Adozione in casi particolari

CASSAZIONE CIVILE, sez. I, 10 maggio 2011, n. 10265 - Pres. Luccioli - Rel. Campanile - P.G. Zeno (conf.) O.F. (avv.ti Storace, Paolucci) c. P.C. (avv. Scarpetta)

In tema di adozione in casi particolari, ha efficacia preclusiva, ai sensi dell'art. 46 della legge 4 maggio 1983, n. 184, il dissenso manifestato dal genitore naturale non convivente all'adozione del figlio minore a norma dell'art. 44, lettera b) della legge richiamata, dovendo egli ritenersi comunque "esercente la potestà", pur quando lo stesso non sia mai stato convivente con il minore; invero, la legge 8 febbraio 2006, n. 54 sull'esercizio della potestà in caso di crisi della coppia genitoriale e sull'affidamento condiviso, applicabile anche ai figli di genitori non coniugati, ha corrispondentemente riplasmato l'art. 317 *bis* c. c. Il principio della bigenitorialità ha, infatti, informato di sé il contenuto precettivo della norma citata, eliminando ogni difformità di disciplina tra figli legittimi e naturali, cosicché la cessazione della convivenza tra genitori naturali non conduce più alla cessazione dell'esercizio della potestà.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Non risultano precedenti in termini. V. Comunque Cass. 9 maggio 2002, n. 6633, in *De Jure*; App. Catanzaro 18 febbraio 2008, in *De Jure*
Difforme	Cass. 5 agosto 1996, n. 7137, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1657

….*Omissis*…

Motivi della decisione

….*Omissis*…

2.2 - Con l'unico motivo del ricorso principale viene dedotta violazione e falsa applicazione degli artt. 44 e 46 L. n. 184 del 1983, nonché degli artt. 155 e 317 *bis* c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Si sostiene che, pur essendo stato elevato a regola generale, con l'introduzione dell'affidamento condiviso, il principio della bigenitorialità, non sarebbe stato tuttavia abrogato l'art. 317 *bis* c.c., comma 2, in virtù del quale - in mancanza di una diversa regolamentazione da parte del Tribunale per i minorenni nell'ambito delle; coppie di genitori naturali non conviventi - l'esercizio della potestà spetta al solo genitore con il quale il figlio convive.

Pertanto, il rifiuto dell'assenso da parte del P., già ritenuto ingiustificato dal giudice di prime cure, non avrebbe l'efficacia ostativa prevista dall'art. 46, comma 2 L. n. 184 del 1983 . Infatti l'insindacabile potere di veto in esame, in quanto correlato all'esercizio della potestà genitoriale, nella specie non sussisterebbe, non essendo detta potestà attribuita, ai sensi dell'art. 317 *bis* c.c., al genitore naturale non convivente.

2.3 - La censura non può essere accolta, in quanto priva di fondamento.

Deve essere, invero, ribadito il principio, già affermato da questa Corte, secondo cui la diversa regolamentazione dei rapporti fra genitori e figli, introdotta con la L. n. 54 del 2006, pur non interferendo sulla competenza del Tribunale per i minorenni, assume, anche per quanto concerne la filiazione naturale, efficacia pervasiva, e, pertanto, implicitamente abrogante di ogni contraria disposizione di legge.

I cardini del nuovo assetto normativo vanno individuati nella maggiore centralità che assume l'interesse della prole rispetto alle conseguenze della disgregazione del rapporto di coppia. Di regola, la necessità per i figli di mantenere un rapporto costante ed assiduo con ciascuno dei genitori - gravida di risvolti affettivi, educativi, psicologici, materiali e morali - si riflette nell'istituto dell'affidamento condiviso, e, quindi, in una più intensa e comune attribuzione di responsabilità agli stessi nell'educazione della prole che prescinde, quando non ne subisca in misura rilevante le conseguenze negative, dalla crisi coniugale.

Tale valorizzazione della posizione dei minori si esprime non solo nella richiamata affermazione della bigenitorialità, ma anche nell'attribuzione del godimento della casa familiare, nella previsione del preventivo ascolto del minore, e, per quanto qui maggiormente interessa, nella disciplina della potestà dei genitori.

La disposizione contenuta nell'art. 15., comma 3 c.c., secondo cui «la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori», costituisce un significativo quid novi, che, oltre ad evidenziare l'esigenza della condivisione del ruolo educativo anche nella crisi, in conformità a quanto stabilito dall'art. 18 della Convenzione di New York, consente di considerare l'istituto della potestà genitoriale non più come esercizio di un diritto-dovere in una posizione di supremazia, bensì di una comune e costante assunzione di responsabilità nell'interesse esclusivo della prole.

2.4 - Altro imprescindibile punto di riferimento, per i fini che qui interessano, è costituito - ove si prescinda dalle residuali ipotesi previste dagli artt. 252, 537, comma 3, c.c. art. 542, comma 3, e 566, comma 2, c.c. dalla ormai realizzata equiparazione, per ragioni che affondano le proprie radici nel fondamentale principio di uguaglianza, fra le posizioni dei figli legittimi e di quelli naturali.

A codesti principi è evidentemente ispirato l'art. 4, comma 2 della l. n. 54 del 2006, che, nell'affermare che le "di-

sposizioni della presente legge", oltre che "in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio", si applicano anche "ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati", tende a disegnare uno scenario tendenzialmente uniforme, nel quale le posizioni dei figli nati fuori del matrimonio non possono non trovare la medesima tutela attribuita alla prole legittima.

Non è chi non veda, invero, come alla sostanziale equiparazione fra figli legittimi e naturali debba corrispondere un modello unitario di genitorialità. 2.5 - Alla luce delle superiori considerazioni, il tema della compatibilità della nuova disciplina dei rapporti fra genitori e figli, anche nella crisi coniugale, con le disposizioni contenute nell'art. 317 *bis*, comma 2 c.c., con particolare riferimento all'esercizio della potestà genitoriale, risulta adeguatamente risolto con la pronuncia di questa Corte n. 8362 del 2007, che il Collegio condivide ed alla quale intende dare continuità, meglio specificandone la portata.

2.6 - Giova premettere che esula dai limiti della presente vicenda processuale ogni aspetto - ben e-splicitato nella richiamata ordinanza - inerente alla distribuzione della competenza tra il tributa-rio ordinario e il tribunale per i minorenni. Sotto il profilo sostanziale, deve condividersi, sempre con riferimento al provvedimento indicato, l'attribuzione all'art. 4, comma 2 L. n. 54 del 2006, del significato "di estendere - all'evidente fine di assicurare alla filiazione naturale forme di tutela identiche a quelle riconosciute alla filiazione legittima - i nuovi principi e criteri sulla potestà genitoriale e sull'affidamento anche ai figli di genitori non coniugati".

In altri termini, il principio della bigenitorialità, pur nelle significative differenze riscontrabili fra l'intervento giudiziale nella crisi riguardante i genitori coniugati rispetto a quelli naturali, ha informato di sé il contenuto precettivo dell'art. 317 *bis* c.c., eliminando ogni difformità di disciplina fra figli legittimi e naturali, altrimenti non giustificabile.

Per quanto qui maggiormente interessa, deve ribadirsi - come affermato nella richiamata ordinanza - che «la cessazione della convivenza tra i genitori naturali non conduce più alla cessazione dell'esercizio della potestà, perché la potestà genitoriale è ora esercitata da entrambi i genitori, salva la possibilità per il giudice di attribuire a ciascun genitore il potere di assumere singolarmente decisioni sulle questioni di ordinaria amministrazione».

2.6 - Merita di essere ulteriormente approfondita la questione inerente ai limiti di efficacia dell'estensione dell'esercizio della potestà genitoriale a entrambi i genitori naturali, dovendosi registrare, soprattutto in ambito dottrinale (ma anche nella giurisprudenza di merito), una significativa diversità di opinioni per quanto attiene al rapporto fra convivenza con il figlio naturale ed esercizio della potestà genitoriale. Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, la nuova disciplina prevista dall'art. 155 c.c. ss., si estenderebbe all'ipotesi di crisi della coppia non coniugata e convivente al momento della nascita del figlio: in tal caso l'esercizio comune della potestà genitoriale, previsto in linea generale dall'art. 317 *bis* c.c., comma 2, prima parte, sopravviverebbe alla cessazione della convivenza. L'esercizio della potestà in esame rimarrebbe precluso al genitore naturale che non abbia mai convissuto con la prole, ovvero non abbia effettuato il riconoscimento. Un altro orientamento afferma l'applicazione dell'art. 317 *bis* c.c., nel senso dell'esercizio della potestà da parte del solo genitore convivente in tutte le ipotesi in cui non vi sia controversia in materia di affidamento e sulle modalità di esercizio della potestà, in quanto l'applicazione della nuova disciplina sarebbe condizionata dall'esistenza di un contrasto in merito all'individuazione del genitore con il quale il figlio debba convivere. Tale tesi si fonda anche su un argomento di ordine letterale, in quanto la L. n. 54 del 2006, art. 4, comma 2, non estende le nuove regole ai genitori naturali, bensì ai "procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati". Altri autori ritengono che l'art. 317 *bis*, comma 2, c.c. salva la previsione dell'esercizio della potestà da parte dei genitori conviventi (speculare rispetto a quanto previsto per i figli legittimi), sia stato tacitamente abrogato dalla L. n. 54 del 2006, risultando con la stessa totalmente incompatibile.

2.7 - Quest'ultima tesi appare senz'altro preferibile.

Deve considerarsi che nel quadro della nuova disciplina dei rapporti familiari è stata operata una vera e propria dicotomia fra l'esercizio della potestà genitoriale e l'affidamento della prole:

come emerge chiaramente dalla previsione dell'art. 155, comma 3, e 317, comma 2, c.c. l'esercizio della potestà da parte di entrambi i genitori ricorre tanto nell'affidamento condiviso, quanto in quello esclusivo.

Far dipendere, poi, l'esercizio della potestà genitoriale da circostanze del tutto estrinseche ed eventuali, quali la sussistenza di una crisi del rapporto di coppia, ovvero il contrasto in merito all'affidamento, significa trascurare quella nuova dimensione, sopra evidenziata, che l'istituto della potestà dei genitori assume in funzione della riaffermata centralità dell'interesse della prole.

Quanto alla tesi intermedia sopra illustrata, non può escludersi il rischio di artificiose controversie intese a determinare i presupposti per l'esercizio comune della potestà dei genitori. A ben vedere, la tesi dell'esercizio della potestà solo nell'ipotesi in cui vi sia stata convivenza, è intrinsecamente contraddittoria, in quanto proprio quell'affermazione della sopravvivenza della potestà genitoriale alla crisi della coppia, e quindi alla cessazione della convivenza, dimostra che quest'ultima non costituisce il dato fondante della figura in esame. Né può invocarsi quell'esigenza di continuità dei rapporti che viene posta alla base dell'affidamento condiviso, dal momento che l'esercizio della comune responsabilità che caratterizza l'esercizio della potestà genitoriale non viene normalmente percepito da parte del minore. L'esigenza di una disciplina sostanzialmente omogenea fra figli legittimi e naturali induce ad attribuire un ampio significato, in virtù di un'interpretazione costituzionalmente orientata, all'art. 4,comma 2 L. n. 54 del 2006.

Con l'espressione "procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati", il legislatore ha inteso disciplinare tut-

ti i rapporti fra genitori e figli naturali, senza alcuna limitazione - in relazione a una materia nella quale, giova ancora una volta ribadirlo, l'intervento del giudice non presenta i caratteri di imprescindibilità rinvenibili nella regolamentazione della crisi delle coppie coniugate (Cass., 20 aprile 1991, n. 4273) -, alle ipotesi caratterizzate da controversie in atto. Di certo non può e non deve escludersi un intervento giudiziale, sia in caso di disaccordo, sia per dettare, nell'interesse esclusivo del minore, una disciplina difforme rispetto alle previsioni di cui all'art. 155 c.p.c., comma 3.

2.8 - La sentenza impugnata, la cui motivazione deve intendersi integrata nei termini sopra indicati, ha correttamente attribuito efficacia preclusiva al dissenso manifestato dal genitore naturale, impedendo alla minore, nell'ambito di una vicenda, nella sua genesi e nel suo esplicarsi, dai contorni indistinti, di avere un secondo padre.

…*Omissis*….

L'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI DEL FIGLIO NATURALE DEL CONIUGE

di Gilda Ferrando

Per l'adozione in casi particolari del figlio del coniuge è richiesto il consenso dell'altro genitore. Il dissenso ha efficacia preclusiva quando provenga dal genitore "esercente la potestà". Nella nota si critica la distinzione tra "titolarità" ed "esercizio" della potestà e si propone una lettura dell'art. 44 diversa da quella fatta propria dalla S.C.. Pur essendo il genitore naturale non convivente investito della potestà, il suo dissenso non avrebbe efficacia preclusiva in quelle situazioni in cui "effettivamente" egli non abbia stabilito o conservato un rapporto significativo col figlio.

Profilo dell'istituto

Come è noto, l'adozione in casi particolari è stata introdotta dalla legge n. 184 del 1983 per tutelare il diritto del minore alla famiglia in situazioni che non avrebbero consentito di giungere all'adozione piena ma nelle quali, tuttavia, l'adozione rappresentava una soluzione opportuna ed auspicabile (1).

Una delle innovazioni qualificanti la legge del 1983 è stata l'eliminazione dell'adozione ordinaria del minore che aveva reso possibili abusi e che comunque non tutelava in modo ottimale i diritti del bambino. Nello stesso tempo il legislatore era consapevole che il diritto prioritario del bambino è quello ad essere allevato nella sua famiglia che deve ricevere il sostegno necessario per fronteggiare situazioni di difficoltà temporanea. L'esigenza di trovare un equilibrio tra queste due istanze - diritto del minore alla propria famiglia e diritto ad una famiglia "sostitutiva"nel caso in cui comunque la prima non sia in grado di provvedere a lui - ha portato a fissare in termini piuttosto rigidi i presupposti dell'adozione dei minori.

Proprio perché l'adozione interrompe completamente i rapporti tra il minore e la sua famiglia di origine si è predisposta una serie di garanzie destinate a far sì che questo effetto così traumatico si verifichi solo in casi limite, vale a dire quando il bambino sia completamente abbandonato dai suoi genitori e dalla sua famiglia. Nello stesso tempo, sono stati posti requisiti ben precisi per gli aspiranti all'adozione, nell'intento di dare al minore abbandonato una nuova famiglia stabile, in cui sono presenti entrambe le figure dei genitori, una famiglia in grado di offrire le migliori garanzie di riuscita dell'adozione.

In tal modo, tuttavia, restavano fuori del campo di applicazione dell'istituto una serie di situazioni di confine, con il rischio che in tali evenienze il bambino, rimasto privo di valide figure di genitori, non potesse trovare sostituti adeguati.

L'adozione in casi particolari è stata introdotta dalla l. n. 184/1983 proprio per realizzare il diritto del minore ad una famiglia in casi in cui, pur se non ricorrono le condizioni per l'adozione piena del minore, è comunque necessario od opportuno procedere all'adozione (2).

Note:

(1) Sull'evoluzione dei modelli normativi in materia di adozione, v. L. Lenti, *Introduzione. Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva,* in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, III, *Filiazione* a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani, II ed., Milano 2011, 767 ss. Sull'evoluzione storica dell'assistenza ai minori, v. M. Dogliotti, *Adozione di maggiorenni e minori,* in *Codice civile. Commentario,* fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano 2002, 6 ss.

(2) Tra i primi commenti, cfr. C. Ebene Cobelli, *Adozione e affidamento dei minori, sub art. 44, l. n. 184/1983*, in *Nuove leggi civ. comm.*, a cura di M. C. Bianca, F. D. Busnelli, G. Franchi, S. Schipani, 1984, 172 ss.; M. Bessone e G. Ferrando, voce *Minori e maggiori di età (adozione dei*), in *Noviss. dig. it., App.*, V, To-

(segue)

Si tratta di ipotesi di adozione particolari, ma non eccezionali, in quanto anche questo tipo di adozione, al pari dell'adozione piena, mira a tutelare il preminente interesse del minore, inserendolo in una famiglia che si prenda cura di lui. La funzione è pur sempre quella di garantire al bambino un ambiente familiare idoneo al suo sviluppo (3).

Secondo l'art. 44 l. adoz. i minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni previste dall'art. 7, c. 1 nei quattro casi ivi indicati. Si tratta dell'adozione dell'orfano da parte dei parenti o di chi già avesse con lui un rapporto stabile e duraturo (lett. a); dell'adozione del figlio del coniuge (lett. b); dell'adozione del minore (abbandonato) per il quale risulti tuttavia impossibile procedere ad affidamento preadottivo (lett. d). A queste ipotesi è stata aggiunta, con la riforma del 2001, l'ulteriore ipotesi del minore affetto da handicap ai sensi della legge del 1992, che sia orfano di padre e di madre (lett. c), ipotesi quest'ultima piuttosto discussa in dottrina (4).

Nei casi sub a) e b) il minore non si trova in stato di abbandono e si vuole dare stabilità e certezza a rapporti affettivi già esistenti. Quando il bambino resta orfano, l'adozione da parte di uno zio, di un cugino, di un amico di famiglia, o di un insegnante può inserirlo in una nuova famiglia senza sradicarlo dal suo ambiente, dalla trama di affetti, di relazioni sociali che lo circondano e senza interrompere i rapporti anche giuridici con la famiglia d'origine, cosa che sarebbe dolorosa e inutile.

L'adozione da parte del coniuge del genitore può essere disposta sia nel caso di morte dell'altro genitore, sia in caso di divorzio o annullamento, cui siano seguite nuove nozze, sia nel caso di figlio naturale dell'altro coniuge. È il coniuge che sovente svolge di fatto il ruolo di padre o di madre del bambino, rappresenta per lui il punto di riferimento psicologico e sociale. L'altro genitore, anche quando resta presente sulla scena, spesso condivide con il genitore di fatto le proprie responsabilità. L'adozione, in tal caso, dà veste giuridica ad un rapporto già esistente. In Italia manca una disciplina dei rapporti che si instaurano nelle c.d. famiglie ricomposte (o ricostituite) sulle ceneri di precedenti unioni (5). La figura del genitore di fatto, o sociale che dir si voglia, resta sospesa in un'aurea di indeterminatezza, che certo non giova allo stesso bambino. L'assunzione di responsabilità educative da parte del secondo marito o del nuovo partner della madre è attualmente priva di qualsiasi forma di garanzia che stabilizzi un rapporto spesso importante nella formazione della personalità del figlio. Né sono previste regole che prevengano o compongano attriti e conflitti che possono insorgere nella gestione di rapporti parentali complessi (6). L'adozione in casi particolari costituisce attualmente l'unico modo per dare veste giuridica a rapporti genitoriali di fatto. Con l'adozione il secondo marito assume obblighi giuridici ben precisi nei confronti del bambino, ma non si spezza il rapporto con l'altro genitore.

Nel caso, invece, di "impossibilità di affidamento preadottivo" il legislatore pensava a bambini "difficili", dichiarati in stato di adottabilità, e quindi abbandonati, i quali tuttavia, a causa dell'età non più tenerissima, delle condizioni di salute, o di altri problemi, non riescono a trovare una famiglia idonea, e per i quali può essere conveniente l'adozione da parte di una persona non sposata o di una coppia che non possieda alcuni dei requisiti (ad esempio di età) per l'adozione piena.

A queste ipotesi la l. n. 149/2001 ha aggiunto quella

Note:

(continua nota 2)

rino 1984, 82 ss.; G. Cattaneo, voce *Adozione*, in *Dig. IV disc. priv., sez. civ.*, I, Torino 1987, 116 ss.; R. Tommasini, *Commento agli artt. 44-57 della legge sull'affidamento e adozione dei minori*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da G. Cian, G: Oppo, A. Trabucchi, VI, 2, Padova 1993, 456; L. Rossi Carleo, *L'affidamento e le adozioni*, in *Trattato di diritto privato diretto* da P. Rescigno, IV, II ed., Torino 1997, p. 462 ss.; A. Giusti, *L'adozione dei minori in casi particolari,* in *Il diritto di famiglia. Trattato* diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, III, II ed., Torino, 2007, 455 ss., M. Dogliotti, *L'adozione in casi particolari*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, IV, Torino, 1999, pp. 397 ss.; M. Dogliotti, *Adozione di maggiorenni e minori*, in *Codice civile. Commentario,* fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano 2002, 797 ss.; A. e M. Finocchiaro, *Adozione e affidamento dei minori*, Milano 2001, 135 ss.; G. Collura, *L'adozione in casi particolari*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, II, *Filiazione* a cura di G. Collura, L. Lenti e M. Mantovani, cit., 995 ss.; Ciraolo, *Dell'adozione in casi particolari e dei suoi effetti*, in L. Balestra (a cura di), *Della famiglia. Leggi collegate*, in *Commentario al codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, 249 ss.; P. Morozzo della Rocca, *L'adozione dei minori e l'affidamento familiare*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, *III. Filiazione e adozione*, Bologna, 2007, 587 ss.; E. Urso, *L'adozione in casi particolari, ivi*, 765 ss.

(3) Collura, *L'adozione in casi particolari*, cit., 995 ss.

(4) V., ad esempio, Morozzo della Rocca, *L'adozione dei minori e l'affidamento familiare*, cit., 646 ss.

(5) S. Mazzoni (a cura di), *Nuove costellazioni familiari. Le famiglie ricomposte*, Milano 2002 (in particolare, i saggi di I. Théry, J. Rubellin Devichi, P. Rescigno); G. Ferrando, *Famiglie ricomposte e nuovi genitori*, in *Giur. it.,* 2007, 121 ss.; A. De Mauro, *Le famiglie ricomposte*, in *Familia*, 2005, 767; Ang. D'Angelo, *La famiglia del XXI secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, in D. Amram e Ang. D'Angelo, *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione europea, Quaderni della Riv. dir. civ.*, Padova, 2011, 13 ss.

(6) Al di fuori di essa, restano spazi all'autonomia delle parti: v. P. Rescigno, *Nuove prospettive giuridiche per le famiglie ricomposte*, in S. Mazzoni (a cura di), *Nuove costellazioni familiari. Le famiglie ricomposte* cit., 69 ss.

del bambino handicappato che sia rimasto orfano (lett. c)) e per il quale non sia ovviamente possibile procedere all'adozione a favore di un parente o di un'altra persona già legata a lui da rapporti di affetto (lett. a)). Anche in tal caso può essere conveniente l'adozione da parte di un singolo o di una coppia priva di qualche requisito.

L'adozione in casi particolari intende dunque dare attuazione al preminente interesse del minore ad essere accolto in una famiglia in ipotesi tipiche e circoscritte ed utilizzando a tale scopo uno strumento giuridico dotato di effetti più limitati (7).

La particolarità delle situazioni giustifica una deroga alle regole generali sia per quanto riguarda i requisiti degli adottanti (8); sia per quanto riguarda gli effetti ed il procedimento in buona sostanza mutuati dal modello tradizionale di adozione. L'adottato, infatti, diviene figlio adottivo dell'adottante, ma non instaura rapporti con i parenti di questi, non interrompe i rapporti con la sua famiglia di origine e si limita ad aggiungere il cognome dell'adottante al proprio (9). Quanto alla struttura, si tratta di un'adozione consensuale, sia pur con un più accentuato controllo giudiziale (10).

Il consenso è prestato personalmente dall'adottando se questi ha compiuto di 14 anni, altrimenti va sentito il suo legale rappresentante (11). In ogni caso deve essere sentito l'adottando che ha compiuto dodici anni ed anche di età inferiore, in relazione alla sua capacità di discernimento.

Occorre inoltre l'assenso dei genitori e del coniuge dell'adottando. Il tribunale può ovviare alla mancanza di tali assensi e pronunciare egualmente l'adozione quando ritenga il rifiuto ingiustificato e contrario all'interesse dell'adottando, ma non può farlo ove manchi «l'assenso del genitore esercente la potestà» (12).

La varietà di applicazioni

L'adozione in casi particolari ha costituito, nelle intenzioni del legislatore, una sorta di valvola di sicurezza grazie alla quale dare una famiglia a minori che si trovavano in situazioni in cui il ricorso all'adozione piena non era opportuno (orfano, figlio del coniuge) o possibile (minori per i quali risultava impossibile l'affidamento preadottivo). Questa attitudine a rispondere a bisogni tutela, per così dire, *border line* si è manifestata nell'applicazione che ne è stata data in sede giudiziaria, in situazioni ben lontane da quelle che il legislatore aveva immaginato.

All'adozione in casi particolari si è fatto ricorso, prima della legge 40/2004, nel caso di bambino nato grazie all'apporto di una madre sostituta, riconosciuto dal padre e poi adottato ex art. 44 dalla moglie di lui (13); per dare veste giuridica, in Italia, a rapporti costituiti all'estero sulla base di istituti, come la *Kafalah* di diritto islamico, sconosciuti alla nostra tradizione giuridica (14); per rendere possibile il

Note:

(7) G. Collura, *L'adozione in casi particolari* cit., 725 ss; L. Rossi Carleo, *Affidamento e adozione*, cit., 462 ss.

(8) L'adozione in casi particolari si caratterizza per un minor rigore nei requisiti degli adottanti. Al di fuori del caso di adozione da parte del coniuge del genitore, l'adozione è permessa oltre che ai coniugi anche a chi non è coniugato. Se l'adottante è persona coniugata e non separata, l'adozione può tuttavia essere disposta solo a favore di entrambi i coniugi. In ogni caso la presenza di figli legittimi non è di ostacolo all'adozione (art. 44, comma 2). È possibile procedere a più adozioni, anche con atti successivi (art. 294 c. c.).
Anche i requisiti di età dell'adottante sono meno rigidi in quanto solo nel caso di adozione dell'orfano (lett. a)) ed in quello di constatata impossibilità di affidamento preadottivo (lett. d)) è necessaria una differenza di età di almeno diciotto anni. Il requisito di età è stato modificato dalla l. n. 149/2001. Al riguardo, v. Corte cost. 2 febbraio 1990, n. 44, in *Giur. cost.*, 1990, 176, che aveva dichiarato illegittima la previgente disciplina là dove, anche nel caso di adozione del coniuge, non prevedeva deroghe alla differenza i età di diciotto anni.

(9) Dato che l'adozione in casi particolari riguarda un minore, è stata disciplinata la potestà (art. 48): l'adottante assume la potestà sull'adottato. Se l'adozione è effettuata da coniugi, o dal coniuge del genitore, la potestà è esercitata in comune. L'adottante assume le responsabilità proprie del genitore: ha l'obbligo di provvedere al mantenimento, all'istruzione, all'educazione dell'adottato, secondo il disposto dell'art. 147 c.c. (v. cap.). Se il minore ha dei beni, l'adottante ne amministra il patrimonio con l'obbligo di fare l'inventario (artt. 48, 49). Nel senso che l'adozione del figlio del coniuge comporta per l'adottante l'assunzione di un obbligo primario di mantenimento, rimanendo residuale quello dell'altro genitore, v. Cass. 30 gennaio 1998, n. 978, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1955

(10) Il procedimento di adozione è più snello rispetto a quello disciplinato dagli artt. 8 ss. della legge sull'adozione. Competente è il Tribunale per i minorenni del distretto in cui il minore si trova, che deve verificare l'esistenza dei requisiti prescritti, e valutare se l'adozione risponde al preminente interesse del minore. A tal fine può disporre le indagini opportune, tramite i servizi sociali e gli organi di pubblica sicurezza. Tali indagini debbono riguardare in modo particolare: a) l'idoneità affettiva e la capacità di educare, istruire il minore, la situazione patrimoniale ed economica, la salute e l'ambiente familiare degli adottanti; b) i motivi per i quali l'adottante desidera adottare il minore, c) la personalità del minore; d) la possibilità di idonea convivenza, tenendo conto della personalità dell'adottante e del minore (art. 57).

(11) V. Corte cost. 18 febbraio 1988, n. 12, in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 680, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittima la precedente disciplina che richiedeva il consenso del legale rappresentante.

(12) Cass. 26 luglio 2000, n. 9795, in *Giust. civ.*, 2001, 432; Trib. Roma 30 gennaio 1991, in *Giur. merito*, 1991, I, 735

(13) Trib. min. Roma 31 marzo 1992, in *Dir. fam. pers.*,1993,188; App. Salerno 15 novembre 1991, *ivi*,1992,1052 e in *Nuova giur. civ. comm.*,1994,I, con nota di Bitetti.

(14) Trib. min. Trento 5 marzo 2002 e Trib. min. Trento 10 settembre 2002, in *Nuova giur. civ. comm.* 2003, 149, con nota di Long. Si v. anche App. Venezia 9 febbraio 2011, in questa *Rivista,* 2011, 6, 847 con nota di P. Morozzo della Rocca.

passaggio dall'affidamento all'adozione a favore degli affidatari in quei casi in cui la situazione di abbandono definitivo si manifesta tardivamente, dopo che tra minore e affidatario si è stabilito un rapporto familiare meritevole di protezione (15); per fronteggiare situazioni di "semiabbandono permanente", con forme di adozione che non spezzino completamente relazioni esistenti con la famiglia di origine (16); per formalizzare i rapporti nati all'interno di "famiglie ricostituite"; per rendere efficaci in Italia adozioni compiute da persone singole all'estero (17). Altre applicazioni si potranno prospettare in futuro se solo si pensa all'aspirazione delle coppie gay o lesbiche di crescere figli propri e dunque di stabilire legami giuridici con il figlio biologico del partner o di adottarne insieme. Lo stesso interesse del bambino richiede in alcune di queste situazioni che il rapporto familiare di fatto esistente con il partner riceva tutela in occasione di una eventuale crisi della coppia o della morte del genitore biologico. Una interessante questione di legittimità costituzionale è stata sollevata dalla Corte di Appello di Amburgo a proposito della legge tedesca che ammette l'adozione da parte del partner del figlio biologico, ma non di quello adottivo dell'altro (18). La Convenzione di Strasburgo 2008, che sostituirà, una volta entrata in vigore, la precedente Convenzione sull'adozione di minori del 1967, dispone che gli Stati debbano prevedere l'adozione da parte di persone sole ed ammette, come facoltativa, la possibilità di adozione da parte di coppie omosex. Già oggi ci possiamo chiedere se il partner omosessuale possa adottare il figlio dell'altro dopo la morte del genitore ex art. 44, a) e la risposta dovrebbe essere affermativa anche alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (19).

Problemi e ambiguità

Con questa grande duttilità dell'adozione ex art. 44 fa contrasto, tuttavia, la disciplina dell'istituto, ed ancor prima il modo stesso in cui esso è stato concepito dal legislatore in un'ottica che singolarmente guarda al passato più che al futuro.

Nel commentare la legge appena approvata si era criticato il regime degli effetti di questo tipo di adozione: perché mai l'orfano adottato dai parenti di uno dei genitori, o dal coniuge, non può stabilire con l'adottante un rapporto pieno ("legittimante"), pur senza troncare quelli con l'altro ramo parentale? E soprattutto perché il bambino abbandonato, ma per il quale risulti impossibile l'affidamento preadottivo, deve conservare i rapporti con la sua famiglia di origine e non può diventare figlio legittimo dell'adottante? Proprio quel bambino che si trova in una situazione più difficile, finisce per ricevere una tutela ridotta (20).

La risposta stava in quello che più tardi è stato definito il "dogma" dell'unicità dello stato di figlio legittimo (21), «secondo il quale nessuno può essere membro - né esistenzialmente, né giuridicamente - di due diverse famiglie» (22). E nessuno può essere figlio legittimo se non di una coppia di coniugi. Si tratta un'idea astratta, che poco ha a che fare con la concreta vicenda esistenziale di bambini in difficoltà, l'idea per cui sarebbe "contraddittorio" istituire un rapporto di filiazione legittima senza troncare quello precedentemente esistente, né sarebbe possibile una filiazione legittima se non all'interno di una coppia coniugata. Evidentemente l'idea che i figli sono tali a prescindere dal tipo di rapporto che sussiste tra i genitori, a prescindere dalla sua qualifica come matrimoniale oppure no, fa fatica ad affermarsi.

Se ne ha riprova in una recente sentenza della Corte di cassazione (23), che ammette il riconoscimento dell'adozione legittimante pronunciata all'estero a favore di una donna single solo come adozione in casi particolari, considerando appunto come principio di ordine pubblico quello secondo cui "l'adozione legittimante è consentita solo a coniugi uniti in

Note:

(15) Trib. min. Roma 18 marzo 1985, in *Dir. fam. pers.*, 1985, p. 620; Trib. min. Genova 14 ottobre 1995, in *Fam. dir.*, 1996, 346, con nota di P. Morozzo della Rocca; Trib. min. Roma 22 giugno 1987, in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 947.

(16) Al riguardo v. App. Genova 1° dicembre 1995, in *Fam. dir.*, 1996, 147, con nota di Figone e v. la casistica illustrata da P. Morozzo della Rocca, *Adozione "*plena, minus plena*" e tutela delle radici del minore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 683.

(17) Da ultimo, v. Cass. 14 febbraio 2011, n. 3572, in *Foro it.*, 2011, I,728, con nota di De Marzo, in *Fam. dir.*, 2011, 697, con nota di M. A. Astone.

(18) Hanseatisches Oberlandesgericht, 22 dicembre 2010, in corso di pubblicazione in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, con commento di F. Brunetta d'Usseaux.

(19) Nella sentenza *E. B. c. Francia* (22 gennaio 2008) la Corte EDU condanna lo Stato convenuto per violazione dell'art. 14 CEDU in combinato disposto con l'art. 8 per aver considerato una persona *single* inidonea all'adozione in ragione della sua omosessualità, operando così un sostanziale *revirement* rispetto a quanto affermato sei anni prima nella sentenza *Fretté c. Francia* (26 febbraio 2002). V. inoltre Corte EDU *Kozak c. Polonia*, 2 marzo 2010.

(20) Bessone e Ferrando, Voce *Minori e maggiori di età (adozione dei)*, cit. In questo stesso senso, v. Dogliotti, *Affidamento e adozioni*, cit., 310.

(21) V. G. Cattaneo, voce *Adozione*, cit.

(22) V. Paolo Morozzo della Rocca, *L'adozione dei minori. Presupposti ed effetti*, cit., 643 ss., 655.

(23) Cass. 14 febbraio 2011, n. 3572, cit.

matrimonio" (24). Il caso è il seguente: una cittadina italiana, residente all'estero, ha ottenuto in Russia l'adozione di una minore. Si tratta di un'adozione legittimante, che interrompe i rapporti della bimba con la famiglia di origine. Tornata in Italia l'adottante ne chiede il riconoscimento come adozione legittimante, ma i giudici di merito, con sentenza confermata in Cassazione, riconoscono il provvedimento straniero soltanto come adozione in casi particolari ex art. 44 l. adoz. (25)
Di fronte ad un caso di questo genere viene da chiedersi qual è la buona ragione per cui un bambino che secondo la sua legge nazionale non ha più una famiglia di origine ed è figlio legittimo dell'adottante, in Italia non deve poter ottenere il riconoscimento del suo *status*, ma solo un'adozione "minore" che non gli attribuisce lo stato legittimo e non lo inserisce a pieno titolo nella famiglia dell'adottante. L'interesse del bambino infatti chiaramente ci dice che per lui sarebbe preferibile l'adozione piena: non c'è nessuna famiglia di origine da salvaguardare, l'adottante è la sua sola famiglia. Viene da chiedersi se il «principio regolativo del diritto di famiglia e dei minori» debba essere considerato quello per cui l'adozione è riconosciuta solo a favore di una coppia di coniugi (come ritiene la Corte di cassazione) o non invece quello per cui il bambino ha diritto alla piena tutela delle sue relazioni familiari. Una risposta ci viene dalla Corte di Strasburgo che, in una recente pronuncia, ha ritenuto sussistere una violazione dell'art. 8 (diritto al rispetto delle relazioni familiari) nel rifiuto di adozione piena di una minore adottata all'estero da una persona singola e la cui adozione è stata riconosciuta in Lussemburgo solo come adozione semplice (26).

Il caso e la decisione della Suprema Corte

Anche la decisione in commento esibisce scarsa attenzione per il reale interesse del bambino in omaggio alla liturgia astratta dei concetti e dei dogmi.
Il caso è il seguente. Da una breve relazione extraconiugale nasce un bambino che viene riconosciuto dal padre. La relazione tuttavia entra in crisi già prima della nascita in quanto la madre si riconcilia con il marito il quale sostanzialmente fa da padre al bambino e intende formalizzare questo suo ruolo.
Alla domanda di adozione presentata dal marito tuttavia si oppone il padre naturale il quale lamenta che i suoi tentativi di frequentazione del figlio erano falliti per via degli ostacoli frapposti dalla madre, al punto che egli aveva dovuto rivolgersi al Tribunale per i minorenni per far valere il proprio diritto di visita. La domanda di adozione, accolta in primo grado, viene respinta in appello nell'assunto che, in se-

Note:

(24)Sull'adozione da parte del singolo, v. le sentenze relative al noto caso Di Lazzaro: Corte cost. n. 183 del 1994 (che ha escluso che l'art. 6 sia norma autoapplicativa); Cass. 21 luglio 1995, n. 7950, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 697.

(25) Sul riconoscimento come adozione in casi particolari dell'adozione pronunciata all'estero a favore di persona single, v. Corte cost. 29 luglio 2005, n. 347. La Corte costituzionale chiarisce che il diritto del minore abbandonato ad avere una famiglia in difetto di quella di sangue riguarda anche gli stranieri e che limitare l'adozione internazionale alle sole coppie comporterebbe una grave discriminazione a danno dei bambini stranieri (va inoltre ricordato che la Corte costituzionale aveva condiviso una lettura estensiva dell'ipotesi a suo tempo prevista dalla lettera c), art. 44, secondo cui la "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" non presuppone necessariamente la dichiarazione dello stato di abbandono nonché il vano tentativo di affidamento almeno quando il minore venga chiesto in adozione da parenti entro il quarto grado idonei a fornirgli l'assistenza morale e materiale di cui ha bisogno: Corte cost. 7 ottobre 1999, n. 383. In precedenza in questo senso, Cass. 8 novembre 1994, n. 9278, in *Dir. fam. pers.*, 1995, 987. A questa interpretazione si sono attenuti in diverse occasioni i giudici di merito che hanno pronunciato l'adozione semplice del minore adottato all'estero da persona singola: da ultimo Trib. Min. Caltanissetta 18 luglio 2011, *De iure*. Anche la Corte di Cassazione aveva condiviso questa interpretazione, ritenendo che sia possibile per la persona singola procedere ad adozione internazionale ai sensi dell'art. 44, anche se nella specie l'adozione era stata rifiutata per mancanza delle condizioni di ammissibilità prescritte: Cass. 18 marzo 2006, n. 6078, in *Foro it.*, 2006, I, 1726.

(26) *Wagner c. Lussemburgo*, 28 giugno 2007. Nel caso di specie la signora Wagner aveva ottenuto in Perù l'adozione piena di una bambina di tre anni. Rientrata in Lussemburgo, dove nel frattempo aveva dato alla luce una bambina, chiede il riconoscimento dell'adozione peruviana. I giudici respingono la domanda di adozione piena e concedono l'adozione semplice nell'assunto che, essendo l'adottante di nazionalità lussemburghese, sulla base delle norme interne di conflitto si deve applicare la legge del Lussemburgo e tale legge vieta l'adozione piena da parte del singolo.
Anche il ricorso alla Corte costituzionale non ha successo. La Corte di Strasburgo ritiene che in tal modo sia stata commessa una violazione dell'art. 8 della CEDU che garantisce il rispetto della vita familiare. A sentire la Corte, infatti, tra adottante ed adottato si è costituito con l'adozione peruviana un legame familiare protetto dall'art. 8. Lo *status* legalmente costituito all'estero e corrispondente ad una vita familiare di fatto esistente non può essere ragionevolmente misconosciuto dallo Stato nazionale dell'adottante (132). Tale rifiuto di riconoscimento costituisce un'interferenza ingiustificata nella vita familiare, alla luce del preminente interesse del bambino.
Il margine di discrezionalità degli Stati è infatti ridotto quando si è raggiunto un ampio consenso tra gli Stati del Consiglio d'Europa; ed è un dato di fatto che nella maggior parte dei 46 Stati, con poche eccezioni tra cui l'Italia, l'adozione da parte di persona singola è ammessa. La Corte, per quanto non possa sostituirsi nel giudizio alle competenti autorità dello Stato ritiene tuttavia che il rifiuto di riconoscimento non tenga conto delle effettiva realtà sociale (132), che sia irragionevole il mancato riconoscimento di uno status legalmente costituito all'estero ed il rapporto familiare di fatto esistente tra la madre ed il figlio.
D'altra parte, i rapporti con la famiglia d'origine sono stati cancellati dalla pronuncia di adozione. Se essi non vengono ricostituiti con la nuova famiglia, il minore si trova in una situazione "vuota", di mancanza di tutela, che non è rimediata dalla disponibilità di un'adozione semplice. Questo determina anche una ingiustificata discriminazione ai sensi dell'art. 14 CEDU.

guito alla modifica dell'art. 317 *bis* c.c., operata dalla l. n. 54/2006, anche al padre naturale, sia pur non convivente, spetta l'esercizio della potestà e dunque il diniego di assenso da parte sua ha effetto preclusivo rispetto alla domanda di adozione. Per l'adozione in casi particolari, infatti, è sempre necessario l'assenso dei genitori dell'adottando, dal quale tuttavia il giudice può decidere di prescindere, nell'interesse del minore. Ma questa facoltà gli è preclusa quando è richiesto l'assenso del genitore esercente la potestà (art. 46, l. adoz.).

La Corte di Cassazione condivide questa lettura del combinato disposto degli artt. 46 l. adoz. (per cui il mancato assenso del genitore esercente la potestà non può essere superato da una diversa valutazione del giudice) e dell'art. 317 *bis* (per cui, nel caso in cui i genitori non abbiano mai convissuto, «l'esercizio della potestà spetta al genitore con cui il figlio convive»).

A sentire la Corte, infatti, la legge n. 54 del 2006 - relativa all'affidamento condiviso dei figli di genitori separati - avrebbe "riplasmato" l'art. 317 bis c.c. con la conseguenza che l'esercizio della potestà spetta al genitore naturale che ha riconosciuto anche quando non abbia mai convissuto con il figlio. Il principio di bigenitorialità avrebbe infatti «informato di sé il contenuto precettivo della citata norma, eliminando ogni difformità di disciplina tra figli legittimi e naturali cosicché la cessazione della convivenza non conduce più alla cessazione dell'esercizio della potestà».

Il ragionamento della Corte è, dunque, il seguente: la legge n. 54 ha innovato l'art. 317 bis, il genitore naturale non convivente ora esercita la potestà e quindi il suo assenso non può più essere superato (ex art. 46 legge adoz.) da una diversa valutazione del giudice.

L'interpretazione dell'art. 317 *bis* c.c.

La pronuncia della Corte si segnala per aver preso posizione sull'interpretazione dell'art. 317 *bis* c.c. dopo la novella del 2006 (27). Va peraltro osservato che ad una considerazione più attenta la questione non sembra decisiva ai fini della soluzione del caso, dovendosi ritenere il padre non convivente "esercente la potestà" (sia pure in modo non paritario) già prima della novella.

Ma procediamo con ordine. A sentire la Corte «la diversa regolamentazione dei rapporti fra genitori e figli, introdotta con la L. n. 54 del 2006, pur non interferendo sulla competenza del Tribunale per i minorenni, assume, anche per quanto concerne la filiazione naturale, efficacia pervasiva, e, pertanto, implicitamente abrogante di ogni contraria disposizione di legge».

La Corte muove da una lettura della legge n. 54 ispirata al principio del preminente interesse del figlio («I cardini del nuovo assetto normativo vanno individuati nella maggiore centralità che assume l'interesse della prole rispetto alle conseguenze della disgregazione del rapporto di coppia. Di regola, la necessità per i figli di mantenere un rapporto costante ed assiduo con ciascuno dei genitori - gravida di risvolti affettivi, educativi, psicologici, materiali e morali - si riflette nell'istituto dell'affidamento condiviso, e, quindi, in una più intensa e comune attribuzione di responsabilità agli stessi nell'educazione della prole che prescinde, quando non ne subisca in misura rilevante le conseguenze negative, dalla crisi coniugale») e correttamente osserva che la legge «in conformità a quanto stabilito dall'art. 18 della Convenzione di New York, consente di considerare l'istituto della potestà genitoriale non più come esercizio di un diritto-dovere, in una posizione di supremazia, bensì di una comune e costante assunzione di responsabilità nell'interesse esclusivo della prole».

L'altro principio ineludibile di riferimento è quello della eguaglianza tra figli legittimi e naturali, al quale evidentemente si è ispirato l'art. 4 della legge nel disporre che le nuove regole si applicano anche «ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati» («In altri termini, il principio della bigenitorialità, pur nelle significative differenze riscontrabili fra l'intervento giudiziale nella crisi riguardante i genitori coniugati rispetto a quelli naturali, ha informato di sé il contenuto precettivo dell'art. 317 bis c.c., eliminando ogni difformità di disciplina fra figli legittimi e naturali, altrimenti non giustificabile»).

Nota:

(27) Al riguardo, v. L. Balestra, *Affidamento congiunto: l'imperdonabile balletto delle competenze,* in *Fam. e minori,* 2006, 1, 9 ss.; Id., *Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso*, cit., 655; M. Dogliotti, *Filiazione naturale e affidamento condiviso*, in *Fam. e dir.,* 2006, 403; E. Quadri, *Affidamento dei figli*, cit., 395; F. Ruscello, *La tutela dei figli nel nuovo "affido condiviso"*, in *Familia,* 2006, 625; P. Schlesinger, *L'affidamento condiviso è diventato legge!,* cit., 301; M. Sesta, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso,* in Fam. e dir.., 2006, 377.
Quanto alla giurisprudenza, la S.C., nella sentenza in epigrafe intende dare continuità all'orientamento espresso in particolare da Cass., ord., 3 aprile 2007, n. 8362, in questa *Rivista,* 2007, 7, 945 con note di L. Salvaneschi e L. Balestra; in *Fam. dir.*, 2007, 446, con nota di Tommaseo, *Filiazione naturale ed esercizio della potestà: la Cassazione conferma (ed amplia) la competenza del Tribunale minorile*; in *Fam. pers. succ.,* 2007, 508, con nota di Danovi, *Affidamento e mantenimento dei figli naturali: la Cassazione sceglie il giudice minorile;* in *Familia*, 2008, 157, con nota di Ferrando, *Potestà sui figli naturali e competenza del tribunale minorile.*

Principio di bigenitorialità e necessaria eguaglianza tra figli legittimi e naturali inducono la Corte ad accogliere la tesi per cui la nuova legge avrebbe sostanzialmente abrogato l'art. 317 *bis*, introducendo il principio dell'affidamento congiunto anche nel caso in cui i genitori non abbiano mai convissuto (28).

A sentire la Corte, «dalla previsione dell'art. 155 c.c., comma 3, e art. 317 c.c., comma 2, (risulta che) l'esercizio della potestà da parte di entrambi i genitori ricorre tanto nell'affidamento condiviso, quanto in quello esclusivo». «Far dipendere, poi, l'esercizio della potestà genitoriale da circostanze del tutto estrinseche ed eventuali, quali la sussistenza di una crisi del rapporto di coppia, ovvero il contrasto in merito all'affidamento, significa trascurare quella nuova dimensione, sopra evidenziata, che l'istituto della potestà dei genitori assume in funzione della riaffermata centralità dell'interesse della prole».

A sentire la Corte «con l'espressione "procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati", il legislatore ha inteso disciplinare tutti i rapporti fra genitori e figli naturali, senza alcuna limitazione - in relazione a una materia nella quale, giova ancora una volta ribadirlo, l'intervento del giudice non presenta i caratteri di imprescindibilità rinvenibili nella regolamentazione della crisi delle coppie coniugate (Cass., 20 aprile 1991, n. 4273) -, alle ipotesi caratterizzate da controversie in atto. Di certo non può e non deve escludersi un intervento giudiziale, sia in caso di disaccordo, sia per dettare, nell'interesse esclusivo del minore, una disciplina difforme rispetto alle previsioni di cui all'art. 155 c.c., comma 3».

Sulla base di questi principi la Corte ritiene che la nuova legge non si sarebbe limitata ad integrare l'art. 317 *bis* con la previsione secondo cui «la cessazione della convivenza tra i genitori naturali non conduce più alla cessazione dell'esercizio della potestà, perché la potestà genitoriale è ora esercitata da entrambi genitori, salva la possibilità per il giudice di attribuire a ciascun genitore il potere di assumere singolarmente decisioni sulle questioni di ordinaria amministrazione». La nuova legge avrebbe completamente riplasmato l'art. 317 bis attribuendo sempre ad entrambi i genitori l'esercizio congiunto della potestà, dovendosi intendere l'art. 4 come riferentesi «a tutti i rapporti tra genitori e figli naturali, senza alcuna limitazione».

Questa lettura del combinato disposto degli artt. 155, 317 bis c.c. e 4 l. n. 54 a mio giudizio non convince. Intanto con tale lettura si trascura di considerare che la legge n. 54 ha ad oggetto «Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli» e che, conseguentemente, essa opera una modifica dell'art. 155 c.c., introducendo poi gli artt. 155 *bis-sexies*. Per effetto dell'art. 4 della legge, queste norme si applicano non solo alla separazione personale dei coniugi, ma anche all'annullamento del matrimonio, al divorzio e, per quanto qui interessa, «ai procedimenti relativi ai figli dei genitori non coniugati». Il fatto che il titolo della legge parli di separazione dei genitori, e non dei coniugi, e che allo stesso modo si esprima il primo comma dell'art. 155 è coerente con il proposito del legislatore di disciplinare, in modo eguale per tutti i figli, le conseguenze della separazione dei genitori. Si tratta non di un semplice dato letterale - come pare ritenere la S.C. - ma di un elemento sistematico. La legge giunge in tal modo a realizzare una disciplina unitaria delle conseguenze della separazione dei genitori nei confronti dei figli, coronando il lavoro di quella giurisprudenza che a tale esito era già giunta sia per quanto riguarda la parificazione degli effetti della separazione e del divorzio, sia per quel che riguarda la disciplina dell'affidamento dei figli in seguito alla cessazione della convivenza dei genitori naturali, in buona sostanza ricalcata su quella della separazione dei coniugi (29). In questo contesto l'art. 4, l.

Note:

(28) V., tra gli altri, Dogliotti, *Affidamento condiviso e filiazione naturale*, cit., 197 ss.

(29) Rinvio al mio *La filiazione. Note introduttive,* in Ferrando (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, cit, III, 3 ss. Nel diritto applicato, la gran parte delle regole dei rapporti tra genitori e figli dettate dal codice nell'ambito della disciplina dei diritti e doveri tra coniugi o della loro separazione è stata estesa dalla giurisprudenza anche a favore dei figli naturali. Così è stato per i diritti e doveri di natura personale (art. 147 c.c.), per la ripartizione degli oneri di mantenimento (art. 148 c.c.) (Ad esempio, Cass., 12 febbraio 1977, n. 774, in *Dir. fam. pers.*, 1977, 535; Id., 7 novembre 1981, n. 5874, in *Giust. civ.*, 1981, I, 2832; Id., 20 aprile 1990, n. 4273, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 634, con nota di Lenti, *Sulla collaborazione dei genitori al mantenimento del figlio naturale*; Id., 22 novembre 2000, n. 15063, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1296), per l'assegnazione della casa familiare (Corte cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 679, con nota di Ferrando. Quanto alla trascrivibilità del relativo provvedimento, v. Corte cost., 21 ottobre 2005, n. 394, in *Riv. not.*, 2006, 459, con nota di Carlini), ed il sequestro (art. 155 c.c.) (Corte cost., 18 aprile 1997, n. 99, in *Giur. cost.*, 1997, 977. Quanto all'ordine al terzo debitore di pagare direttamente al figlio una parte delle somme che spettano al genitore, cfr. Trib. Min. Venezia, 27 novembre 1986, in *Giur. merito*, 1986, I, 639; Trib. Messina, 10 maggio 1991, in *Giust. civ.*, 1992, I, 2899; Cass., 26 settembre 1987, n. 7285, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Filiazione*, n. 89). Ciò è stato possibile grazie all'interpretazione evolutiva delle norme della riforma del 1975 alla luce dei principi costituzionali di eguaglianza tra figli legittimi e naturali e di garanzia del prevalente interesse del minore (artt. 2, 3, 30 Cost.) e nella cornice dell'art. 261 c.c., per il quale «il riconoscimento comporta da parte del genitore l'assunzione di tutti i doveri e di tutti i diritti che egli ha nei confronti dei figli legittimi». Grazie ad un'opera di autentica creazione giurispruden-

(segue)

n. 54 costituisce una norma di rinvio, non diversamente da quanto dispone l'art. 129 c.c. per quanto riguarda gli effetti dell'annullamento nei rapporti tra genitori e figli (30). Gli art. 155 ss. c.c. non entrano, sdoppiandosi, nel contenuto normativo dell'art. 317-*bis*, rimodellandolo dall'interno, ma sono direttamente applicati ai figli naturali di genitori che cessano di convivere, allo stesso modo in cui sono direttamente applicati ai figli di genitori il cui matrimonio è annullato dal giudice civile od ecclesiastico (art. 129 c.c.).

Ne consegue una limitazione dell'ambito di applicazione dell'art. 317-*bis*, non la sua abrogazione, ma neppure un suo "arricchimento normativo". L'art. 317-*bis*, d'altra parte non ha mai disciplinato ogni aspetto della potestà sui figli naturali, dato che nel caso di genitori naturali conviventi si applicano le regole generali contenute nell'art. 316 c.c. (art. 317-*bis*, comma 2). L'art. 4 precisa il suo ambito di applicazione stabilendo che, quando i genitori naturali cessano di convivere, si applicano gli artt. 155 ss. c.c.. Non più dunque l'art. 317-*bis*, ma gli artt. 155 ss. cc.

Ritenere che la potestà sui figli di genitori non coniugati in occasione della rottura della vita comune sia regolata dagli artt. 155 ss. c.c., piuttosto che dall'art. 317-*bis*, ha, dal punto di vista civilistico, implicazioni di non poco conto.

Nella prospettiva dei principi e delle conseguenti scelte di tipo sistematico, significa intanto fare un passo avanti sulla via della unificazione della condizione giuridica dei figli nati nel e fuori del matrimonio, assoggettando gli uni e gli altri, anche formalmente, alla medesima disciplina.

Se l'unificazione dello *status* dei figli è nella direzione indicata dalla nostra Costituzione, oltre che nella linea condivisa in ambito europeo, appare preferibile interpretare la nuova legge come un passo ulteriore in questa direzione, rendendo dunque *direttamente* applicabili ai figli legittimi e naturali le stesse regole (gli artt. 155 ss. c.c.) - dal punto di vista formale, oltre che sostanziale - piuttosto che immaginare un ampliamento normativo delle regole specialmente dedicate ai figli naturali contenute nell'art. 317 *bis* c.c.

Per quanto riguarda, invece, la potestà sui figli naturali di genitori che non hanno mai convissuto, l'applicazione della regola della bigenitorialità, intesa come esercizio pieno e paritario delle responsabilità da parte di entrambi i genitori, non può essere il risultato di una scelta astratta del legislatore, ma deve essere il frutto di una decisione assunta in concreto dal giudice tenendo conto della situazione di ciascun minore e del suo effettivo interesse.

Un astratto egualitarismo non può infatti non far vedere quanto profondamente diverse siano la situazione di un bambino che nasce nell'ambito di una coppia (sposata o no, non importa) che da quel momento lo accoglie e lo cura, da quella di un bambino che alla nascita si trova a fianco un solo genitore (il più delle volte la madre). Questa seconda ipotesi abbraccia un ventaglio di situazioni reali molto diverse fra loro. Può trattarsi di nascita (in allarmante aumento numerico) da una coppia di giovanissimi; oppure di nascita da una donna sposata o da un uomo sposato; da un rapporto occasionale. Il riconoscimento paterno, poi, alle volte avviene subito, altre volte solo tardivamente, in alcuni casi non avviene affatto e la paternità è stabilita dal giudice (art. 269 c.c.). In questi ultimi casi l'affidamento condiviso non può costituire la "prima scelta" (31). Il genitore dovrà, per così dire, entrare in punta di piedi nella vita del figlio, sperando di essere accettato. Né potrà vantare un pari potere decisionale in forza del diritto alla bigenitorialità che la legge gli riconosce. Quando manchi l'accordo tra i genitori, il giudice dovrà regolare in concreto l'esercizio della potestà tenendo conto dell'interesse di ciascun bambino.

La giusta riaffermazione del principio di eguaglianza tra figli legittimi e naturali non può far trascurare le differenza di situazioni in cui possono questi ultimi venirsi a trovare nella varietà di casi concreti quando i genitori non convivono (32).

Note:

(continua nota 29)

ziale del diritto, nelle aule dei tribunali minorili ha preso forma un procedimento di affidamento dei figli nati fuori del matrimonio in occasione della rottura della vita comune mirante a regolare l'affidamento e gli altri aspetti della potestà dei genitori (Pret. Genova, 21 maggio 1981, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1459; Trib. Min. Bari, 11 giugno 1982, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 1339; App. Roma, 6 giugno 1992, *ivi*, 1993, 151. In seguito, cfr. Cass., 18 gennaio 1990, n. 233, in *Foro it.*, 1990, I, 455; Cass., sez. un., 25 maggio 1993, n. 5847, in *Giur .it.,* 1995, I, 1, 520; Trib. Min. Palermo, 18 novembre 1986, in *Dir. fam .pers.*, 1987, 700; Id., 9 gennaio 1987, *ivi*, 1987, 728; App. Venezia, 26 novembre 1990, in *Dir. fam. pers.*, 1991, 571; Trib. Min. L'Aquila 31 gennaio 1994, *ivi*, 1995, 1039; Trib. Min. Perugia, 1 marzo 1994, in *Rass. giur. umbra*, 1994, 619. *Contra* Trib. Reggio Calabria, 10 ottobre 1994, in *Dir. fam. pers.*, 1995, 611). È in questa sede, di controllo e ratifica degli accordi, che è stata accolta la stessa domanda di affidamento congiunto, che trova nell'accordo dei genitori un suo presupposto (Trib. Min. Perugia, 1 marzo 1994, cit.)..

(30) L'art. 129, nel disciplinare gli effetti dell'annullamento del matrimonio, al comma 2 dispone che «per i provvedimenti che il giudice adotta riguardo ai figli, si applica l'art. 155». Rinvio al mio, *Il matrimonio*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano 2002, 705 ss.

(31) Villa, *Potestà dei genitori*, in *Trattato Bonilini Cattaneo*, cit. vol. III., 333.

(32) Si consideri il caso deciso da Trib. min. Messina 27 ottobre 2009 (confermata da App. Messina 26 marzo 2010 e Cass. 19 maggio 2011, n. 11068), in *Fam. pers. succ.*, 2011,703, con no-

(segue)

Ciò non significa, si badi bene, che il genitore non convivente sia privato della potestà (o del suo "esercizio", secondo il dettato testuale dell'art. 317 bis c.c.). In questo ha ragione la S.C. quando afferma che «l'esercizio della potestà da parte di entrambi i genitori ricorre tanto nell'affidamento condiviso, quanto in quello esclusivo». L'affido monogenitoriale - ho notato in altra occasione - «non determina l'esclusione dell'altro dell'esercizio della potestà, determina tuttavia la limitazione dei suoi poteri a quelli individuati nel provvedimento giudiziale, con un "affievolimento" della sua posizione giustificata dall'eccezionalità della situazione» (33). In altri termini, anche nell'affido esclusivo c'è esercizio della potestà da parte dell'altro genitore, ma non esercizio paritario.

Le ragioni dell'equivoco: la distinzione tra titolarità ed esercizio della potestà

A questo punto è giunto il momento di dissipare l'equivoco attorno al quale ruota il ragionamento. È il momento di chiederci qual è il significato normativo della distinzione tra titolarità ed esercizio della potestà.

Nel sistema originario del codice civile del 1942, l'esercizio della potestà era riservato esclusivamente al padre (art. 316 c.c. abr.), mentre alla madre veniva riconosciuta la mera titolarità astratta, ma non l'esercizio. Il marito conservava tale prerogativa anche in seguito alla separazione personale, nonostante fosse generalmente la madre a tenere i figli presso di sé e a prendersi cura di loro (art. 155 c.c. abr.). Solo in caso di lontananza o altro impedimento che rendessero impossibile l'esercizio della potestà del padre, questa veniva esercitata dalla madre (art. 317 c.c. abr.) (34).

Nel suo celebre studio sulla filiazione, Antonio Cicu aveva messo in discussione il senso e l'utilità della distinzione per spiegare la disciplina positiva della potestà. A suo giudizio, infatti, l'attribuzione di una titolarità meramente astratta appariva incomprensibile là «dove la ragione di attribuzione del diritto è nel suo esercizio e questo esercizio è doveroso». La conclusione alla quale approdava era quella per cui si deve «ammettere che ambedue i genitori sono effettivamente investiti della patria potestà ed abbiano quindi il diritto dovere di esplicare le funzioni ad essa inerenti». Ovvio peraltro che, data la preminenza attribuita dal codice di allora alla posizione del marito in quanto capo della famiglia, si dovesse riconoscere una "preponderanza" della sua volontà (35).

Sulla scorta di queste indicazioni, la dottrina successiva concordava sulla "l'incongruità dell'astratta formula legislativa" che aveva come conseguenza quella «di lasciare aperto il problema (all'epoca quello dei poteri spettanti alla madre), che dovrà essere affrontato sulla base delle particolari disposizioni di legge in materia» (36).

L'attuazione del principio di eguaglianza tra i coniugi nei rapporti con i figli ha fatto giustizia di una distinzione tra titolarità ed esercizio della potestà che la dottrina più sensibile aveva messo in discussione già prima della riforma. Anche dopo la riforma, tuttavia, pur essendo la potestà non più patria, ma dei genitori, e quindi superate le discussioni sulla distribuzione dei poteri tra padre e madre, la distinzione tra titolarità ed esercizio è rimasta nel tenore letterale di alcune disposizioni: quelle relative alla potestà dei genitori separati (art. 317, comma 2), o naturali (art. 317 *bis)*, o alle situazioni di lontananza, incapacità, o altro impedimento (art. 317, comma 1).

Parte della dottrina, commentando la riforma del 1975, tendeva ad escludere che tali locuzioni avessero una vera e propria portata normativa, dovendosi desumere dal contenuto delle disposizioni in tema di separazione e divorzio quali effettivi poteri (di "esercizio") spettassero al genitore non affidatario (37).

Note:

(continua nota 32)

ta di Costanzo, che dispone l'affidamento esclusivo alla madre, rimettendo all'accordo dei genitori le decisioni di maggiore importanza, in un caso in cui l'eccessiva invadenza del padre naturale rischiava di "riverberarsi in pregiudizio per la serenità e il benessere psico-emotivo" della figlia. E v. anche, *ibidem*, Trib. Verona 11 febbraio 2009.

(33) Ferrando, *L'affido condiviso*, in Ferrando e Lenti, *La separazione personale dei coniugi,* in *Trattato teorico pratico di diritto civile* diretto da Alpa e Patti, Padova, 2011, 287 ss.

(34) Sulla patria potestà in prospettiva storica, cfr. F. Ruscello, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli,* in *Il nuovo diritto di famiglia,* cit., III, 75 ss.. Più ampiamente, Id., *La potestà dei genitori. I rapporti personali,* in *Il codice civile. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1996, 25 ss.; M. Dogliotti, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* fondato da Cicu e Messineo e diretto da Schlesinger, Milano, 2007, 3 ss.

(35) Al riguardo v. A. Cicu, *La filiazione*, *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, II ed.,Torino, 1958, 353. E v. inoltre A. Pelosi, *La patria potestà*, Milano, 1965, 77, A. Bucciante, *La patria potestà nei suoi profili attuali*, Milano, 1971, 82. Al riguardo, v. ora C. Cossu, *La filiazione*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza, La famiglia*, IV, Utet, Torino 2000; Id., voce *Potestà dei genitori*, in *Dig. IV disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996; M. Sesta, *La filiazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, Torino, 1999, 251;

(36) Pelosi, *La patria potestà*, cit., p. 94 ss.

(37) M. Giorgianni, *La potestà dei genitori*, in Commentario Cian-Oppo-Trabucchi, Padova, vol. IV, 1992, p. 285 ss., specie, 336 («A nostro avviso, infatti, malgrado la drastica formula adoperata dall'art. 155, comma 3, il coniuge non affidatario non rimane semplice titolare, in quanto invece egli "esercita" i poteri che il

(segue)

Al riguardo si fa notare che anche al genitore non affidatario spettano poteri di vigilanza, di partecipazione alle decisioni di maggior rilievo, poteri che non costituiscono "semplice titolarità astratta", ma effettivo esercizio delle prerogative del genitore. Alla luce della disciplina del codice - anteriore alla riforma del 2006 - si doveva dunque individuare non "una dissociazione tra titolarità ed esercizio, quanto, piuttosto, un esercizio differenziato della potestà" (38). Analoghe considerazioni venivano fatte a proposito del genitore naturale non convivente, situazione in buona sostanza analoga a quella del genitore separato (39).
La modifica della disciplina della potestà dei genitori separati, introdotta dalla riforma del 2006, dunque, non consiste nell'aver attribuito ad entrambi i genitori l'esercizio della potestà, ma nell'averlo regolato - quando l'affidamento è condiviso - in modo paritario. Anche nel caso, residuale, di affidamento esclusivo entrambi i genitori hanno l'esercizio della potestà, ma questa volta in modo non paritario, potendo il giudice variamente regolamentare le modalità di esercizio della potestà da parte del genitore non affidatario.
Si può dunque convenire che il genitore naturale in base all'art. 317 *bis* abbia l'esercizio e non solo l'astratta titolarità della potestà e che l'avesse già prima della riforma del 2006.
Se in generale la distinzione tra titolarità ed esercizio della potestà deve essere riguardata come ripetizione di formule prive di autentico significato normativo, ne consegue che l'art. 317 bis va letto nel senso che il riferimento all'esercizio della potestà da parte del genitore che convive con il figlio debba intendersi come esercizio prevalente, residuando comunque in capo all'altro poteri di esercizio, che hanno ad oggetto la vigilanza sull'operato dell'altro e la partecipazione alle decisioni che il giudice abbia deciso di riservare all'accordo dei genitori (40).

Esercizio della potestà da parte del genitore non convivente ed assenso all'adozione in casi particolari

Per tornare al caso in epigrafe, appare dunque superfluo, ai fini della sua decisione, stabilire se l'esercizio da parte dei due genitori naturali che mai abbiano convissuto, sia per legge sempre paritario (condiviso) o differenziato in ragione delle circostanze fattuali, della effettività della relazione esistente tra genitore e figlio (si pensi al riconoscimento tardivo, alla dichiarazione giudiziale di paternità, o più in generale al genitore "assente"). È invece sufficiente convenire sul fatto che anche al genitore non convivente la legge riserva l'esercizio (sia pure non necessariamente paritario) della potestà.
Da questo punto di vista, non è condivisibile il principio di diritto applicato dalla giurisprudenza in tema di adozione in casi particolari. Forte del tenore testuale dell'art. 317 *bis*, infatti, fino ad ora è assolutamente prevalente l'orientamento secondo cui il mancato assenso del genitore naturale (al pari di quello separato o divorziato) non impedisce in modo assoluto l'adozione da parte del coniuge, trattandosi di genitore investito della potestà, ma privato del suo esercizio (41). La modifica del principio di diritto nel senso che si è indicato, non necessariamente, tuttavia, porta ad escludere l'esistenza di poteri sostitutivi del giudice.
Il problema che occorre infatti ora affrontare è quello delle conseguenze sull'applicazione dell'art. 46 l. adoz. che derivano dal fatto di ammettere che anche al genitore naturale non convivente spetta l'esercizio (sia pure non necessariamente paritario) della potestà.
La S.C. ritiene che, essendo anche il genitore non convivente investito di poteri di esercizio, il suo

Note:

(continua nota 37)

codice gli attribuisce (...) costituiti dalla partecipazione alle decisioni "di maggiore interesse", dal "diritto dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione" e dalla possibilità di ricorso al giudice "quando ritenga che siano state assunte decisioni contrarie al loro interesse"»); Palazzo, *La filiazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2007, 586.

(38) Ruscello, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, cit. 214 ss. 216, 217. E v. anche il mio, *Manuale di diritto di famiglia*, Roma-Bari, 2005, 220 ss.

(39) Ruscello, *Op. cit.*, 270 ss. Ma v. però nel senso che la potestà spetta solo al genitore convivente, Vercellone, *La potestà dei genitori nella famiglia naturale*, in *Trattato Zatti*, II, *La filiazione* a cura di Collura, Lenti e Mantovani, cit., 1345 ss..

(40) Secondo alcuni (Ruscello, *op. cit.*,.220 ss.), il potere di prendere le decisioni di maggior interesse sarebbe desumibile dalla lettura congiunta dell'art. 317 *bis* e 155 c.c.

(41) Ad esempio, v. Cass. 5 agosto 1996, n. 7137, *in Giust. civ.*,1993, I, 1657, con nota di Notargiacomo: «la legge non distingue .... tra le diverse ipotesi nelle quali può accadere che uno o entrambi i genitori non esercitino la potestà e pertanto la fattispecie dell'adozione in casi particolari di minori figli di genitori non esercenti la potestà comprende le ipotesi in cui: a) uno o entrambi i genitori legittimi siano lontani, incapaci, o altrimenti impediti ovvero, in caso di separazione, divorzio o annullamento del matrimonio, il figlio sia affidato ad uno dei genitori e il giudice non abbia inteso derogare al principio secondo il quale l'affidatario esercita in via esclusiva la potestà (art. 317 c.c.), b) il genitore naturale non conviva con il figlio e, anche in tal caso, salvo che il giudice non disponga diversamente (art. 317 *bis* c.c.), c) un provvedimento dichiarativo della decadenza dalla potestà ai sensi dell'art. 330 c.c. faccia perdere la titolarità stessa della potestà, d) un apposito provvedimento giudiziario disponga la sospensione della potestà (art. 333 c.c., art. 10 legge 184-83) ovvero tale sospensione sia prevista come effetto automatico dalla legge (art. 19, l. 184-83)».

mancato assenso preclude sempre l'adozione. Il che significa che l'adozione da parte del coniuge del figlio dell'altro risulterà da ora in avanti in concreto possibile solo quando l'altro genitore dia il suo assenso, senza possibilità di alcun controllo giudiziale sulle ragioni del rifiuto, sulla sua rispondenza all'interesse del figlio. I poteri giudiziali di apprezzamento dell'interesse del minore, previsti dall'art. 46, verranno ad essere circoscritti ad ipotesi del tutto eccezionali (ad esempio, genitore decaduto dalla potestà) Ne risulta in tal modo svilito il preminente interesse del minore alla piena tutela delle relazioni familiari "effettive", alla parità di trattamento rispetto ad eventuali fratelli nati dal matrimonio della madre. Parimenti resta declamato solo a parole, ma smentito nei fatti, l'asserito carattere "funzionale" della potestà, il suo essere oggi "responsabilità" e non diritto (42).

Conclusioni

È però possibile, a mio giudizio, una lettura non abrogativa dell'art. 46. Per farlo credo che sia necessario uscire dagli schemi formali e guardare alla realtà effettiva delle relazioni familiari. È su questa via, d'altra parte, che ci indirizza la giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo (43). A sentire la Corte, per vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU si devono intendere non solo i vincoli formali di genitorialità e parentela, ma ancor prima le relazioni di fatto esistenti intese come ambiente familiare che soddisfa i bisogni esistenziali del figlio.

Se si considerano le relazioni familiari nella loro effettività, e l'interesse del figlio alla salvaguardia di quelle non meramente formali, ma realmente esistenti nella sua esperienza di vita, comprendiamo anche che cosa si debba intendere per "esercizio della potestà". Non investitura formale da parte del legislatore - che non può mai mancare quando ad essere attribuito è un potere che ha senso in quanto si abbia la possibilità di esercitarlo - ma effettivo esercizio delle responsabilità. Questo sì può mancare quando il genitore, pur formalmente investito del potere, in concreto non lo eserciti e dunque sia un genitore assente, spiritualmente lontano (44).

In questi casi l'intervento del giudice che valuti la corrispondenza dell'adozione all'interesse del minore si giustifica e si apprezza come momento di bilanciamento degli interessi in gioco: del genitore a conservare un rapporto privilegiato con i figlio e del figlio ad essere inserito a tutti gli effetti, con pieno riconoscimento di diritti e doveri, nella famiglia che si prende cura di lui (45).

Analoga valutazione, d'altra parte, la S.C. ha ritenuto rilevante compiere, in diversa occasione, con riguardo alla figura del coniuge aspirante all'adozione. Ha cioè ritenuto che l'interesse del bambino ad essere adottato dal marito della madre vada valutato tenendo conto non solo della volontà del marito di adottare ma anche, e soprattutto, del fatto che sussista realmente un valido rapporto affettivo con il bambino, essendo l'adozione in casi particolare diretta a dare veste giuridica ad una relazione familiare già di fatto esistente (46).

Vanno d'altra parte tenute in considerazione le ragioni dell'altro genitore, sia che si tratti di genitore naturale, o di genitore divorziato o "annullato". L'adozione in casi particolari attribuisce infatti all'adottante la potestà (art. 48, l. adoz.), il che viene comunemente inteso nel senso che il genitore biologico ne viene privato, in modo analogo a quanto accade in seguito alla pronuncia di decadenza ex art. 330 c.c. (47). La considerazione delle ragioni del genitore biologico non giustifica il sospetto di illegittimità costituzionale dell'adozione in casi particolari

Note:

(42) Ricordiamo che a proposito del consenso espresso dal tutore, la Corte costituzionale ha criticato il riconoscimento in capo al legale rappresentante di un potere dispositivo " assoluto e incontrollato e conseguentemente ha pronunciato la parziale illegittimità costituzionale degli artt. 45 e 46 l. adoz.: Corte cost. 18 febbraio 1988, n. 182, in *Dir. fam. pers.*, 1988,680.

(43) (*Wagner c. Lussemburgo*, 2007, cit.) e la recente *Schneider v. Germany*, 15 settembre 2011 (c. 17080/7) relativa alla tutela della vita familiare del padre biologico al quale la legge impediva di far valere il suo rapporto con il figlio

(44) Uno spunto in questa direzione in App. Catanzaro 18 febbraio 2008, *De Jure*, «Il genitore non convivente che ha riconosciuto il figlio naturale non può opporsi all'adozione di questi richiesta dal coniuge della madre naturale poiché non ha esercitato e non esercita la potestà genitoriale sul figlio naturale. Al provvedimento di adozione è ininfluente l'assenza di un provvedimento di sospensione o di decadenza dalla potestà genitoriale essendo rilevante che in via di fatto il genitore naturale - benché titolare della potestà - non l'abbia esercitata.»

(45) Cass. 9 maggio 2002, n. 6633 *De Jure*: ove si osserva che nel caso di richiesta di adozione da parte del coniuge del genitore il giudice deve sempre accertare «in concreto, caso per caso, se l'interesse del minore ...risulti o meno maggiormente tutelato con l'inserimento del minore medesimo, mediante l'adozione, in un contesto familiare» (Nella specie l'esistenza di un forte legame affettivo con il proprio padre è stato ritenuto ostativo all'adozione). V. anche App. Sassari 14 novembre 2002, in *Fam. e dir.*, 2003, 453, con nota di Ravot.

(46) Cass. 19 ottobre 2011, n. 21651, *De Jure*, «l'adozione, anche quella in casi particolari ... ha lo scopo di inserire il minore in un contesto idoneo al suo armonico sviluppo e crescita. ....Ne consegue che non è sufficiente che il coniuge del genitore presenti domanda di adozione, ma, a tutela dell'interesse del fanciullo, è necessario che tra il richiedente e il minore sussista realmente un valido rapporto affettivo».

(47) V., ad esempio, Tommasini, *Dell'adozione in casi particolari*, cit., 487; Morozzo della Rocca, *op. cit.*, 646.

(48), ma può suggerire di assumere misure opportune. Là dove sussista tra il bambino ed il genitore una qualche frequentazione potrebbe apparire lesivo dell'interesse del bambino, e delle prerogative del genitore, provocare, per effetto dell'adozione, la brusca interruzione di tale consuetudine.

Non è impossibile salvaguardare la relazione con il genitore biologico anche dopo l'adozione sol che si guardi alla realtà delle famiglie "moltiplicate" non in termini di esclusione/sottrazione, ma di inclusione/addizione. In altri termini, quando i casi della vita hanno dato al bambino più figure di riferimento, bisogna abbandonare l'idea che la famiglia non possa che essere una e che quindi l'aggiunta di un nuovo genitore necessariamente determini l'eliminazione del precedente. In certi casi può essere nell'interesse del bambino proprio la soluzione opposta: il nuovo genitore si aggiunge, senza togliere all'altro più del necessario.

Gli strumenti giuridici non mancano: l'art. 333 conferisce infatti al giudice non solo i poteri necessari per contrastare situazioni di pregiudizio già in atto, ma anche per evitare il verificarsi di pregiudizi futuri. Nell'ambito dei poteri previsti da questa norma ben potrebbe essere compreso quello di individuare le modalità più opportune di frequentazione con il genitore biologico quando questo sia reputato conforme all'interesse del bambino (49).

Note:

(48) Al riguardo erano state sollevate davanti alla Corte di cassazione alcune questioni di legittimità costituzionale che la S.C. ha ritenuto manifestamente infondate sulla base di un bilanciamento di interessi non irragionevole, nelle quali tuttavia veniva sollevato il problema reale della tutela delle prerogative de padre naturale (Cass. 26 ottobre 1992, n. 11604, *Giur, it*., 1992, I, 1, 2150; Cass. 5 agosto 1996, n. 7137, in *Giust. civ*. 1997, 1657).

(49) Spunti in App. Genova 9 luglio 2003, in *Fam. dir.,* 2003, 451, con nota di Ravot. E v. anche, per il caso di "separazione" di una coppia di donne lesbiche che avevano allevato insieme il figlio di una delle due, Trib. min Milano 2 novembre 2007, in *Famiglia e minori*, 2008, 3, 86. Al riguardo, v. F. Bilotta, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in Schuster (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione orientamento sessuale e diritto*, Milano - Udine, 2011,163 ss, specie 196.

RIVISTE

il Giudice di pace

Trimestrale di giurisprudenza, dottrina e normativa

Direzione scientifica: *Remo Danovi, Giorgio De Nova, Giovanna Di Rosa, Tullio Padovani*
Comitato scientifico: *Roberto Ambrosini, Luigi Domenico Cerqua, Vito Febbraro, Franco Petrelli*

La Rivista, oltre ad essere un indispensabile strumento di lavoro, rappresenta il luogo di dibattito sui problemi che riguardano il giudice di pace, costituendo un autorevole osservatorio dell'**evoluzione della giurisprudenza e delle posizioni della dottrina**.
La Rivista si articola in:
– **Editoriale**: il punto di vista di un esperto sui problemi di attualità;
– L'**angolo normativo**: la segnalazione della normativa e della prassi di interesse, brevemente commentate;
– **Giurisprudenza**: le sentenze del Giudice di pace sia civili che penali ed eventualmente degli altri organi giurisdizionali limitatamente alle questioni sostanziali e processuali che interessano i Giudici di pace. Le sentenze sono pubblicate per esteso ed annotate;
– **Massimario di giurisprudenza**: una selezione di sentenze sintetizzate per massime e organizzate per voci;
– **Orientamenti interpretativi**: contributi dottrinali di taglio pratico ed operativo.

Abbonamento annuale Euro 95,00

Per informazioni e acquisti
- ***Servizio Informazioni Commerciali*** *(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)*
- ***Agente Ipsoa di zona*** *(www.ipsoa.it/agenzie)*
- ***http://ipshop.ipsoa.it***