autorità pubbliche competenti, progetto che il giudice ha il dovere di valutare e monitorare nella sua esecuzione sino alla decisione finale del procedimento⁷¹.

Se questa è la affermazione di principio, la medesima viene tosto delimitata con la precisazione che tale diritto sussiste fino a quando non intervenga una situazione di abbandono⁷², tutto ruotando, allora, intorno alla portata che vuole attribuirsi allo stato di abbandono idoneo a determinare la declaratoria di adottabilità.

Un primo dato non sembra controverso: la situazione di abbandono del minore non può essere affermata attraverso un giudizio comparativo tra la condizione oggettiva e soggettiva dei genitori e quella della famiglia collocataria⁷³, non dovendosi dare al minore una famiglia migliore della propria, ma una famiglia che possa divenire la propria di quel minore. In questo senso, anche la giurisprudenza riconosce che l'indigenza dei genitori, pur non transitoria, non può consentire la declaratoria di adottabilità del minore⁷⁴, quantunque, tra le righe, si insinui il dubbio se una indigenza imputabile ad un sistematico rifiuto del genitore di lavorare non possa condurre ad una opposta conclusione⁷⁵.

Potrebbe apparire confermata, in tale evenienza, la duplice rilevanza che lo stato di abbandono viene ad assumere, a seconda che derivi da un fatto oppure da un atto, nel senso che, al di fuori delle ipotesi di totale mancanza sia dei genitori sia dei parenti tenuti a provvedere al minore, lo stato di abbandono legittimi la declaratoria di adottabilità solo se derivante, quantunque in via indiretta, da attività imputabile ai genitori⁷⁶.

⁷¹ Testualmente Cass. 7 ottobre 2014 n. 21110, *Dir. & giust.*, 2014, 1, 4 con nota di A. FANELLI, *Se la funzione genitoriale non è irrecuperabilmente compromessa non può essere pronunciata la adottabilità del minore*; su questa stessa linea Cass. 15 luglio 2014 n. 16175; Cass. 10 luglio 2014 n. 15861, *Dir. & giust.*, 2014, 1, 2 con nota di A. FANELLI, *Il recupero della famiglia di origine rappresenta il mezzo preferenziale per garantire la crescita equilibrata del minore*; Cass. 26 maggio 2014 n. 11758, *Dir. & giust.*, 2014, 1, 44 con nota di A. PAGANINI, *Non basta assicurare un futuro migliore al minore*; e già in tal senso Cass. 14 aprile 2006 n. 8877, *Dir. fam.* 2006, 1630 con nota di M. E. LA TORRE, *La prevalenza della genitorialità biologica e il ruolo di supplenza degli istituti dell'affidamento e dell'adozione*, e in *Nuova giur. civ. commentata* 2007, I, 121 con nota di J. LONG, *L'adottabilità del minore tra condizione obiettiva del figlio e situazione soggettiva del genitore*.

⁷² Cfr. Cass. 6 agosto 2014 n. 17725

⁷³ Cfr. Cass. 22 novembre 2013 n. 26204, *Foro it.* 2014, I, 72 con nota di G. CASABURI, *Dai diversi modelli di adozione di minore nella giurisprudenza della cassazione alla novellazione legislativa della nozione di stato di abbandono*; ancora significativa si mostra Cass. 19 ottobre 2012 n. 18563; Cass. 12 gennaio 2012 ord. n. 330; Cass. 7 dicembre 1990 n. 11726, *Nuovo dir.*, 1993, II, 113 con nota di G. MANERA, *Disorientamenti e sbandamenti sulla nozione di abbandono*.

⁷⁴ Esplicita, in tal senso, già Cass. 28 marzo 1987 n. 3038; Cass. 9 aprile 1988 n. 2811.

⁷⁵ Cfr. Cass. 20 giugno 2012 n. 10176; Cass. 21 novembre 2009, n. 24589, *Dir. fam.* 2010, 1605 con nota di C. INGENITO, *Indigenza, gravidanze ravvicinate, rifiuto d'ogni intervento dei Servizi sociali e dichiarazione di adottabilità*.

⁷⁶ Cfr. Cass. 17 luglio 2014 n. 16280 ove, a fronte di gravi abusi sessuali perpetrati ai danni del minore, si è affermato che il suo diritto ad essere educato nella propria famiglia di origine incontra limiti là dove questa non sia in grado di prestare, in via non transitoria, le cure necessarie, con conseguente configurabilità dello stato di abbandono, il quale non viene meno per il solo fatto che al minore siano prestate le cure materiali essenziali da parte di genitori o di taluno dei parenti entro il quarto grado, risultando necessario, in tal caso, accertare che l'ambiente domestico sia in grado di garantire un equilibrato ed armonioso sviluppo della personalità del minore, senza che, in particolare, la valutazione di idoneità dei medesimi parenti alla di lui assistenza possa prescindere dalla considerazione della loro pregressa condotta. Ai fini dell'accertamento della situazione di abbandono, quindi, la dichiarata disponibilità di uno dei parenti

In questo senso, potrebbe affermarsi che la causa di forza maggiore di carattere transitorio che si oppone alla dichiarazione di adottabilità sia quella che ha determinato il comportamento dei genitori che ha concretato gli estremi dell'abbandono, ai sensi del coordinato disposto degli artt. 8 comma 1 e 2 L. 184/1983, mancando la quale transitorietà, allora, dovendosi procedere alla dichiarazione di adottabilità⁷⁷.

Se così fosse, nulla vi sarebbe da eccepire in merito all'ulteriore specificazione compiuta dalla giurisprudenza, per la quale la transitorietà va valutata in rapporto al tempo di sviluppo del minore⁷⁸.

La tematica, tuttavia, si mostra più complessa, e quello suggerito non è l'itinerario seguito dalla giurisprudenza prevalente. Questa, invero, valorizzando la convinzione – si sé del tutto condivisibile – che la adozione tuteli il bambino e non sanzioni i genitori – il che potrebbe essere meno condivisibile – la temporaneità della causa di forza maggiore rapportata allo sviluppo del minore richiede anche quando essa non abbia determinato il comportamento dei genitori, poiché la privazione della assistenza è dovuta ad un fatto. Si tratta, per esemplificare, delle ipotesi in cui il genitore è affetto da grave patologia la cui possibilità di superamento è altamente incerta e non delimitabile dal punto di vista temporale⁷⁹.

Certamente, ove il genitore sia gravemente ed irrimediabilmente malato, egli non potrà assistere il proprio figlio, ma siamo proprio sicuri che ciò rappresenti ragione sufficiente per recidere il legame tra figlio e genitore, cancellandosi anche quel “barlume” di solidarietà familiare cui pure il figlio è blandamente tenuto verso il proprio genitore ai sensi dell'ultimo comma art. 315 bis cod. civ.? Possibile che di fronte alla malattia l'ordinamento non sappia fare altro che chiudere le porte in faccia al malato⁸⁰?

3.1 L'individuazione della famiglia – Si è visto come tanto in caso di affidamento familiare ex art. 2 L. 184/1983, quanto in caso di adozione, ex art. 6 della medesima legge, l'ordinamento tenda a ripristinare, ora in via transitoria ora in via definitiva, il modello ottimale di famiglia che, riconosciuto quale astratto diritto soggettivo di ogni bambino, di fatto a quel minore è stato, temporaneamente o definitivamente, negato.

In entrambe le ipotesi la famiglia da prendere a modello è quella, e non può che essere quella, di cui all'art. 29 Cost., ancorché, ovviamente, non è detto che per quel minore si potrà trovare, in via transitoria o definitiva, una famiglia in tutto e per tutto corrispondente al modello.

Il modello ordinamentale di famiglia, quale assunto dal costituente, ad ogni modo, non può che essere sempre uguale a se stesso⁸¹, e ad esso non può che fare riferimento il legislatore ogni

entro il quarto grado ad occuparsi del minore non è sufficiente, di per sé, ad escludere il permanere di detta situazione nel futuro, dovendo la stessa essere suffragata da elementi oggettivi che la rendano credibile; Cass. 20 settembre 2013 n. 21607 ove, dalla circostanza che il padre non pagasse le rette scolastiche, è risultata avvalorata la prova della sua trascuratezza nei confronti del figlio; Cass. 10 aprile 2013 n. 8677, *Fam. e dir.* 2014, 55 con nota di A. ARECERI, *Le garanzie del contraddittorio nei processi che riguardano il minore*, ove il padre aveva gravi precedenti penali per omicidio, atti di libidine violenta con forti sospetti di violenze sessuali anche in danno del figlio minore.

⁷⁷ Si può pensare all'ipotesi, tristemente esemplificativa, della tossicodipendenza, così come valutata da Cass. 12 aprile 2013 n. 8930.

⁷⁸ Cfr. Cass. 10 luglio 2013 n. 17096; Cass. 18 giugno 2012 n. 9949, *Foro it.* 2013, I, 145; Trib. Palermo 31 maggio 2012 n. 105, *Guida al dir.*, 2012, 35, 94.

⁷⁹ Cfr. Cass. 22 novembre 2013 n. 26204, *Dir. & giust.*, 2013, 1579 con nota di L. TANTALO, *Lo stato transitorio dei malattia della madre non rende il minore adottabile*, che si occupa di madre cerebrolesa. La “parte del leone”, purtroppo, la fanno le malattie mentali; tra le tantissime Cass. 18 giugno 2012 n. 9949; Cass. 6 dicembre 2012 n. 21983; Cass. 22 giugno 2012 n. 10486; Cass. 31 maggio 2012 n. 8778; Cass. 26 settembre 2011 n. 19609, *Guida al dir.*, 2012, 5, 49; Cass. 4 luglio 2011 n. 14554, *Foro it.*, 2012, I, 2166 con nota di F. DAMINAI, *Procedimento di adottabilità e litisconsorzio dei genitori*; Cass. 26 marzo 2010 n. 7281.

⁸⁰ In totale spregio dei doveri di solidarietà sociale di cui è “disseminata” la nostra Costituzione.

⁸¹ Ci si permette, nuovamente, un rinvio a E. GIACOBBE, *Il matrimonio, I, l'atto e il rapporto*, cit., 1, 2.

qualvolta alla famiglia rinvia. Ciò, ovviamente, non significa affatto disconoscere le differenze sussistenti tra affidamento familiare ed adozione, ma solo riconoscere, pur nel contesto di diversi istituti, che se il minore – per ora o per sempre – ha visto frustrato il diritto di vivere con la propria famiglia, è bene che, per ora o per sempre, possa vivere con una famiglia il quanto più possibile aderente al modello considerato dal costituente ottimale.

Il diritto vivente, per contro, su questo punto diverge sensibilmente dal diritto positivo e, negando unitarietà al modello costituzionale di famiglia, per ciascun istituto elabora concetti differenziati della medesima.

3.1.1 La famiglia affidataria – Non offrendo il dato positivo una pluralità di modelli familiari, tutti alla stessa stregua reputabili ottimali, tali modelli il diritto vivente non può che crearli da sé.

Il primo intervento creativo viene compiuto dalla giurisprudenza a proposito dell'affidamento familiare⁸², la quale reputò che la più conveniente sistemazione di un minore fosse disporre l'affidamento “a favore” di una coppia omosessuale.

La sensazione che si trae da detti interventi è che, date le caratteristiche dell'affidamento familiare, i nostri giudici devono aver supposto di non star facendo grave danno nello “sperimentare” soluzioni “innovative”, visto che non si trattava di rinvenire una nuova famiglia per un minore abbandonato ma solo di “sistamarlo” presso un ricovero provvisorio⁸³. Tutti gli interventi, infatti, sottolineano le peculiarità dell'affidamento familiare – in tutte le fattispecie concrete consensuale – che non è preordinato all'adozione ma – si dice – al perseguimento del benessere del bambino. In cosa consista, poi, questo benessere, quali siano le fonti sulla base del quale ricostruirlo, come e perché la sua realizzazione incida sul concetto di famiglia – e non viceversa – non è dato comprendere, nulla esplicitando sul punto la giurisprudenza.

L'arbitrarietà della scelta così effettuata, in relazione al “caso emiliano”, tutta si palesa nell'affermazione che, essendo fino a quel momento la minore vissuta in un contesto familiare tutto al femminile – in effetti viveva con la mamma – salutari venivano a mostrarsi due figure maschili (!).

Che in tal modo il giudice abbia assolto all'*officium ius dicentis*⁸⁴ è decisamente da negare, posto che non un solo addentellato fruttuoso di diritto positivo è dato rinvenire a sostegno della scelta effettuata. Tale non potrebbe certo considerarsi il richiamo a leggi, delibere e direttive regionali il cui unico pregio viene indicato nell'essere successive – vuol forse insinuarsi modificative? – alla Carta Costituzionale⁸⁵. L'unica notazione supportata dal diritto positivo è quella per la quale il mancato rispetto dell'ordine preferenziale ex art. 2 l. 184/1983 non è in alcun modo sanzionato⁸⁶.

⁸² Cfr. Giudice Tutelare Parma decr. 3 luglio 2013 e Trib. min. Bologna 31 ottobre 2013, *Fam. e dir.* 2014, 273 con nota di F. TOMMASEO, *Sull'affidamento familiare di un minore a coppia omosessuale*, e in *Persona e danno*, 13.12.2013 con nota di R. CONTI, *Sull'affidamento di minore a coppia dello stesso sesso ex art. 2 L. 184/1983. Le decisioni di due giudici di merito. GT Parma 3 luglio 2013 e Trib. min. Bologna 31 ottobre 2013*, e in *Corr. giur.* 2014, 155 con nota di C. RIMINI, *L'affidamento familiare ad una coppia omosessuale: il diritto del minore ad una famiglia e la molteplicità dei modelli familiari*; Trib. min. Palermo 4 dicembre 2013, *Fam. e dir.* 2014, 351 con nota di G. MASTRANGELO, *L'affidamento anche etero familiare di minori ad omosessuali. Spunti per una riflessione a più voci*.

⁸³ Tale sensazione diviene certezza leggendo la motivazione di Trib. min. Palermo, nel caso sottoposto al quale il minore era prossimo alla maggiore età, affermandosi che, se si fosse trattato di un minore più piccolo, giammai un tale affidamento sarebbe stato disposto, anche se, nella logica del provvedimento, proprio non si capisce perché.

⁸⁴ Esorbitante, ma non fuori di luogo, potrebbe apparire il rinvio a G. F. PUCHTA, *Corso delle istituzioni*, trad. it. A. Turchiarulo, I, Napoli, 1854, 245 che in senso stretto definisce la *iurisdictio* come capacità dello *ius dicere*.

⁸⁵ Espressamente G.T. Parma decr. 31 luglio 2013, cit..

⁸⁶ La qual cosa, peraltro, non ci sembra buona ragione per esonerare il giudice dal rispettare la legge.

Si riconosce esplicitamente, in tal modo, che l'affidamento di un minore ad una coppia omosessuale non sia rispettoso dell'ordine preferenziale preordinato dal citato art. 2, ma, a voler ben vedere, esso affidamento non è rispettoso del precetto tutto contenuto nell'art. 2: tra i possibili affidatari è proprio la coppia –etero o omo-sessuale che sia – a non essere contemplata. Problema non da poco, per aggirare il quale l'omosessualità funge da fumo negli occhi, celando, sotto l'egida di una possibile accusa di omofobia, la violazione di legge così realizzata. Mancando appigli di diritto positivo, infatti, si ricorre – errando – al diritto vivente⁸⁷ che in una controversia attinente all'affidamento di un figlio nato fuori dal matrimonio, detto affidamento aveva disposto a favore della sola madre. In palese – ed inutile – contrasto con l'art. 3 Cost., molto si enfatizzò in quella sede la omosessualità di detta madre, laddove il principio di eguaglianza avrebbe imposto la irrilevanza – e non la esaltazione quale *ratio decidendi* – dei gusti sessuali – quali che fossero – del genitore affidatario⁸⁸. Si era trattato, nel caso di specie, di dare attuazione al diritto del minore alla propria famiglia, essendo la donna, ancorché omosessuale, la madre biologica del bambino, solo che, in un eccesso di omofilia, tale principio fondamentale rimase nell'ombra della più “moderna” affermazione del diritto della coppia omosessuale alla genitorialità⁸⁹.

3.1.2 *La famiglia adottiva - Ego me mostravero, ergo sum*, deve aver supposto la giurisprudenza⁹⁰ nel compiere un passo in avanti (?)⁹¹ verso la identificazione del modello famiglia oggetto del diritto del minore. Capovolgendo, invero, logica e spirito della legge su diritto del minore ad una famiglia, si sovverte l'ordine di gradualità degli interventi posti dall'ordinamento a tutela del minore in difficoltà, facendosi assurgere l'art. 44 comma 1 lett. d) L. 184/1983 da norma residuale e di chiusura a regola generale e primaria del sistema. Tutto ciò è stato compiuto – favorevoli o contrari occorre avere l'onestà di riconoscerlo – al solo fine di affermare il diritto degli omosessuali alla genitorialità e, di conseguenza, al riconoscimento della loro relazione sentimentale,

⁸⁷ Cfr. Cass. 11 gennaio 2013 n. 601, *Giur. it.* 2013, 1036 con nota di M. M. WONKLER, *La cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*, e di B. PAPARO, *Omosessuali e affidamento dei figli*, e in *Nuova giur. civ. commentata* 2013, 432 con nota di C. MURGO, *Affidamento del figlio naturale e convivenza omosessuale dell'affidatario: l'interesse del minore come criterio esclusivo*, e in *Fam. e dir.*, 2013, 570 con nota di F. RUSCELLO, *Quando il pregiudizio ... è una valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*, e in *Corr. giur.*, 2013, 436 con nota di V. CARBONE, *Separazione e affidamento del minore alla madre convivente con la compagna*. Nel medesimo senso già Trib. Bologna 15 luglio 2008, *Dir. fam.* 2009, 689 con nota di D. BIANCHINI, *Omosessuali e affidamento condiviso: nulla quaestio se non vi è contrasto con l'interesse del minore*.

⁸⁸ Nel caso di specie, invero, l'affidamento alla madre fu disposto in quanto il padre era violento, onde la circostanza che la madre fosse lesbica non aveva alcuna rilevanza. Certo, ma in tutt'altro contesto, Trib. Milano 19 marzo 2014, *Foro it.* 2014, I, 3334 ha escluso l'addebitabilità della separazione per violazione dell'obbligo di fedeltà da parte della moglie che aveva intrattenuto una relazione omosessuale, la qual cosa farebbe pensare che l'essere omosessuale, più che connotato irrilevante, rappresenti nota di merito.

⁸⁹ Tanto per chiarire il nostro punto di vista, App. Firenze 3 marzo 1995, *Foro it.* 1995, I, 1323 ha statuito, con argomentazione logico-giuridica ineccepibile, che l'esercizio dell'attività di pornstar da parte della madre non è ostativo ad un proficuo rapporto tra madre e figlio e dunque all'affidamento del figlio alla propria madre, ma ciò non può significare che l'esercizio dell'attività di pornstar – quand'anche riconducibile al diritto soggettivo di ognuno di intraprendere l'attività lavorativa che più gli aggrada - sia titolo preferenziale per azionare la pretesa ad essere madre o padre.

⁹⁰ Cfr. Trib. Roma 30 luglio 2014, *Dir. fam.* 2014, 1550 con nota di R. CARRANO, M. PONZANI, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico delle famiglie omogenitoriali*. Si attua, in tal modo, il “vaticinio” di G. MASTRANGELO, *L'affidamento anche etero familiare di minori ad omosessuali. Spunti per una riflessione a più voci*, cit., 351 ss. che aveva affermato il giudice dover decidere nella consapevolezza che la sua sentenza sarà precedente.

⁹¹ Che si sia compiuto un passo in avanti, con l'espresso (mala)augurio che la sentenza faccia scuola, viene affermato da J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2015, I, 117.

avallandosi per sentenza una vicenda già ad origine tutta fraudolenta⁹², per consentire al convivente omosessuale ciò che all'eterosessuale, in mancanza di un rapporto di coniugio in atto, il diritto positivo non ha mai riconosciuto⁹³: la possibilità di veder pronunciata una adozione in proprio favore.

Per “giustificare” tale risultato non tanto si effettua, come pure è stato ipotizzato e plaudito⁹⁴, una interpretazione (estremamente) estensiva della lett. d) art. 44 l. cit., quanto piuttosto se ne offre una interpretazione abrogante delle restanti parti e, segnatamente, della lett. b), che

⁹² La fattispecie concerne una donna che nel corso dell'anno 2003 aveva intrapreso una relazione sentimentale con altra donna, successivamente, nei primi mesi del 2004, quel rapporto si era trasformato in una convivenza stabile; già nel corso della relazione le due donne avevano sentito il desiderio di avere un figlio; decisero perciò di recarsi in Spagna per realizzare il progetto di genitorialità condivisa. La scelta di portare avanti la gravidanza biologica è ricaduta sull'una piuttosto che l'altra donna unicamente in virtù della considerazione che, essendo la prescelta più giovane, la probabilità di successo del percorso di procreazione assistita sarebbe stata maggiore; nata la bambina, essa ha sempre convissuto con entrambe le donne tanto che la bambina le riconosce entrambe come "mamma"; le due donne, al fine di dare maggiori garanzie di stabilità possibili al loro rapporto, hanno sottoscritto accordi privati di regolamentazione della loro relazione anche con riguardo ai rapporti con la minore e successivamente si sono iscritte nel Registro delle Unioni Civili; infine hanno contratto matrimonio in Spagna.

⁹³ A fronte dell'unico precedente dato da Trib. min. Milano 28 marzo 2007 n. 626 inedito ma rinvenibile sul web e dell'intervento di App. Firenze 1274/2012, inedito e non rinvenibile neanche sul web, richiamati entrambi da Trib. Roma, a supporto della affermazione della accesso all'adozione anche per le coppie non coniugate, potrebbe rinviarsi a C. Cost. 20 luglio 2007 n. 315, *Fam. e dir.* 2008, 230 con nota di R. M. BOVA, *L'adozione non legittimante del figlio del coniuge che sia deceduto senza aver prestato l'assenso*, la quale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 comma 1 lett. b) l. 4 maggio 1983 n. 184, censurato, in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui non consente al coniuge sopravvissuto, in caso di morte dell'altro coniuge, genitore del minore che s'intende adottare, di chiedere l'adozione del medesimo. Premesso che la “ratio” della disposizione censurata - la quale consente che il minore sia adottato dal coniuge nel caso in cui sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge - è quella di consentire al coniuge di soggetto che sia genitore convivente con il minore una adozione non legittimante dello stesso, inserendolo in una famiglia nella quale si ricostituiscono le due figure genitoriali, una delle quali è già genitore (legittimo, naturale o adottivo), mentre l'altra, l'adottante, lo diventa a seguito dell'accoglimento della relativa domanda e premesso altresì che condizione indispensabile perché quell'adozione essa possa avere luogo è l'esistenza attuale, al momento dell'inizio della procedura e comunque prima della prestazione dell'assenso di cui all'art. 46, del rapporto di coniugio fra chi intende procedere all'adozione ed il genitore del minore adottando, la morte del genitore del minore avvenuta prima della proposizione della domanda e della prestazione dell'assenso, fa venire meno una delle condizioni dell'azione e comporta il rigetto della relativa domanda. Né la disciplina dettata dalla norma censurata può essere considerata irragionevole se raffrontata alla disposizione di cui al successivo art. 47, che riconosce la possibilità dell'adozione non legittimante anche nell'ipotesi in cui uno dei coniugi deceda durante l'iter per l'adozione, nonché a quella di cui all'art. 25 della stessa l. n. 184 del 1983, posto che tali norme costituiscono applicazione, in tema di azioni costitutive di uno status, del principio secondo cui il tempo necessario per l'attribuzione del bene della vita richiesto non deve risolversi in un danno per l'interessato a tale attribuzione: applicazione eccezionalmente ammessa dal legislatore purché le condizioni richieste preesistano ad un determinato momento successivo alla proposizione dell'azione ed individuato in quello dell'affidamento preadottivo, in caso di adozione legittimante, ed in quello della prestazione dell'assenso, in caso di adozione non legittimante. Il che non esclude che il legislatore ordinario possa consentire l'adozione al nuovo coniuge, per la tutela dell'interesse del minore, anche in ipotesi di decesso del genitore del minore stesso in un momento precedente la prestazione dell'assenso.

⁹⁴ Cfr. J. LONG, *op. loc. cit.*; questa medesima linea già veniva suggerita da L. FRANCO, *Il “gesto di Ettore”: dalla tradizione al cambiamento antropologico*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2013, I, 506; G. MASTRANGELO, *L'affidamento anche etero familiare di minori ad omosessuali. Spunti per una riflessione a più voci*, cit., 351 ove si mostrano perplessità circa la possibilità di interpretare estensivamente l'art. 44, ma si reputa tale impossibilità ingiusta.

consente al coniuge di adottare il figlio dell'altro coniuge⁹⁵, nonché del comma 3 del medesimo articolo, il quale, nei casi di cui alle lett. a), c), e d), e non dunque, ed evidentemente, lett. b), consente l'adozione oltre che ai coniugi anche a chi – singolo – non è coniugato: i conviventi - etero o omo sessuali che siano – non vi sono contemplati.

In senso contrario non varrebbe addurre⁹⁶ che, ormai, il matrimonio non offre più garanzie di stabilità maggiori rispetto alla convivenza⁹⁷ poiché, condivisibile o meno che sia tale osservazione, comunque la convivenza nella l. 183/1984 non c'è⁹⁸, e se non c'è meno che mai la si può far rientrare solo perché i conviventi sono omosessuali⁹⁹: l'omosessualità, che non ha alcun rilievo, di per sé, qualora ad adottare sia una persona singola, non può certo divenire titolo preferenziale ove voglia adottare una coppia.

Non solo, allora, si forza l'interpretazione del diritto positivo, ma si è costretti a stravolgere anche il diritto vivente¹⁰⁰, sino a giungersi ad un vero e proprio “falso ideologico” quando, a

⁹⁵ Previsione che, evidentemente, diviene un non senso se si ammette che chiunque possa adottare i figli di chicchessia solo perché intrattiene con questi ed i loro genitori “buoni rapporti”.

⁹⁶ Argomento, per contro utilizzato da Trib. Roma 30 luglio 2014 n. 299, cit. ed avallato da J. LONG, *op. loc. cit.*; come considerazione di carattere più generale v. M. PORCELLI, *La famiglia al plurale*, in *Dir. fam.* 2014, 1248.

⁹⁷ Osservazione, in sé, tanto più vera oggi che è entrata in vigore la legge 6 maggio 2015, n. 55, *Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi*, GU n.107 del 11-5-2015, c. d. divorzio breve

⁹⁸ Così come, del resto, non c'è nell'art. 2 della Costituzione, non è contemplata nella Convenzione di Strasburgo del 1967, laddove la Convenzione di Strasburgo del 2008 – peraltro non ratificata dall'Italia – all'art. 7 dispone che The law shall permit a child to be adopted: a) by two persons of different sex, who are married to each other, or where such an institution exists, have entered into a registered partnership together; b) by one person, disponendo, al comma 2, che States are free to extend the scope of this Convention to same sex couples who are married to each other or who have entered into a registered partnership together. They are also free to extend the scope of this Convention to different sex couples and same sex couples who are living together in a stable relationship.

⁹⁹ Osserva A. DONATI, *Omosessualità e procedimento di adozione in una recente sentenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. fam.*, 2008, 100 come, comunque, l'omosessualità non possa essere assunta come valore ordinante del sistema, anche se ciò non significa affatto che essa costituisca un disvalore.

¹⁰⁰ Inconferente e controproducente il richiamo a Cass. 19 ottobre 2011, n. 21651, *Fam e dir.*, 2012, 729 con nota di D. MORELLO DI GIOVANNI, *Genitore separato e adozione per casi particolari: una sentenza "particolare*, e in *Nuova giur. civ. commentata*, 2012, I, 279, con nota di L. OLIVERO, *L'adozione del figlio del coniuge tra crisi coniugale e interesse del minore*, la quale, dato atto che l'adozione del figlio del coniuge, ai sensi dell'art. 44 comma 1 lett. b) l. n. 184 del 1983, presuppone, di regola, convivenza comune, armonia, affetto tra i coniugi e deve tendenzialmente escludersi quando la comunione di vita tra essi sia venuta meno, ha confermato la sentenza del giudice del merito che, pur dando atto del positivo rapporto tra il minore e il coniuge (aspirante adottante) della genitrice del minore stesso, sulla base delle risultanze di una consulenza tecnica aveva escluso potesse farsi luogo alla adozione che sarebbe stata nociva per il minore, atteso che avrebbe attivato in modo improprio e dannoso per lui le rivendicazioni dell'aspirante adottante tese a esercitare un incisivo potere genitoriale senza tenere conto del delicato e complesso contesto esistenziale in cui il bambino si trovava, visto che i coniugi si stavano separando. Inconferente, ancora, il richiamo a C. Cost. 18 luglio 186 n. 198, *Giust. civ.* 186, I, 2641 riguardante il diritto intertemporale relativamente ad una conversione di una adozione ordinaria, già posta in essere da due coniugi che, nel momento in cui era entrata in vigore la l. 184, avevano divorziato. Oscuro il richiamo a C. Cost. 3 dicembre 169 n.145, *Giust. civ.* 170, I, 8, secondo cui con l'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto dell'adozione speciale il legislatore ha voluto ampliare e migliorare la tutela giuridica e morale dei minori in situazione di abbandono, ma, nel contempo, tenute presenti le esigenze della famiglia legittima e di quella naturale, ha predisposto condizioni e procedimenti in modo tale da rendere possibile l'adozione speciale, con i relativi effetti giuridici, solo nei confronti dei minori di cui, con le opportune garanzie, sia accertata l'esistenza della situazione di abbandono materiale e morale. Del tutto inconferente, ma molto in voga, il richiamo a Cass. 11 gennaio 2013 n. 601, cit., e lo stesso potrebbe dirsi per la successiva C.Cost. 11 giugno 2014 n.170, *Fam e dir.* 2014, 865 con nota di V. BARBA, *Artificialità del matrimonio e vincoli*

fondamento della ammissibilità dell'adozione da parte di coppia omosessuale, si invoca il pronunciamento della Consulta n. 138 del 2010, che la trascrivibilità del matrimonio omosessuale, e dunque la sua riconoscibilità, ha, comunque, drasticamente escluso¹⁰¹.

D'altro canto, la stessa Corte EDU, che pure in varie occasioni ha voluto apparire omofila¹⁰², ha sempre affermato di non aver mai teorizzato un diritto soggettivo degli omosessuali di adottare¹⁰³.

costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale, e in *Foro it.*, 2014, I, 2674 con nota di R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice* e S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*, e in *Giur. Cost.*, 2014, 2694 con nota di F. SAITTO, *L'incostituzionalità del "divorzio imposto" tra rettificazione di sesso e tutela del "pregresso vissuto" della coppia*, sul c.d. divorzio imposto, cui ha fatto seguito la – certamente discutibile ma altrettanto certamente irrilevante in relazione alle problematiche relative alla adozione – pronuncia di Cass. 21 aprile 2015 n. 8097.

¹⁰¹ Cfr. C. Cost. 15 aprile 2010 n. 138, *Giur. it.* 2011, 537 con nota di P. BIANCHI, *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, e in *Dir. fam.*, 2011, 3 con nota di V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della libertà*, e in *Rass. avv. Stato*, 2010, 135 con nota di G. PALMIERI, *L'istituto del matrimonio. Sul riconoscimento ai nubenti dello stesso sesso "La materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento"*, e in *Resp. civ. prev.* 2010, II, 1505 con nota di L. MORLOTTI, *Il no della Consulta al matrimonio gay*, e in *Fam e dir.* 2010, 653 con nota di M. GATTUSO, *La Corte Costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, e in *Iustitia*, 2010, 311 con nota di M. COSTANZA, *La Corte Costituzionale e le unioni omosessuali*, e in *Foro it.* 2010, I, 1701 con nota di M. COSTANTINO, *Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempi)*, e in *Giur. Cost.*, 2010, 2715 con nota di B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*; C. Cost. 22 luglio 2010 n. 276; C. Cost., 5 gennaio 2011 n. 4. La prima delle tre pronunce, data la "novità" della questione, con una certa "pazienza" spiega perché, pur potendo ricondursi la coppia omosessuale nell'alveo dell'art. 2 Cost., ciò non significhi affatto che l'aspirazione al riconoscimento debba essere realizzata solo attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio, laddove si reputa drasticamente infondata ed inammissibile un'operazione ermeneutica volta ad incidere – stravolgendolo – sull'art. 29 Cost., operazione che non potrebbe essere giustificata neanche attraverso il ricorso all'art. 3 Cost., reputato improprio. Molto si è tentato di trarre dal riconoscimento, effettuato in questa sede dalla Consulta, della possibilità del Parlamento di intervenire in materia, ma, francamente, che il Parlamento possa legiferare su ciò che vuole, salvo poi un controllo di legittimità costituzionale sul suo operato, non ci sembra segnale di apertura della Corte, trattandosi di prerogative che il Parlamento aveva anche prima dell'insediamento della Consulta stessa. Con la seconda pronuncia – un'ordinanza – un po' spazientita ma sempre indulgente, la Corte ricorda le motivazioni che la hanno indotta a dichiarare la prima questione di legittimità costituzionale infondata ed inammissibile. Nella terza pronuncia – sempre un'ordinanza - pazienza ed indulgenza sembrano venuti meno, ricordando la Corte di aver già affermato che l'art. 29 Cost. si riferisce alla nozione di matrimonio definita dal codice civile come unione tra persone di sesso diverso, e questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, sia perché (in ordine all'art. 3 Cost.) le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio; che non risultano qui allegati profili diversi o ulteriori, idonei a superare gli argomenti adottati nella precedente pronuncia ed anche ribaditi nella successiva ordinanza n. 276 del 2010; che identiche considerazioni valgono anche con riguardo all'art. 231 cod. civ., censurato dall'attuale rimettente insieme con le altre norme indicate in epigrafe; che, pertanto, la questione di legittimità costituzionale, sollevata con riferimento all'art. 2 Cost., deve essere dichiarata manifestamente inammissibile, e la questione sollevata con riferimento agli artt. 3 e 29 Cost. deve essere dichiarata manifestamente infondata.

¹⁰² Da ultimo Corte europ. Dir. uomo 24 giugno 2010 n. 30141, *Nuova giur. civ. commentata* 2010, I, 1137 con nota di M. M. WINKLER, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*.

¹⁰³ Cfr. n. 14 della sentenza n. 19010 del 19 febbraio 2013, X c. Austria, *Corr. giur.*, 2013, 712 con nota di A. MASCIA, *Adozione co-genitoriale per una coppia omosessuale*, e in *Giur.it.*, 2013, 1764 con nota di L. POLI, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali con uno sguardo miope rispetto all'interesse superiore del minore*; analoghe osservazioni valgono per la – pur discutibile – sentenza n. 43546

La possibilità, dunque, per il convivente omosessuale del genitore del minore di adottare viene, pertanto, affermata solo alla luce di “istanze sociali” che, a detta del tribunale capitolino, premerebbero per tale affermazione, dimostrando, ancora una volta, il diritto vivente di arrancare nell’inseguire quella che reputa essere l’opinione pubblica.

3.1.3 Abbandono e semiabbandono: la c.d. adozione mite – La adozione, in tutte le sue forme, si fonda, a monte, sulla necessità di venire incontro ai bisogni di un minore abbandonato – o che comunque abbia perso la unitarietà del proprio contesto familiare – mancando il quale presupposto non può – e non deve – farsi ricorso a detto istituto, pena contraddire e violare il principio fondamentale di cui all’art. 1 l. 184/1983.

Un uso distorto più che alternativo dell’art. 44 comma 1 lett. d), L. 184/1983 ha consentito ad una certa giurisprudenza¹⁰⁴, la creazione della figura della c.d. adozione mite *atta* – a suo dire – a venire incontro alla situazione dei c.d. minori nel limbo, vale a dire quei minori che, a causa di un c.d. semiabbandono permanente, si trovano affidati *sine die* ad una famiglia.

Con tale forma di adozione, in estrema sintesi, si consente alla famiglia affidataria, che pure non avrebbe i requisiti per adottare e che comunque non ha seguito le relative procedure, di procedere alla adozione del minore che “ospita” in affidamento familiare.

Si riconosce, è pur vero, il concetto di semiabbandono permanente non fare parte della legislazione italiana¹⁰⁵, ma, in ottemperanza ad un principio della “continuità degli affetti, di cui non si sa quale sia la fonte, ci si accontenta, dei consensi ex artt. 45 e 46, creando una sorta di “adozione consensuale”, certamente espunta già dal cod. civ. 1942.

Al di là dell’apparente buonismo che contraddistingue detto intervento “innovativo” dei nostri giudici, si consente, infatti, in tal modo, di effettuare una scelta del minore, contraria allo spirito ed alle regole dell’adozione tanto interna che internazionale¹⁰⁶.

L’art. 314/20 cod. civ., invero, ammetteva che si potesse indicare il minore da adottare, mentre la l. 184/1983, in linea con lo spirito di solidarietà che rappresenta il fondamento dell’istituto, esclude tale possibilità. Il legislatore italiano si è in tal modo adeguato al disposto dell’art. 29 della Convenzione Aja 1993, per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale¹⁰⁷, ai sensi del quale nessun contatto può aver luogo fra i futuri genitori adottivi ed i genitori del minore o qualsiasi altra persona che ne abbia la custodia, fino a quando non sono soddisfatte le condizioni previste dell’articolo 4, lettere da a) a c), e dell’articolo 5 lettera a), salvo se l’adozione abbia luogo fra i membri della stessa famiglia o se siano osservate le condizioni fissate dall’autorità competente dello stato d’origine.

del 22 gennaio 2008, E. D. c. Francia, *Dir. fam.*, 2008, 1090 con nota di A. DONATI, *Omosessualità e procedimento di adozione in una recente sentenza della Corte di Strasburgo*; sulla medesima linea Corte europ. Dir. uomo 26 febbraio 2002 n. 36515, Fretté c. Francia, *Familia*, 2003, 521 con nota di E. VARANO, *La Corte europea dei diritti dell’uomo e l’inesistenza del diritto di adottare*. Al di fuori di un problema di omosessualità, che sull’art. 8 CEDU non possa fondarsi un diritto di adottare da parte di chicchessia viene affermato a chiare lettere da Corte europ. Dir. uomo 27 aprile 2010 n. 16318.

¹⁰⁴ Cfr. Trib. minori Bari 7 maggio 2008, *Fam. e dir.*, 2009, 393 con nota di S. CAFFARENA, *L’adozione “mite” e il “semiabbandono”: problemi e prospettive*. Avallo di tale prassi potrebbe considerarsi Corte EDU 21 gennaio 2014 n. 33773, *Foro it.*, 2014, I, 173 con nota di G. CASABURI, *La Corte europea dei diritti dell’uomo “impone” l’introduzione dell’adozione “mite”*.

¹⁰⁵ Esplicita ed illuminante la *presa di posizione del procuratore generale di Lecce contro l’adozione mite*, consultabile su www.fondazionepromozionesociale.it; P. GROSSO, *L’adozione mite tra realtà ed artificio. A proposito del “manifesto per una giustizia minorile mite”*, in *Prospettive assistenziali* n. 169, gennaio-marzo 2010.

¹⁰⁶ Non avalla tale impostazione Corte edu 27 aprile 2010 n. 16318– Moretti, Benedetti c. Italia, *Minori giustizia*, 2011, 2, 41 con nota di F. OCCHIOGROSSO, *L’interesse del minore nei passaggi degli affidamenti e delle adozioni alla luce recente giurisprudenza europea*, la quale ha bensì condannato l’Italia per violazione dell’art. 8, ma a causa della lunga durata del processo, ribadendo che l’art. 8 CEDU non garantisce né il diritto di fondare una famiglia né il diritto di adottare.

¹⁰⁷ Ratificata con L. 476/1998

Il semiabbandono permanente, in realtà, è una ipotesi – sovente drammatica - di non abbandono, per far fronte alla quale il ricorso alla adozione, ancorché mite, tradisce lo spirito che ha animato la nostra legislazione in materia e che pervade gli artt. 2 e 3 comma 2 Cost..

Sul fronte dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale, invero, soccorre, come detto, l'istituto dell'affidamento familiare, il quale istituto, se è vero che – fisiologicamente – deve essere temporaneo, è anche vero che ex art. 4 comma 4 legge è prorogabile, dal tribunale per i minorenni, qualora la sospensione dell'affidamento rechi pregiudizio al minore.

Occorrendo tale necessità non si comprende, giuridicamente parlano, la differenza tra il far restare il minore presso la famiglia affidataria, o persona singola che dir si voglia, con la consapevolezza che, anche agli occhi dell'ordinamento, egli resta figlio dei propri genitori, ovvero farlo restare con detta famiglia o singolo, allentando, di necessità, o forse recidendo i legami con i propri genitori che pure non lo hanno abbandonato.

Può, infatti, osservarsi come i rapporti tra l'adozione ex art. 44 ed il nuovo art. 74 cod. civ., che estende la parentela anche al caso in cui il figlio è adottivo, esclusa solo la adozione di persone maggiori di età, non siano poi così pacifici, non essendo incontrovertito che il c.d. adottato speciale non sia “figlio” degli o dell'adottante, ai sensi e per gli effetti tutti di cui all'art. 315 cod. civ.¹⁰⁸.

Sotto il profilo sostanziale del principio di eguaglianza, inoltre, troppo spesso ci si dimentica che è la Repubblica a dover intervenire per rimuovere le condizioni di difficoltà che impediscono l'attuazione del pieno sviluppo della persona, sostenendo il “disagiato” e non già privandolo dei suoi diritti inviolabili quali, primo tra tutti, quello alla propria famiglia.

3. Brevi cenni di ius condendum – Un rapido sguardo allo *ius condendum* non può che lasciare perplessi, avendosi l'impressione che ci si preoccupi più dell'approvazione del “sentimento popolare” che non delle ragioni di chi in Parlamento non ha voce diretta.

L'apparente “buonismo” che ammantava l'idea della adozione mite, sembra, invero, rappresentare il fiore all'occhiello dello *ius condendum*.

Da un lato si rinvencono, pur nel corso della presente legislatura, numerosi progetti e disegni di legge che si propongono tutti di facilitare l'adozione dei minori da parte delle famiglie affidatarie, per la necessità, si dice, del mantenimento del rapporto affettivo instaurato.

Il rilievo - che si vuole il diritto dovere formalizzare – del rapporto affettivo, traspare anche dalle proposte e disegni di legge – sulla approvazione dei quali tutti i partiti politici hanno sentito il dovere di lasciare “libertà di coscienza” - relative alle unioni civili, anche tra persone dello stesso sesso, che vorrebbero ammettere le coppie tutte all'adozione o, quanto meno, alla “adozione speciale” del figlio del partner.

Più serio, ed urgente, ma molto meno “pubblicizzato”, è stato, per contro, il disegno di legge n. 1552 (senato) del 1.7.2014, già approvato dalla Camera il 25.6.2014¹⁰⁹, volto – finalmente, alla ratifica della Convenzione Aja del 19 ottobre 1996 concernente *la competenza, legge applicabile il riconoscimento l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e misure di protezione del minore*, attraverso il quale si è voluto risolvere, tra l'altro, il problema dei minori affidati con la kafalah¹¹⁰, problema, probabilmente, poco attrattivo presso il grande pubblico.

¹⁰⁸ Per una sintesi del dibattito ci permettiamo di rinviare a E. GIACOBBE, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma "bianca*, in *Dir. fam.* 2014, 817; P. MORROZZO DELLA ROCCA *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. e dir.*, 2013, 838.

¹⁰⁹ La cui approvazione con la Legge n. 101/15 del 18 giugno 2015, GU n. 157 del 9 luglio 2015 è avvenuta in sordina,

¹¹⁰ Istituto che i nostri giudici, quanto meno ai fini del ricongiungimento familiare, tenevano in attenta considerazione; da ultimo cassazione civile, sez. un., 16 settembre 2013, n. 21108, *Dir. fam.*, 2014, 86 con nota di G. MAGNO, *Ingresso in Italia del minore straniero affidato in kafalah a coniugi italiani: una questione da chiarire.*; e in *Minori e giustizia*, 2014, 1, 203 con nota di J LONG, *Minore straniero affidato con kafalah a cittadino italiano: le Sezioni Unite riconoscono, con alcuni limiti, il diritto al ricongiungimento*, e in *Fam. e dir.*, 2014, 122 con nota di R. GELLI, *Il ricongiungimento del minore in*

Emanuela Giacobbe

kafalah al cittadino italiano: la svolta delle Sezioni Unite, e in *Nuova giur. civ. commentata* 2014, I, 264 con nota di L. RACHELI, *Le Sezioni Unite dettano le condizioni affinché la kafalah di diritto islamico sia presupposto per il ricongiungimento familiare*, e in *Giur. it.*, 2014, 543 con nota di M. SPOLETINI, *Possibilità di ricongiungimento familiare anche per gli affidatari in kafalah*, e in *Diritto immigr.*, 2013, 169 con nota di A. LANG, *Le Sezioni Unite chiariscono quando la kafalah è presupposto per il ricongiungimento familiare del cittadino italiano*, e in *Corr. giur.*, 2013, 1492 con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Uscio aperto, con porte socchiuse, per l'affidamento del minore mediante kafalah al cittadino italiano o europeo*, le quali hanno affermato che non può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale, per ricongiungimento familiare, richiesto nell'interesse di minore cittadino extracomunitario, affidato a cittadino italiano residente in Italia con provvedimento di "kafalah" pronunciato dal giudice straniero, nel caso in cui il minore stesso sia a carico o conviva nel paese di provenienza con il cittadino italiano, ovvero gravi motivi di salute impongano che debba essere da questi personalmente assistito. un po' meno quanto a riconoscimento del provvedimento: da ultimo cassazione civile, sez. i, 23/09/2011, n. 19450 deve essere dichiarata inammissibile la domanda, proposta ai sensi degli art. 66 e 67 l. 31 maggio 1995 n. 218, di riconoscimento in Italia del provvedimento di affidamento in kafalah di un minore in stato d'abbandono, ad una coppia di coniugi italiana, emessa dal tribunale di prima istanza di Casablanca (in Marocco), atteso che l'inserimento di un minore straniero, in stato d'abbandono, in una famiglia italiana, può avvenire esclusivamente in applicazione della disciplina dell'adozione internazionale regolata dalle procedure richiamate dagli art. 29 e 36 l. 4 maggio 1983 n. 184 (come modificata dalla l. 31 dicembre 1998 n. 476, di ratifica ed attuazione della convenzione dell'aja del 29 maggio 1993), con la conseguenza che, in tale ipotesi, non possono essere applicate le norme generali di diritto internazionale privato relative al riconoscimento dei provvedimenti stranieri, ma devono essere applicate le disposizioni speciali in materia di adozione ai sensi dell'art. 41 comma 2 l. n. 218 del 1995.