

Famiglia

2

Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa

Rivista bimestrale

marzo - aprile 2017

DIRETTA DA SALVATORE PATTI

Tommaso Auletta, Mirzia Bianca, Maria Giovanna Cubeddu, Lucilla Gatt (vicedirettore),
Fabio Padovini, Massimo Paradiso, Enrico Quadri, Carlo Rimini, Giovanni Maria Uda

www.rivistafamiglia.it

IN EVIDENZA

■ THE PRIVATIZATION OF THE DIVORCE IN ITALY.

Salvatore Patti

■ MATERNITÀ SURROGATA E DISTINZIONE TRA VITA PRIVATA E FAMILIARE NELLA DECISIONE DELLA CORTE DI STRASBURGO. INTERESSE DEL MINORE E TUTELA DELLA LEGALITÀ.

Lucilla Gatt

■ IL PATTO DI FAMIGLIA A DIECI ANNI DALL'ENTRATA IN VIGORE.

Maria Virginia Maccari

Parte I**Dottrina**

SALVATORE PATTI, *The privatization of the divorce in Italy*..... p. 155

EMANUELA ANDREOLA, *Revocabilità e simulazione degli atti di disposizione in sede di separazione*.....» 161

MARIA VIRGINIA MACCARI, *Il patto di famiglia a dieci anni dall'entrata in vigore*.....» 187

MARCO LUCHESCHI e DAVIDE MARCHESINI MASCHERONI, *Successioni italo-svizzere: alcune problematiche alla luce del Reg. UE 650/2012*.....» 209

Parte II**Giurisprudenza**

CEDU, Grande Camera, 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli c. Italia, ric. n. 25358, con nota di ALESSANDRA GATTO, *Maternità surrogata e distinzione tra vita privata e familiare nella decisione della Corte di Strasburgo. Interesse del minore e tutela della legalità*» 221

Trib. Min. Milano, 20 ottobre 2016, n. 268, con nota di GIAMPAOLO MIOTTO, *Adozione del convivente e diritto positivo: un matrimonio impossibile*» 245

Parte III**Recensioni**

La recensione di SALVATORE PATTI a JENS M. SCHERPE, *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*.....» 269

Parte IV**Opinioni**

L'opinione di LUCILLA GATT, *Il problema dei minori senza identità genetica nei (vecchi e) nuovi modelli di famiglia: il conflitto tra ordine pubblico interno e c.d. ordine pubblico internazionale*.....» 271

Trib. Min. Milano, 20 ottobre 2016, n. 268; Zevola *Presidente Relatore*

Adozione - Casi particolari

Con l'utilizzo dell'espressione «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» il legislatore si è voluto riferire ai minori privi dell'assistenza morale e materiale da parte dei genitori, non certo anche ad una situazione di "diritto", ovvero alla giuridica impossibilità di affidamento preadottivo, perché non sussiste alcuno stato di abbandono

(*Omissis*)

Svolgimento del processo. – Il procedimento è stato aperto su ricorso depositato il 09.07.2014 da *OMISSIS* che ha chiesto di poter adottare ex art. 44, lett. d) il minore, figlio di *OMISSIS*, sua convivente *more uxorio* dal 2010, e con lui convivente dalla stessa data.

Sono state assunte informazioni e sono stati sentiti il ricorrente e l'esercente della responsabilità genitoriale sul minore, *OMISSIS*, che ha espresso il suo consenso all'adozione.

Acquisito il parere del Pubblico Ministero, il procedimento è stato rimesso alla Camera di Consiglio per la decisione.

Motivi della decisione. – Il ricorrente, premesso di essersi separato dalla moglie fra il 2008 e il 2009, di avere divorziato nel 2012 e di avere avviato dal 2010 una stabile convivenza con la madre del minore, fa presente che questi, che non ha mai avuto alcun rapporto con il padre biologico, che non lo ha riconosciuto, dall'età di due anni ha sempre avuto al fianco il ricorrente e lo ha identificato come figura maschile di riferimento. Fra l'adottante e l'adottando si è strutturato un profondo legame, assimilabile a quello fra padre e figlio.

Il ricorrente chiede quindi che il legame sia formalizzato con l'adozione, richiesta ai sensi dell'art. 44, lett. d), legge 184 del 1983 (non potendosi procedere ai sensi dell'art. 44, lett. b) per l'assenza del vincolo matrimoniale con la madre del minore), evidenziando come l'adozione richiesta realizzi il

preminente interesse del minore, che costituisce la ratio della legge 184 del 1983.

Fa presente come il minore rappresenti il perno della convivenza *more uxorio* tra la madre e il ricorrente, convivenza alla quale il comma 3 dell'art. 44 farebbe implicitamente rimando, nel precisare che i casi di adozione di cui alle lett. a), c) e d) del comma 1 sono consentiti «anche a chi non è coniugato». La convivenza *more uxorio* è una forma di vita familiare pacificamente riconosciuta dal nostro ordinamento, sempre più oggetto di provvedimenti legislativi e di pronunce giurisprudenziali che ne hanno equiparato numerosi aspetti a quelli fondati sul vincolo di coniugio. Richiama inoltre le novelle legislative interessanti la filiazione, pervenute infine ad equiparare sotto ogni profilo gli *status* dei diritti nei confronti dei genitori dei figli nati fuori dal matrimonio rispetto a quelli nati da coppie coniugate.

Conclude quindi che può provvedersi ai sensi della lett. d), comma 1 dell'art. 44, in quanto tale previsione normativa (per la quale «i minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma uno dell'art. 7: (...) «D) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo»), deve essere interpretata letteralmente e cioè deve essere letta nel senso di impossibilità di affidamento preadottivo sia per motivi di fatto sia per motivi di diritto (conseguente alla dichiarazione di adottabilità di un minore abbandonato). Aggiungendo che una diversa lettura contrasterebbe con i principi espres-

si dalla Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

Questo Tribunale, facendo proprie al riguardo anche le argomentazioni svolte dal Pubblico Ministero, concludente per la insussumibilità della situazione in esame nella revisione di cui all'art. 44, lett. d), ritiene che la tesi non possa essere condivisa.

In tema di adozione di minori, il sistema normativo introdotto dalla legge 184 del 1983, tuttora vigente e che individua nella famiglia tradizionalmente intesa, formata da una coppia di sesso diverso unita in matrimonio il luogo degli affetti in cui può essere meglio assicurata la crescita dei minori, la prevede specificamente, e in via generale, con riferimento ai minori che sono stati dichiarati in stato di adottabilità perché privi di genitori in grado di provvedere alla loro crescita ed educazione, con pienezza di effetti solo da parte di coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni tra i quali non sussista e non sia sussistita negli ultimi tre anni separazione personale neppure di fatto (con le eccezioni di cui al comma 4 dell'art. 25, che la consentono anche alla persona singola la cui condizione di singolo ha però luogo per cause imprevedibili nel corso dell'affidamento preadottivo – morte o sopravvenuta incapacità di uno dei coniugi affidatari o intervenuta separazione tra di loro –, e quindi a processo adottivo già avviato da parte della coppia, di un minore che ha sofferto un abbandono da parte dei genitori accertato giudizialmente).

E che il legislatore volesse riferirsi specificamente all'abbandono *da parte dei genitori* quale generale presupposto dell'adozione si evince, oltre che dal tenore dell'art. 30 della nostra Costituzione (che prevede, al fine dell'assolvimento dei compiti genitoriali, l'intervento del legislatore «*nei casi di incapacità dei genitori*») dalla considerazione che il sistema, in caso di mancanza di assistenza morale e materiale non dovuta a forza maggiore temporanea da parte dei genitori, consente l'adozione, ma solo con effetti meno pieni, anche

a favore dei parenti, il cui intervento, impedendo la dichiarazione di adottabilità, esclude la possibilità di adozione da parte di altri. Ciò si desume in particolare dalla disposizione di cui al comma 1 dell'art. 44, lett. a), che prevede la possibilità dell'adozione meno piena da parte dei parenti per il minore in condizione orfanile, che è condizione di totale privazione dell'assistenza dei genitori.

È questo uno dei “casi particolari” di adozione, con effetti meno pieni e aperta anche a persone singole, di cui all'art. 44, legge 184 del 1983; “casi particolari” ritenuti dalla giurisprudenza di legittimità «*ipotesi tassative e di stretta interpretazione*», (Cass., sent. n. 22292 del 2013).

Con riferimento a questi specifici casi il legislatore aveva ritenuto di poter mantenere l'istituto tradizionale dell'adozione allora detta “ordinaria”, oggi “meno piena”, in quanto questa poteva utilmente assolvere ad alcune funzioni. Nei lavori parlamentari si legge che la riduzione dell'adozione ordinaria «*ad alcuni casi tassativamente previsti*», è essenziale anche per evitare situazioni di concorrenza conflittuale fra i due istituti (adozione speciale, oggi “piena” e adozione ordinaria, oggi “meno piena”), che si era andata delineando in quegli anni.

Le funzioni alle quali limitare l'applicabilità dell'adozione ordinaria sono quelle indicate nel testo dell'art. 44, (che originariamente non conteneva l'ipotesi *sub c*), riguardante il minore disabile orfano di padre e di madre, introdotta come puntualizzazione dalla legge 149 del 2001).

La previsione legislativa era dunque nel senso che a questo tipo di adozione potesse ricorrersi in casi specifici nei quali non fossero presenti i presupposti per l'adozione piena. Quanto all'ipotesi di cui alla lett. b), nelle intenzioni del legislatore la sua funzione era di rafforzare la posizione del minore nella famiglia (fondata sul matrimonio) nella quale si trovava a vivere (Cass., sent. n. 1164 del 1992), mentre nelle altre ipotesi si auspicava sostanzialmente di poter evitare a talu-

ni minori, privi dell'assistenza dei genitori, la permanenza in istituto, oggi in strutture comunitarie, e, come nel caso *sub a*) del minore orfano, anche di consentirgli di mantenere la sua identità e di sentirsi di appartenere alla sua rete parentale.

Secondo questo Tribunale è dunque assolutamente coerente con il disegno del legislatore la terminologia utilizzata alla lett. d) che limita l'adozione in casi particolari a quelle ipotesi per le quali per il minore vi sia la «*constatata impossibilità di affidamento preadottivo*». Con l'utilizzo di questa espressione è di tutta evidenza che il legislatore si sia voluto riferire ai minori privi dell'assistenza morale e materiale da parte dei genitori, certamente a quelli dichiarati in stato di adottabilità (che nel sistema della legge costituisce il presupposto indefettibile per procedere all'affidamento preadottivo), ma anche, con interpretazione che è nel senso di quella volizione e certo non la sconvolge, a quelli per i quali, nei casi di incapacità dei genitori, non si renda necessario il procedimento per la dichiarazione di adottabilità – che ha il fine di individuare una coppia di coniugi diversi da coloro che siano legati al minore da rapporti di parentela (Corte Cost., sent. 383 del 1999) o, secondo un ulteriore filone giurisprudenziale, peraltro molto dibattuto, da rapporti significativi pregressi meritevoli di riconoscimento giuridico per la loro maggior valenza rispetto a quelli solo minimamente soddisfacenti (o non proprio del tutto insoddisfacenti) con i genitori (cd. ipotesi di “semiabbandono permanente”, v. in particolare Trib. min. Bari, 07.05.2008) – essendo già presente una soluzione rispondente pienamente all'interesse del minore. Non certo anche ad una situazione di “diritto”, ovvero alla giuridica impossibilità di un affidamento preadottivo perché non sussiste alcuno stato di abbandono, e l'adozione risponde all'interesse del minore solo in termini di utilità, di maggiore utilità, in quanto l'impianto legislativo, va ribadito, è comunque nel senso che all'adozio-

ne per impossibilità di affidamento preadottivo non possa farsi luogo se non con riferimento ad una situazione di abbandono. Come rimarcato da autorevole dottrina, se il legislatore avesse voluto ampliare l'ambito della previsione, avrebbe usato altri termini, non quello di “impossibilità”.

I ricorrenti sostengono però che la lettura restrittiva finirebbe con lo svuotare di significato la locuzione «*anche a chi non è coniugato*», e ridurrebbe l'ipotesi di cui alla lett. d), comma 1 dell'art. 44 ad un'inspiegabile ed inutile ripetizione dell'ipotesi di cui alla lett. b) e della [lett. a) del medesimo comma dello stesso articolo, “perché gli unici casi di possibile adozione di un minore insuscettibile di affidamento preadottivo sarebbero quelle”.

Osserva al riguardo il Collegio che si tratta di conclusioni frutto di una personale lettura del testo, che non tiene conto del fatto che la formulazione della citata espressione è tesa solo a sottolineare – in un impianto normativo, lo si ripete, fondato sulla assoluta rilevanza, per il minore non sottoposto alle cure dei propri genitori, dell'accoglienza da parte di una coppia coniugata – il primato di detta accoglienza col ribadire che l'adozione da parte del singolo, pur possibile, non è concedibile se il singolo è coniugato, dovendo avere luogo da parte della coppia; e che all'atto della sua emanazione (1983) l'espressione riguardava in realtà una più ampia casistica, interessando, fra i casi di impossibilità di affidamento preadottivo, anche quelli della coppia coniugata che non aveva i requisiti di età per l'adozione legittimante, particolarmente rigidi nella originaria formulazione di cui alla legge 184 del 1983; e che solo con l'ampliamento e l'allentamento di detti requisiti nella versione normativa di cui alla legge 149 del 2001 l'espressione ha finito col riguardare solo le persone singole.

Recentemente sulla portata del comma 1 dell'art. 44, lett. d) è intervenuta una sentenza della Suprema Corte che l'ha ritenuto ammissibile proprio con riferimento all'adozione da parte

della compagna convivente della madre (Cass., n. 12962 del 2016), affermando che la “constata impossibilità di affidamento preadottivo” può essere anche “di diritto” in quanto l’adozione in casi particolari in esame “a differenza dell’adozione piena, non presuppone una situazione di abbandono dell’adottando”.

Questo Tribunale ritiene di dover dissentire da detta conclusione, in primo luogo per i motivi sopra illustrati.

Inoltre, non può tacersi come il riconoscimento dell’espressione «*constatata impossibilità di affidamento preadottivo*» in termini di “impossibilità di diritto” non si presenti condivisibile, alla luce dei lavori parlamentari e delle stesse pronunce giurisprudenziali, anche della Suprema Corte, che hanno circoscritto a casi tassativi e definito di stretta interpretazione le ipotesi di adozione meno piena. Non si discute che il principio ispiratore di tutta la disciplina in esame sia l’effettiva realizzazione degli interessi del minore, ma la sua applicazione non può non avere luogo che nel solco di quanto stabilisce la legge. Al riguardo non sembra fuor di luogo rammentare che l’art. 57, legge 184 del 1983, con disposizione che non può essere ritenuta trascurabile, prevede espressamente che per pronunciare l’adozione in casi particolari va verificato non solo «*se l’adozione realizza il preminente interesse del minore*», ma anche, e come primo nell’ordine di esposizione, «*se ricorrono le circostanze di cui all’art. 44*».

Sotto un profilo esegetico, poi, deve contestarsi la portata attribuita al comma 1 dell’art. 44, legge 184 del 1983. Questa è infatti disposizione che raccoglie, nel suo testo, tutti i casi disciplinati nel seguito; e quando, per il rinvio di cui al comma 1 dell’art. 7, legge 184 del 1983, si riferisce alla possibilità che si faccia lungo all’adozione nei casi particolari *anche* senza che il minore sia stato dichiarato in stato di adottabilità, il caso è certamente quello di cui alla lett. b), dell’adozione da parte del coniuge, il solo in cui non sia in discussione

l’abbandono. Anche la citata sentenza della Corte Costituzionale n. 383 del 1999 non può non essere richiamata che nell’ambito della vicenda oggetto di quel giudizio. La “logica di apertura” attribuita dalla Corte all’art. 44 (le cui ipotesi sono testualmente indicate come casi “speciali”) è, infatti, relativa alla possibilità, da parte di parenti, di un’adozione meno piena del minore in stato di abbandono da parte dei genitori (la sentenza conclude che “l’art. 44, lett. c) non esige che sia concretamente tentato l’affidamento preadottivo e ne sia constatata l’impossibilità quando il minore venga richiesto in adozione da parenti entro il quarto grado idonei a fornirgli l’assistenza materiale e morale di cui ha bisogno”) e le argomentazioni utilizzate sono fondate proprio su quanto contenuto nella legge 184, nello specifico relativamente a ipotesi di mancanza di assistenza morale e materiale per morte dei genitori (è richiamato il disposto del comma 1 dell’art. 11, il quale stabilisce che quando «*risultano deceduti i genitori del minore e non risultano esistenti parenti entro il quarto grado, il tribunale per i minorenni provvede a dichiarare lo stato di adottabilità, salvo che esistano istanze di adozione ai sensi dell’art. 44*»), ipotesi che prevedono la valorizzazione di rapporti di parentela o di pregressa stabile e duratura frequentazione con altri, ma in termini vicarianti quelli genitoriali. Il fatto che in detta sentenza la Corte abbia evidenziato che in tutte le specifiche ipotesi di cui all’art. 44 potrebbero non sussistere i presupposti per l’adozione legittimante ex art. 7, non significa che i presupposti previsti per l’un caso siano i medesimi per gli altri; ciò che unisce i casi, “speciali”, nell’art. 44 è solo il comune denominatore dell’assenza dei presupposti per l’adozione “piena” di cui all’art. 7, che però sono diversi per ciascun caso.

Non è infine chi non veda come il riconoscimento della possibilità di adozione da parte del compagno del genitore finisca col profilarsi come confliggente col disposto legislativo, che prevede espressamente come requisito per l’adozione il

matrimonio dell'adottante con il genitore del minore. Affermare quella possibilità comporterebbe come logica conseguenza l'abrogazione della lett. b) del comma 1 dell'art. 44, la cui sussistenza non avrebbe più alcun senso.

In definitiva, la domanda di adozione del minore ai sensi dell'art. 44, lett. d), legge 184 del 1983 non può trovare accoglimento.

Il Procuratore della Repubblica, concludendo in senso conforme, ha però sollevato dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 44, lett. d), legge 184 del 1983, nella parte in cui non prevede l'adozione da parte del convivente *more uxorio* del genitore (biologico o adottivo) del minore, instando per la proposizione di questione di legittimità costituzionale. Secondo il Procuratore, la disciplina di detto articolo contrasterebbe con l'art. 30 della Costituzione, in quanto la mancata costituzione di un rapporto di filiazione adottiva del minore con il "genitore sociale o di fatto" si presenta irragionevole, nel senso che la legge non provvede a che siano assolti i compiti dei genitori, assumendo importanza, altresì, in tal senso, l'art. 30, comma 2 Cost.

Dopo avere infatti premesso che il matrimonio rappresenta un presupposto indefettibile dell'adozione "piena" di minori, ma non un presupposto "dirimente" nel senso che ciò che conta è l'idoneità affettiva del nucleo ad assolvere i compiti educativi nei confronti del minore, e avere evidenziato che la stessa giurisprudenza porta a dimostrare che la *ratio* dello strumento normativo è fornire una copertura giuridica a una genitorialità sociale consolidata con il partner del genitore, anche a prescindere dal fatto che a tale partner possa essere attribuito il titolo di coniuge (è richiamata al riguardo Cass., sent. n. 21651 del 2011), il richiedente conclude che l'esclusione del convivente *more uxorio*, prima ritenuta legittima sulla base dell'interpretazione fornita degli artt. 29 e 2 Cost., diviene, in rapporto all'art. 30 Cost., illegittima, in quanto in pregiudizio del minore adottando. A seconda della scelta operata dal

genitore biologico, in ordine alla valida contrazione o meno del vincolo matrimoniale, il figlio viene ad essere privato di uno *status filiationis*, nel suo preminente interesse.

Ritiene il Collegio che la questione sia manifestamente infondata.

Va intanto osservato che nel nostro sistema normativo, nel caso del rapporto di fatto tra una persona e il figlio, biologico o adottivo, di altra persona, la possibile attribuzione dello *status* di figlio richiede necessariamente, come del resto richiede, la sussistenza dello *status* di coniuge dell'adottante con il genitore del minore adottando. *Status* che, come ribadito dalla stessa Corte Costituzionale (sent. 315 del 2007), deve imprescindibilmente sussistere al momento dell'avvio del procedimento: "condizione indispensabile perché 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 coniugi fra chi intende procedere all'adozione ed il genitore del minore adottando".

Non può infatti trascurarsi che l'adozione è un istituto giuridico che supera il dato biologico, e richiede quindi un modello giuridico di riferimento (che nel caso di persone conviventi, invece, già esiste per la filiazione biologica, in cui la situazione di fatto, l'esser genitore di un determinato figlio, corrispondendo pienamente a quella regolata dalla filiazione legittima, ha portato alla eliminazione della discriminazione) perché ne possa essere definita la disciplina. E il riferimento al matrimonio integra il quadro normativo di massima tutela per il minore adottato.

Sostiene però il Procuratore che ciò che distingue la cd. famiglia di fatto da quella legittima non sono i contenuti della relazione, ritenuti del tutto analoghi – soprattutto con riguardo all'elemento della stabilità della convivenza – quanto il dato meramente esteriore della formalizzazione del rapporto affettivo, assente nel primo modello familiare e presente nel secondo.

In realtà, secondo questo Collegio, la distinzione è ben più profonda: il vincolo di coniugio comporta l'acquisizione di uno *status* compiutamente disciplinato dall'ordinamento (ne sorgono reciproci diritti e doveri, obblighi economici, certezza nel regime patrimoniale, controllo giurisdizionale in caso di scioglimento...), fondato sull'assunzione di un formale impegno, a presidio della serietà del rapporto, del quale è di assoluta evidenza la ricaduta in termini di sicurezza anche sul minore.

Il vincolo matrimoniale stabile, per un non irrilevante periodo di tempo, è stato, ed è tuttora, considerato ancora in generale esprime di regola un effettivo legame affettivo, di comunione morale e materiale; mentre la convivenza presenta difficoltà di definizione, di accertamento, di riconoscibilità dei legami familiari, se non è stata almeno previamente regolata proprio al fine di permettere la valutazione della sussistenza dei presupposti minimi di garanzia per l'adottando.

La scelta del legislatore di valorizzare esclusivamente il rapporto fra genitore e adottante fondato sul matrimonio si presenta quindi assolutamente ragionevole, essendo tesa a garantire che l'adozione si realizzi nel contesto maggiormente tutelante per il minore, salvi i diritti del singolo tutelabili anche all'interno di diversi nuclei familiari non matrimoniali ai sensi dell'art. 2 Cost.

D'altra parte, non si comprende come, per quanto espresso dal Procuratore, l'ancorare la concedibilità dell'adozione alla sussistenza del vincolo matrimoniale possa confliggere con l'art. 30 Cost., posto che l'impossibilità dell'adozione da parte del partner del genitore, con effetti che si sostengono per il figlio pregiudizievoli (ma che sarebbe più corretto indicare come di minor vantaggio) sebbene in un contesto meno tutelante, risulta risiedere non in elementi oggettivi o in disposizioni discriminatorie, bensì solo nella volontà del genitore del minore o anche dello stesso richiedente l'adozione, partner del primo, di non porre in essere la condi-

zione integrante il miglior benessere per il figlio, non contraendo il matrimonio.

Né diversamente ove si ritenga che, sulla base di una connessione fra l'art. 2 Cost. e l'art. 117 Cost., possano avere rilievo alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo valorizzanti il principio del *best interest of the child* e la nozione di vita privata e familiare. A prescindere dalle peculiarità delle vicende su cui si è pronunciata la CEDU, la questione di illegittimità costituzionale che si sostiene muove ancora dal presupposto che il rapporto di coniugio, condizione per la concedibilità dell'adozione, possa essere opzionale, la predetta condizione potendo essere integrata, fermo restando il *best interest of the child* (che comunque deve sussistere nell'adozione da parte del coniuge del genitore), dalla protratta convivenza fra il partner e il genitore.

La realtà è invece differente, rapporto di coniugio e rapporto di convivenza, ancorché stabile, essendo fondati, va ribadito, su presupposti diversi ed essendo produttivi di effetti diversi, dei quali quelli del rapporto di coniugio sono stati e sono ritenuti i meglio rispondenti all'interesse del minore per consentirvi l'instaurazione giuridica di un legame così importante quale quello di genitore-figlio. La peculiarità della figura giuridica dell'adozione da parte del coniuge del genitore, non potrebbe mai consentirne un'applicazione estensiva, a coprire quella che è oggi indicata una lacuna dell'ordinamento e che potrebbe trovare soluzione solo nell'intervento del legislatore.

Non rilevante si presenta poi il richiamo alla recente legge 173 del 2015 sulla «*continuità degli affetti*», in favore degli affidatari ex art. 4, legge 184 del 1983, che non innova l'esistente (e il legislatore aveva l'occasione di farlo, proprio con riferimento alla fattispecie in esame, se l'avesse voluto), bensì lo valorizza soltanto, privilegiando, in presenza di un abbandono del minore da parte della famiglia naturale o di una sua sopravvenuta condizione orfanile e, quindi, della possibilità di

sua adozione da parte di una qualsiasi coppia in possesso dei relativi requisiti, le figure di coloro che, essendosi presi cura di lui nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, vogliono essi adottarlo, avendo anch'essi i relativi requisiti.

In definitiva, anche la richiesta del Procuratore della Repubblica non può trovare accoglimento.

P.Q.M.

Il Tribunale per i minorenni di Milano rigetta il ricorso di *OMISSIS* e la richiesta del Procuratore della Repubblica. Si comunichi al ricorrente e al P.M.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 02.08.2016.

(*Omissis*)

Adozione del convivente e diritto positivo: un matrimonio impossibile*.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il disegno di fondo della legislazione adozionale italiana e i caratteri propri dell'adozione “in casi particolari” – 3. L'adozione “semplice” in caso di “*constatata impossibilità di affidamento preadottivo*” (art. 44, lettera d) tra impossibilità “di fatto” e “di diritto” – 4. Primi spunti interpretativi dell’“*impossibilità di affidamento preadottivo*”: il rapporto tra lettera b) e lettera d) dell'art. 44 e la loro interpretazione logica – 5. L'interpretazione letterale – 6. L'interpretazione sistematica – 7. La categoria giuridica dell'impossibilità “di diritto” dell'affidamento preadottivo: un evidente paradosso – 8. Conclusioni.

This sentence (Juvenile Court of Milan, n. 268/2016) challenges the interpretation of article 44, letter d), law n. 184/183, given by the Civil Supreme Court of Cassation (sentence n. 12962/2016), according to which the adoption in “special cases” concerns also those underage people who cannot be placed in foster care before the adoption. The Court of Milan does not agree with the Supreme Court about this broad critical interpretation of the legislative rule: according to the territorial judge, indeed, this regulation should be applied just in cases where the adoption has not been possible, in spite of the suitability of the underage person. This opinion can be shared because of both the logical interpretation of the rules set by article 44, considered as a whole, and their literally and systematic interpretation. Moreover, the juridical notion of “impossibility provided for by law”, used by Supreme Court in order to argue the aforementioned decision, seems to be intimately irrational and may also produce some paradoxes.

* Il contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima.

1. Premessa.

La sentenza annotata si interroga sui limiti operativi dell'adozione "in casi particolari" disciplinata dall'art. 44 della legge n. 184/1983, come novellato dapprima dalla legge n. 149/2001 e più recentemente dalla legge n. 173/2015, e in particolare sulla problematica, di grande attualità, dell'adozione richiesta dal convivente del genitore dell'adottando.

L'occasione era stata offerta dal ricorso del convivente di una donna il cui figlio non aveva "mai avuto alcun rapporto con il padre biologico", il quale aveva riferito di essere stato al fianco del minore sin "dall'età di due anni", venendone identificato "come figura maschile di riferimento".

Il Tribunale per i minorenni nega che nel caso specifico sussistano i presupposti dell'adozione "semplice" (o "meno piena") e, in particolare, la sua sussumibilità "nella previsione di cui all'art. 44, lett. d", secondo la quale tal genere di adozione può esser disposta "quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo".

I Giudici minorili milanesi si pongono in dichiarato (e argomentato) dissenso rispetto all'orientamento recentemente espresso dalla Corte di Cassazione¹, decidendo su un caso assunto agli onori delle cronache perché adottante e genitore dell'adottando erano legate da un rapporto omosessuale.

La sentenza milanese si segnala anzitutto per una puntuale ricostruzione dello sviluppo storico della nuova legislazione adozionale varata nel 1983 e della sua *ratio*, ritenuta di fondamentale importanza per definire il significato dell'espressione "constatata impossibilità di affidamento preadottivo".

Essa propone, poi, un'interpretazione letterale e sistematica del disposto dell'art. 44, criticando la nozione di impossibilità "di diritto" che la Cassazione aveva posto a fondamento della propria esegesi, e conclude affermando l'impossibilità dell'adozione del figlio del convivente alla stregua del diritto positivo.

2. Il disegno di fondo della legislazione adozionale italiana e i caratteri propri dell'adozione "in casi particolari".

La premessa da cui parte il Tribunale minorile ambrosiano è quella per cui "in tema di adozione di minori, il sistema normativo introdotto dalla legge 184 del 1983, tuttora vigente e che individua nella famiglia tradizionalmente intesa, formata da una coppia di sesso diverso unita in matrimonio il luogo degli affetti in cui può essere meglio assicura-

¹ Cass. Civ., sez. I, 22/06/2016, n. 12962, in *Foro it.*, 2016, 7-8, 2342, con nota di G. CASABURI.

ta la crescita dei minori, la prevede specificamente, e in via generale, con riferimento ai minori che sono stati dichiarati in stato di adottabilità perché privi di genitori in grado di provvedere alla loro crescita ed educazione”.

Un minore adottabile perché privo di genitori in grado di sopperire ai suoi bisogni evolutivi ed una coppia genitoriale unita in matrimonio idonea ad accoglierlo² sono invero le stelle polari dell'intero sistema adozionale italiano.

Quanto al primo aspetto, la sentenza annotata osserva che proprio il disposto dell'art. 30, comma 2 della Costituzione prevede l'intervento del legislatore per i soli «*casi di incapacità dei genitori*» di assolvere ai propri «*compiti*» nei confronti dei figli, rappresentando il fondamento costituzionale dell'intero sistema, per cui la condizione di abbandono genitoriale del minore viene a rappresentare un «*generale presupposto dell'adozione*».

Solo l'intervento dei parenti fino al sesto grado o degli affidatari che abbiano i requisiti di cui alla lettera a) dell'art. 44 esclude «*la possibilità di adozione da parte di altri*» del minore che venga a trovarsi in una condizione orfanile, potendo promuovere l'adozione “semplice” e dando così luogo ad un vincolo “attenuato” qual è quello proprio di quest'ultima.

Relativamente al secondo aspetto, la decisione in commento osserva che il regime tipico dell'adozione “semplice” deroga pure alla *regola juris* dell'adozione di coppia o, meglio, familiare (dettata dall'art. 6, comma 1 della legge n. 184/1983), consentendola anche ai singoli, ma solo in pochi «*casi particolari ritenuti dalla giurisprudenza di legittimità “ipotesi tassative e di stretta interpretazione”*» (Cass., sent. n. 22292 del 2013)³.

Dunque, l'adozione semplice è consentita pure ai singoli, ma solamente per alcuni dei casi previsti dall'art. 44, tassativamente indicati dal legislatore, come si vedrà.

Ciò in quanto, com'è stato osservato in dottrina, «*il legislatore ha ritenuto che... in assenza di una famiglia di origine o laddove questa sia incapace di assolvere i compiti genitoriali, esclusivamente la famiglia fondata sul matrimonio*» sia «*in grado di tutelare appieno l'interesse del fanciullo in stato di abbandono*»⁴.

Il regime derogatorio che connota questa particolare forma di adozione trova la sua ragion d'essere e, al tempo stesso, il proprio perimetro operativo proprio nell'evidente intento del legislatore di riservarla a pochi “casi particolari”, ben determinati, fortemente tipizzati ed alquanto eterogenei.

² Tali infatti il legislatore ha ritenuto «*soltanto le coppie costituite da persone di sesso diverso unite in matrimonio...*» (V. SCIARRINO, *Minore, Adozione e famiglia di fatto: le ragioni di una difficile convivenza*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, a cura di F. ROMEO, Torino, 2014, 399).

³ Cass. civ., sez. I, 27/09/2013, n. 22292, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv 628144, secondo la quale, si badi: «*In tema di adozione in casi particolari, il presupposto per l'adozione di cui all'art. 44, primo comma, lett. d), della legge 4 maggio 1983, n. 184, va individuato nella impossibilità di affidamento pre-adoztivo, nozione che attiene solo all'ipotesi di mancato reperimento (o rifiuto) di aspiranti all'adozione legittimante, e non a quella del contrasto con l'interesse del minore, essendo le fattispecie previste dalla norma tassative e di stretta interpretazione*».

⁴ V. SCIARRINO, cit., 399.

Di tale volontà sono testimoni i lavori parlamentari, che dimostrano come essa fu fortemente contrastata per il timore che desse luogo ad abusi e rischi per i minori adottandi⁵, al punto che si finì per limitarla ad una casistica assai ridotta e molto specifica⁶, com'è sottolineato anche dalla rubrica del Capo I della legge («*Dell'adozione in casi particolari e dei suoi effetti*»).

La stessa sentenza in commento osserva che “nei lavori parlamentari si legge che la riduzione dell'adozione ‘ordinaria’ ad alcuni casi tassativamente previsti” è essenziale anche per evitare situazioni di concorrenza conflittuale fra i due istituti (adozione speciale, oggi “piena” e adozione ordinaria, oggi “meno piena”), che si era andata delineando in quegli anni, dal che deve trarsi l'ovvia conclusione che “le funzioni alle quali limitare l'applicabilità dell'adozione ‘ordinaria’ sono quelle indicate nel testo dell'art. 44”.

Ciò a sottolineare il carattere di tassatività della casistica normativamente prevista dall'art. 44, la diversa “funzione” per la quale era stato previsto ciascuno dei singoli casi ivi indicati e la consequenziale natura di disposizioni “di stretta interpretazione” degli enunciati che li individuano.

Alla luce della sua tormentata genesi parlamentare, oltre che del suo oggettivo contenuto dispositivo, in dottrina si è pertanto affermato che «*la disciplina degli artt. 44 ss. l. 184, dunque, venne concepita nei termini di tutela ancillare rispetto all'adozione piena*»⁷, connotata da una spiccata «*specificità, sussidiarietà, residualità*»⁸ e ridotta ad «*ipotesi tipiche, particolari, circoscritte*»⁹.

Tali constatazioni sottolineano, fra l'altro, l'eterogeneità dei casi considerati dall'art. 44, posto che i presupposti di fatto che li identificano sono talmente differenti da escludere che in essi possano ravvisarsi altrettante *species* di un solo *genus* ovvero delle fattispecie diverse riconducibili ad un qualche fattore comune.

A questo proposito la sentenza in esame sottolinea le differenti “funzioni” che l'adozione “semplice” venne chiamata a svolgere nelle singole ipotesi contemplate dalla legge, come quella di consentire al minore “di mantenere la sua identità e di sentirsi di appartenere alla sua rete parentale” nel caso della lettera a) ovvero quella completamente diversa di “rafforzare la posizione del minore nella famiglia (fondata sul matrimonio) nella quale si trovava a vivere” nel caso della lettera b)...

⁵ In proposito si veda: A. FINOCCHIARO - M. FINOCCHIARO, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. Commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983, n. 184*, Milano, 1983, 432 e ss.

⁶ L'art. 44, infatti, nel suo testo originario, prevedeva le fattispecie oggi previste dalle lettere a), b) e d), mentre quello attualmente contemplato dalla lettera c) venne introdotto dall'art. 25 della legge 28 marzo 2001, n. 149.

⁷ C. RUSCONI, *L'adozione in casi particolari: aspetti problematici nel diritto vigente e prospettive di riforma*, <http://jus.vitaepensiero.it>, 26.11.2015, 4.

⁸ L. ROSSI CARLEO, voce *Adozione dei minori*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento I, Milano, 1997, 30.

⁹ G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, in *Trattato del diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, Milano, 2012, 2, 951.

3. L'adozione "semplice" in caso di «*constatata impossibilità di affidamento preadottivo*» (art. 44, lettera d) tra impossibilità "di fatto" e "di diritto".

Fatte queste premesse, i Giudici minorili milanesi analizzano la funzione ed i limiti della disposizione di cui alla lettera d) dell'art. 44, che consente l'adozione "semplice" «*quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo*».

Essi prendono posizione nel dibattito, da tempo aperto in dottrina e in giurisprudenza, fra chi interpreta il presupposto anzidetto come impossibilità "di fatto" dell'affidamento¹⁰ e chi invece lo ravvisa pure nella cosiddetta impossibilità "di diritto"¹¹.

A questo proposito la sentenza si confronta, in particolare, con la decisione della Cassazione civile già citata¹² che, mutando orientamento rispetto a quello anteriormente espresso¹³, ha letto il disposto della lettera d) come riferito all'«*impossibilità di diritto di procedere all'affidamento e non solo quella "di fatto" derivante da una condizione di abbandono in senso tecnico-giuridico o di semi abbandono*», così ritenendo possibile l'adozione del figlio del convivente.

¹⁰ Non senza precisare che buona parte dei lavori dottrinali e delle decisioni giudiziali più recenti riguardano specificamente il tema dell'adozione del convivente legato al genitore dell'adottando da una relazione affettiva omosessuale, in dottrina si segnalano: A. FINOCCHIARO - M. FINOCCHIARO, cit., 436; A. GIUSTI, *L'adozione dei minori di età in casi particolari*, in *Trattato del diritto di famiglia*, diretto da G. BONILINI, Torino, 2015, IV, 3957; L. ROSSI CARLEO, *La famiglia*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, I, II, Milano, 2009, 493; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2014, 399; C. M. BIANCA, *Diritto di famiglia, Diritto civile, 2.1, La famiglia*, Milano, 2014, 458; M. DOGLIOTTI, *Codice dei minori*, Torino, 2009, 504; A. C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, 2014, 305; A. SCALISI, *Con il ricorso all'adozione in casi particolari non serve inventare nuove forme di tutela soft*, in *Guida al Diritto*, 2008, 41, 111; M. SESTA, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Fam. dir.*, 2015, 1017; R. CARRANO e M. PONZANI, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico di famiglie omogenitoriali*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, 1554; I. MASSA PINTO, *Unione omosessuale e adozione: chi decide?*, in *Rivista ass. it. Costituzionalisti*, 2016, 4, 1; E. GIACOBBE, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, "vivens", condendum*, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, 237; G. MIOTTO, *Adozione omoparentale e preminente interesse del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, 2015, 1335. In giurisprudenza: Trib. Minorenni Milano, 17/10/2016, n. 261, in *Iusexplorer*; Trib. Minorenni Torino, 11/09/2015, n. 258, in *Foro it.*, 2016, 6, 1911, con nota di G. CASABURI; Trib. Minorenni Torino, 11/09/2015, n. 259; Trib. Minorenni Potenza, 15/05/1984; Trib. Minorenni Roma, 22/12/1992, in *Giur. merito*, 1993, 924, con nota di MANERA; App. Roma - sez. minori, 09/06/1993, in *Dir. famiglia*, 1994, I, 165; Trib. Minorenni Ancona, 15/01/1998, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1711, con nota di F. PICARDI; Trib. Minorenni Roma, 22/12/1992, in *Giur. merito*, 1993, 924, con nota di G. MANERA.

¹¹ Con la medesima avvertenza fatta per la nota precedente, in dottrina si vedano: G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in www.cortedicassazione.it; F. AZZARI, *L'adozione del figlio del convivente tra il preminente interesse del minore e il divieto di discriminazione*, in *Giustizia civile.com*, 30/09/2016; C. IRTI, *L'adozione del figlio del convivente (omosessuale): la Cassazione accoglie l'interpretazione evolutiva dell'art. 44, lett. d), l. n. 184 del 1983*, in questa Rivista, 2016, 309; J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso, in Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 109 e ss.; F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. famiglia*, 2011, 899; M. WINKLER, *Genitori non si nasce: una sentenza del Tribunale dei minorenni di Roma in materia di second-parent adoption all'interno di una realtà omogenitoriale*, in *Giust. civ.*, 13.11.2014, 10; COLLURA, cit., 201; A. NOCCO, *L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura "eversiva" dell'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 207. In giurisprudenza, invece, si vedano: App. Firenze - sez. minori, 04/10/2012, n. 1274, in http://www.aiaf-avvocati.it/files/2014/11/corte_di_appello_sez._min._firenze_1274_20121.pdf; App. Torino - sez. minori, 27/05/2016, in *Fam. dir.*, 2015, 822, con nota di M. FARINA; Trib. Minorenni Roma, 30/07/2014, n. 299, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, 1533, con nota di R. CARRANO e M. PONZANI, cit.; App. Roma - sez. minori, 23/12/2015, n. 7127, in *Foro it.*, 2016, 2, 699; Trib. Minorenni Roma, 30/12/2015, in *Fam. dir.*, 2016, 589, con nota di A. SCALERA; Trib. Minorenni Roma, 23/12/2015, in [Ifamiliariista.it](http://www.familiariista.it), 17.8.2016, con nota di MINOLFI; Trib. Minorenni Roma, 22/10/2015, n. 291, in [Ifamiliariista.it](http://www.familiariista.it), 26.11.2015, con nota di A. FIGONE; Trib. Minorenni Milano, 28/03/2007, n. 626.

¹² Cass. civ., n. 12962/2016, cit.

¹³ Cass. civ., n. 22292/2013, cit.

Secondo il Tribunale, invece, “la terminologia utilizzata alla lettera d) che limita l’adozione in casi particolari a quelle ipotesi per le quali per il minore vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo”, coerentemente con il disegno del legislatore dianzi descritto, identifica nitidamente il caso di quei “minori privi dell’assistenza morale e materiale da parte dei genitori” e quindi “certamente quelli dichiarati in stato di adottabilità..., ma anche... quelli per i quali, nei casi di incapacità dei genitori, non si renda necessario il procedimento per la dichiarazione di adottabilità... essendo già presente una soluzione rispondente pienamente all’interesse del minore” e che si trovino quindi in stato di cd. semi-abbandono.

Per converso, secondo questa lettura, è da escludersi che tale ipotesi possa essere estesa fino a ricomprendervi il caso di quei minori che si trovino nella “giuridica impossibilità di un affidamento preadottivo perché non sussiste alcuno stato di abbandono”, e cioè tutti quegli altri che non siano adottabili.

La motivazione di questa scelta interpretativa si regge su argomenti letterali e sistematici che si contrappongono a quelli adottati dalla Cassazione, e conclude osservando “come il riconoscimento della possibilità di adozione da parte del compagno del genitore finisca col profilarsi come confliggente col disposto legislativo, che prevede espressamente come requisito per l’adozione il matrimonio dell’adottante con il genitore del minore”, ragion per cui questa diversa interpretazione “comporterebbe come logica conseguenza l’abrogazione della b) del comma 1 dell’art. 44, la cui sussistenza non avrebbe più alcun senso”.

Insomma, per i Giudici minorili milanesi, l’adozione del convivente non è consentita dalla legge.

4. Primi spunti interpretativi dell’«impossibilità di affidamento preadottivo»: il rapporto tra lettera b) e lettera d) dell’art. 44 e la loro interpretazione logica.

Quest’ultimo assunto offre un importante punto di partenza per interpretare il significato dell’«impossibilità di affidamento preadottivo» cui si riferisce il legislatore.

In questo caso il sovvertimento dell’ordine previsto dalla classica metodologia esegetica, e dunque la posposizione dell’interpretazione letterale a quella logica, sembra giustificato dall’immediata evidenza di un’elementare constatazione.

Infatti, il caso del minore che non si trovi in stato di abbandono perché già accudito da un genitore che sia in grado di sovvenire ai suoi bisogni è specificamente disciplinato dalla lettera b) dell’art. 44.

Questa disposizione ne consente l’adozione al solo coniuge del suo genitore.

Si badi che questa fattispecie non è connotata solo dal fatto che il minore non si trovi in stato di abbandono (o di semi-abbandono), ma anche dall’essere specificamente disciplinata da una norma che consente l’adozione “semplice” di quest’ultimo solamente a colui che possieda il predetto *status* coniugale.

La legge, dunque, non solo ha espressamente previsto il caso, ma ha pure limitato, e con assoluta precisione, il novero degli adottanti, dettando al riguardo un precetto assolutamente inequivocabile.

Essa ha dunque individuato una fattispecie e, nel contempo, ne ha dettato la *regula juris*. E lo ha fatto con assoluta precisione¹⁴.

Infatti, solo il coniuge può adottare il minore che «*sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge*».

Questa constatazione rende di per sé evidente che domandarsi se il legislatore possa aver voluto consentire l'adozione di quel minore anche a chi non sia il coniuge del suo genitore diviene un puro esercizio retorico.

*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*¹⁵.

Detto in altri termini, non si può pensare che il legislatore, nel contesto della medesima disposizione, abbia inteso contraddire alla lettera d) quanto aveva inequivocabilmente prescritto alla lettera b), consentendo l'adozione anche a colui cui l'aveva poc'anzi negata¹⁶.

È dunque l'interpretazione logica, prima ancora che quella letterale (di cui si dirà), a vietare un simile approdo esegetico, perché palesemente contraddittorio.

Queste elementari considerazioni consentono di comprendere come l'elegante tessuto argomentativo con il quale Cass. civ. n. 12962/2016 ha creduto di poter giustificare l'adozione del mero convivente sia in realtà privo della benché minima consistenza ed insuscettibile di esser rattoppato ricorrendo ai sottili artifici testuali ed extratestuali evocati dal Giudice di legittimità nella circostanza.

A non reggere il peso di una tesi razionalmente insostenibile è anzitutto l'argomento per cui «*l'art. 44, al primo comma, stabilisce che l'accertamento di una situazione di abbandono (art. 8, comma 1) non costituisce, diversamente dall'adozione legittimante, una condizione necessaria per l'adozione in casi particolari*».

Da questa premessa, indubbiamente fondata, non può infatti trarsi la conclusione per cui «*tale prescrizione di carattere generale si applica a tutte le ipotesi previste dalle lettere a), b), c) e d)*».

In primo luogo, sotto il profilo logico, tra premessa e conclusione non vi è la necessaria consequenzialità¹⁷, potendo darsi che ciò che non è richiesto da una norma generale sia invece prescritto da una speciale.

A questo proposito inoltre si consideri che, come si è visto, l'«*adozione in casi particolari*» ha per connotato specifico proprio la “particolarità” (e dunque l'eterogeneità) delle

¹⁴ In proposito si veda anche I. MASSA PINTO, cit., 8: «*La fattispecie astratta per il caso concreto era dunque in tutto e per tutto quella di cui alla lettera b)*».

¹⁵ Come osserva N. CIPRIANI, *La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali*, in *Dir. fam. e pers.*, 2015, 179: «*È altresì evidente che, nel porre la regola, il legislatore ha anche implicitamente individuato il limite della sua operatività, escludendola per le altre ipotesi nella quali mancasse il requisito del vincolo coniugale tra l'aspirante adottante e il genitore dell'adottando*».

¹⁶ Sostiene, invece, che il disposto della lettera b) «*nell'ammettere il coniuge all'adozione non esclude la rilevanza di altre situazioni che, nell'apprezzamento giudiziale, possano essere considerate meritevoli di tutela*», G. FERRANDO, cit., 11.

¹⁷ Il fatto che le premesse siano vere non implica di per sé stesso che sia altrettanto vera la conclusione che se ne trae. Per un *excursus* in tema di argomentazione giuridica si veda: G. CARCATERRA, *La logica nella scienza giuridica*, Torino, 2015, 25 e ss.

single fattispecie per le quali è stata prevista e dunque l'irriducibilità di ciascuna di esse ad una matrice comune¹⁸.

Pertanto, che lo stato di adottabilità non sia previsto come suo requisito generale non implica necessariamente che esso non lo sia per ciascuno dei singoli casi previsti dal legislatore.

Anzi, a ben guardare, proprio il caso previsto dalla lettera b) è il solo in cui certamente difetta il requisito dello stato di adottabilità del minore¹⁹.

Peraltro questa constatazione di carattere logico trova concreta conferma proprio nel disposto della lettera b), dal quale si ricava, per la "contraddizione che nol consente", che il legislatore non abbia voluto consentire alla lettera d) ciò che contemporaneamente aveva negato alla lettera b), e cioè l'adozione del convivente.

Di più, sempre sul piano logico, tale constatazione diviene un decisivo argomento interpretativo proprio del precetto dettato dalla lettera d).

Da essa infatti si ricava che il minore già assistito da un genitore capace di accudirlo non possa esser dato in adozione semplice, se non nel caso (del tutto eccezionale) esplicitamente previsto dalla lettera b), con l'inevitabile conclusione (questa sì assistita dal necessario nesso di consequenzialità) che il minore non adottabile (perché provvisto di assistenza genitoriale) non possa comunque esser quello cui si riferisce la lettera d) quando evoca una «*constatata impossibilità di affidamento preadottivo*».

Se il minore assistito da un solo genitore (per il quale sarebbe impossibile un affidamento preadottivo) può esser dato in adozione al solo coniuge di questi (e, per di più, in virtù di una norma di natura eccezionale), evidentemente non è pensabile che possa esser adottato anche da altri, per cui non si vede come potrebbe essere applicabile nei suoi riguardi quanto previsto dalla lettera d).

È appena il caso di osservare come la tesi contraria implichi necessariamente una sostanziale abrogazione del precetto di cui alla lettera b), perché se il minore che si trovi nelle condizioni ivi indicate potesse essere adottato anche da colui che non è coniuge del suo genitore, tale disposizione verrebbe privata di qualsiasi effetto precettivo²⁰.

Si noti come questa considerazione confermi ulteriormente le conclusioni dianzi formulate perché sarebbe anche di per sé sola sufficiente a motivare la reiezione della tesi accolta da Cass. civ., n. 12962/2016.

¹⁸ A questo riguardo la sentenza annotata osserva come "ciò che unisce i casi, "speciali", nell'art. 44 è solo il comune denominatore dell'assenza dei presupposti per l'adozione "piena" di cui all'art. 7, che però sono diversi per ciascun caso".

¹⁹ Come osserva la sentenza in commento quando, allo scopo di contestare "la portata attribuita dal primo comma dell'art. 44" da Cass. civ., n. 12962/2016, condivisibilmente osserva che la "possibilità che si faccia luogo all'adozione in casi particolari anche senza che il minore sia stato dichiarato in stato di adottabilità" affermata dalla prima parte del citato comma 1 in concreto deve riferirsi al solo caso "di cui alla lettera b) dell'adozione da parte del coniuge, il solo in cui non sia in discussione l'abbandono".

²⁰ Anche questo aspetto è puntualmente rilevato dalla sentenza annotata: "Affermare quella possibilità comporterebbe come logica conseguenza l'abrogazione della lettera b) del comma 1 dell'art. 44, la cui sussistenza non avrebbe più alcun senso". Negli stessi termini, in dottrina: E. GIACOBBE, cit., 264.

Ciò sulla base del criterio ermeneutico per cui tra più interpretazioni possibili deve preferirsi quella che attribuisce ad una disposizione un qualche effetto rispetto a quella che ne annulla il significato precettivo²¹.

5. L'interpretazione letterale.

Le argomentazioni di ordine logico sin qui illustrate trovano comunque puntuale conferma nell'interpretazione letterale della disposizione di cui alla lettera d) dell'art. 44.

Infatti, la “constatata impossibilità” cui fa riferimento il legislatore non può che avere ad oggetto l’“affidamento preadottivo” del minore che si trovi in stato di abbandono e che, ciò nondimeno, per le ragioni più diverse, non sia stato possibile dare in affidamento.

L'espressione stessa utilizzata dal legislatore chiaramente allude ad un “accertamento” che non può essere se non quello giudiziale²².

Ma se l'oggetto di questo accertamento è l'«impossibilità dell'affidamento preadottivo», esso non può che riguardare l'impossibilità di affidare un minore che già si trovi in stato di abbandono²³.

Sarebbe infatti privo di senso e di qualsiasi finalità pratica accertare giudizialmente che, al contrario, un minore non si trovi in “stato di abbandono” e che per questo motivo non possa essere dato in affidamento.

Peraltro, sempre sul piano della *littera legis*, la dottrina ha osservato che «*se la legge avesse voluto riferirsi ai casi di impossibilità giuridica, probabilmente si sarebbe espressa non in termini di “impossibilità”, ma di “inopportunità” dell'affidamento preadottivo*»²⁴,

²¹ In proposito si veda: M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, Padova, 2013, II, 484.

²² Anche se, giova sottolinearlo, è stato superato il più rigoroso orientamento giurisprudenziale di segno contrario (Trib. Minorenni Roma, 22/12/1992, citata), per cui da tempo si ritiene che tale accertamento non debba necessariamente preesistere al procedimento giudiziale relativo all'adozione, ben potendo lo stato di adottabilità essere pronunciato anche dal Giudice di quest'ultimo: Trib. Minorenni Catanzaro, 21.9.2004, in *Giur. merito*, 2005, 10, 2072; Trib. Minorenni Perugia, 22.7.1997, in *Giur. merito*, 2000, 565.

²³ Come ha puntualmente rilevato la dottrina, «*è del tutto evidente, del resto, quale sia la funzione della norma in questione: evitare la cd. “istituzionalizzazione” di un minore abbandonato e garantirgli comunque un rapporto genitoriale, per quanto limitato sotto diversi profili, anche laddove non si riesca a conseguire il risultato di un'adozione “piena”*» (F. BILOTTA, cit.). Ed ancora: «*Più precisamente, si tratta di casi nei quali, pur dichiarato lo stato di abbandono, il minore non riesce ad essere inserito in una nuova famiglia perché ormai grandicello, per difficoltà caratteriali, per infermità*», con la precisazione che «*a tali vicende, si può aggiungere anche l'ipotesi in cui l'affidamento preadottivo abbia luogo, ma venga interrotto senza poi trovare altra copia in grado di “corrispondere alle esigenze del minore”*» (C. RUSCONI, cit., 12). In altre parole, si tratta del caso di quei «*minori che, pur avendo i requisiti per l'adozione piena, non abbiano potuto beneficiarne*» (G. CATTANEO, *Adozione*, in *Digesto discipline privatistiche*, Sezione civile, Torino, 1987, I, 117). «*Infatti, quando la lett. d) dispone che si può procedere ad adozione in casi particolari “quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo”, non può voler dire altro che si è (già) nella fase in cui, a seguito di dichiarazione di adottabilità, si sta cercando (invano) una famiglia adottante ex art. 7*» (I. MASSA PINTO, cit., 5).

²⁴ C. RUSCONI, cit., 14. Ivi, nella nota 57, si legge: «*L'osservazione è comune a più autori; per riferimenti, Sesta (a cura di), Codice della famiglia*, [Milano, 2015], p. 2262. *La problematicità del richiamo all'impossibilità deriva anche dal fatto che si tratta di un concetto tipico del diritto civile patrimoniale, dove segna i limiti della responsabilità del debitore (cfr. L. MENGONI, Responsabilità contrattuale, in Scritti, II - Obbligazioni e negozio, a cura di C. Castronuovo - A. Albanese - A. Nicolussi, Milano, 2011, pp. 301 e ss.). Il riferimento alla nozione di impossibilità appare in altre norme di diritto minorile; si consideri, ad esempio, il nuovo art. 337-bis, co. 2 c.c. dove*

come peraltro sottolinea anche la sentenza in commento²⁵.

È quindi giocoforza riconoscere che la lettera della legge non offre alcun appiglio ad un'interpretazione estensiva del caso previsto dalla lettera d), tale da ricomprendervi anche l'"impossibilità di diritto" ovvero il caso del minore che non si trovi in stato di abbandono.

Né questa conclusione può essere mutata ampliando il campo d'indagine dell'interprete, e cioè leggendo il testo della lettera d) in connessione con la prima parte del comma 1 dell'art. 44, per cui l'adozione particolare è possibile «*anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7*», e cioè lo stato di abbandono del minore.

Pur tralasciando il fatto che una simile lettura è vietata dalle ragioni di ordine logico che si sono già illustrate, si noti che lo stato di abbandono, per quanto non rappresenti un requisito inderogabile dell'adozione "semplice", è invece prescritto come tale proprio dall'enunciato della lettera d) con riferimento al caso ivi contemplato²⁶.

Pertanto, la specifica *regula juris* dettata dall'enunciato riguardante il singolo caso considerato dalla lettera d) non potrebbe essere vanificata ricorrendo strumentalmente all'anzidetta chiave di lettura, e cioè ponendo detto enunciato in connessione con l'*incipit* dell'art. 44.

6. L'interpretazione sistematica.

Le conclusioni dianzi illustrate ricevono un'ulteriore conferma da un'interpretazione sistematica che consideri l'intero complesso dispositivo dell'art. 44.

Sotto questo profilo è davvero singolare come sia stato sino ad ora ignorato (anche da Cass. civ., n. 12962/2016) il rilievo che indubbiamente riveste la prima parte del comma 3 di questa disposizione: «*Nei casi di cui alle lettere a), c), e d) del comma 1 l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato*».

Questo enunciato, infatti, esprime un precetto irrefutabile e manifesta una volontà inequivoca del legislatore.

L'adozione del singolo, pur possibile nei "casi particolari" contemplati dall'istituto in esame, viene ammessa solo in tre delle quattro ipotesi considerate dalla norma.

L'unico caso che rimane escluso da questa previsione è quello previsto dalla lettera b).

l'impossibilità appare peraltro intesa come impedimento fattuale.

²⁵ «Come rimarcato da autorevole dottrina, se il legislatore avesse voluto ampliare l'ambito della previsione, avrebbe usato altri termini, non quello di "impossibilità"».

²⁶ In tal senso si è giustamente rilevato che «quanto alla lettera della legge, si può osservare, oltre a quanto sopra esposto, che è pur vero che l'*incipit* dell'art. 44 sembra introdurre un'eccezione al presupposto dello stato di abbandono, ma la lett. d) recupera questo requisito, posto che nella legge l'affidamento preadottivo (la constatazione della sua impossibilità) identifica in modo univoco la fase successiva della dichiarazione di adottabilità (per i primi interpreti della l. 184 si trattava di un dato evidente: cfr. A. - M. Finocchiaro, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, cit., p. 438; Sacchetti, *Adozione e affidamento dei minori. Commento alla nuova legge 4 maggio 1983, n. 184*, [Santarcangelo di Romagna, 1983], 146)» (C. RUSCONI, cit., 17, in nota 69).

Quindi solo quando il minore è assistito da un genitore, la legge vieta l'adozione "semplice" del singolo.

Tale è anche il convivente del genitore, al quale dunque (pure) questa specie di adozione deve reputarsi preclusa non già sulla base di un'interpretazione, più o meno opinabile, ma, in realtà, per chiaro ed espresso dettato normativo²⁷.

Si noti come, combinando il precetto di cui al citato comma 3 col disposto della lettera b), comma 1 dell'art. 44, si ottiene che l'unica eccezione al divieto anzidetto è disposta in favore del coniuge del genitore dell'adottando.

Ed ancora, si osservi come tale eccezione appaia giustificata dalla *ratio* di consentire, in tal modo, la ricomposizione di una "coppia genitoriale", ciò che si pone in perfetta coerenza con le finalità generali del sistema adozionale delineato dalla legge 184/1983.

Ovviamente nessuna ricomposizione di tal genere sia attuerebbe qualora l'adozione "semplice" venisse disposta in favore del convivente, che non forma una "coppia genitoriale" (nel senso voluto dal legislatore, e cioè fondata sul matrimonio) col genitore dell'adottando.

Leggendo l'art. 44 nel suo complesso e non isolandone le singole proposizioni dispositive, quindi, la conclusione testé illustrata appare davvero inevitabile.

Ci si chiede allora per qual motivo Cass. civ., n. 12962/2016 abbia ignorato un dato testuale così importante, benché, per sostenere la propria tesi ermeneutica, si fosse prefissa di ricostruire il «quadro normativo costituito dalla legge n. 184 del 1983», anche attraverso un «esame testuale delle norme» che disciplinano «l'adozione in casi particolari».

La sensazione è che il Collegio, in quel caso, più che su un esame di tal genere abbia, in realtà, concentrato la propria attenzione sulla problematica sottesa alla peculiarità del caso sottoposto al suo scrutinio.

Questo riguardava, infatti, l'adozione richiesta da una donna convivente con la madre dell'adottando e legata ad essa da una relazione affettiva omosessuale, domanda che era stata accolta dalla Corte d'appello di Roma²⁸.

La scelta del Giudice di legittimità è stata quella di confermare questa decisione, ma la motivazione addotta suggerisce che si tratti di un argomento giustapposto ad una decisione quanto mai desiderosa di dimostrarsi "politicamente corretta", e perciò fondata su un risultato esegetico che non doveva apparire discriminatorio nei riguardi della richiedente²⁹.

Questa impressione trova puntuale conferma nella motivazione della sentenza, lad-

²⁷ In tal senso si veda Trib. Minorile Milano, n. 261/2016, citata, pressoché coeva della sentenza in commento, che si distingue per l'amplessima e quanto mai argomentata motivazione, anche a questo specifico riguardo.

²⁸ App. Roma - sez. minori, n. 7127/2015, citata.

²⁹ «Questa sentenza della Corte di Cassazione è l'ennesimo sintomo del fallimento della pretesa di de-soggettivizzare l'applicazione del diritto. La pronuncia s'inserisce infatti a pieno titolo nel clima costituzionale neocostituzionalistico dei nostri tempi, in cui si privilegiano l'autorevolezza e la forza persuasiva dei ragionamenti giudiziari rispetto alla voluntas autoritativa proveniente dalla legittimazione politica» (I. MASSA PINTO, cit., 3; ivi si rinvia, alla nota 4, all'ampia letteratura costituzionalistica sul citato "clima neocostituzionalistico" e sulla conseguente mutazione genetica della "figura classica del giudice").

dove il Giudice di legittimità, riferendosi alla nota decisione della Corte CEDU “X contro Austria”³⁰, osserva che “il rilievo della pronuncia rispetto al presente giudizio si coglie in relazione all’applicazione del paradigma antidiscriminatorio”.

Ciò nonostante la natura omosessuale del rapporto che legava la ricorrente e la madre dell’adottando fosse in realtà totalmente irrilevante nel caso specifico³¹, per cui quest’ultimo non si prestava comunque a discriminazioni fondate sull’orientamento sessuale della richiedente.

Infatti la questione di diritto sottoposta all’esame della Cassazione riguardava la sussistenza o meno del diritto del singolo ad adottare un minore che si trovasse nelle condizioni previste dalla lettera b) dell’art. 44, e ciò a prescindere dall’orientamento sessuale del richiedente.

Questo aspetto era stato adeguatamente evidenziato pure dalla dottrina³².

Ciò nondimeno è innegabile che il predetto intento antidiscriminatorio abbia esercitato una sorta di attrazione fatale sui Giudici di Piazza Cavour, al punto da indurli a trascurare un dato testuale così importante come quello che si è testé posto in evidenza, privilegiando altri argomenti che, in realtà, sono facilmente confutabili, come si è visto e come ha dimostrato anche la sentenza annotata.

A tanto va soggiunto che, nella medesima sentenza, la Corte si è peritata di dimostrare come l’orientamento espresso a favore dell’adozione del singolo nel caso in esame non si ponesse “in contrasto con la scelta ermeneutica assunta” dal medesimo Collegio con “la sentenza di questa sezione n. 22292 del 2013³³, con orientamento confermato dalla successiva n. 1972 del 2015”, decisioni queste che avevano sposato l’orientamento opposto.

Le due pronunce citate avevano infatti delineato la nozione di «*impossibilità dell’affidamento preadottivo*» ai sensi dell’art. 44, esprimendosi in modo molto netto: «... *deve condividersi infatti l’opinione secondo cui la norma contenuta nell’art. 44 individua delle ipotesi tassative e di stretta interpretazione, le uniche quindi che possano legittimare la proposizione di una richiesta di adozione in casi particolari. Cosicché è contrario alla ratio legis dell’art. 44 dilatare la nozione di “impossibilità di affidamento pre-adottivo” ricomprendendovi non solo l’ipotesi del mancato reperimento (o del rifiuto) di aspiranti all’adozione legittimante ma anche l’ipotesi del contrasto con l’interesse del minore, in quanto criterio guida di tutta la normativa sull’adozione. La valutazione dell’interesse del*

³⁰ Corte europea dei diritti dell’uomo, 19.2.2013, n. 1902/2013, ricorso n. 19010/07, in www.echr.coe.int. Per una ricostruzione della giurisprudenza CEDU in tema di adozione e coppie omosessuali, nonché in merito al contenuto della sentenza “X contro Austria” mi permetto di rinviare a G. MIOTTO, cit., 1354.

³¹ E ciò proprio perché «*si trattava di un’adozione non in relazione ad una coppia, ma rispetto ad un singolo*» (C. RUSCONI, cit., 17).

³² Era stato, infatti, puntualmente segnalato “*un “errore” metodologico dell’impostazione della questione giuridica da risolvere*” perché “*l’assenza di una limitazione, esplicita o implicita, relativa all’orientamento sessuale dell’adottante o alla eventuale convivenza omosessuale con il genitore dell’adottando, ai fini dell’adozione particolare*” valorizzata dalla sentenza di cui si discute “*risulta assolutamente irrilevante con riferimento alla questione di cui si tratta*” (R. CARRANO e M. PONZANI, cit., 1554). Nello stesso senso: G. MIOTTO, cit., 1339.

³³ Si tratta di Cass. civ., sez. I, 27/09/2013, n. 22292, citata.

minore non è affatto esclusa da una interpretazione coerente alla volontà del legislatore di configurare un istituto specifico e destinato ad operare solo in casi particolari ma trova la sede propria di valutazione nel giudizio relativo allo stato di adottabilità e nel procedimento di adozione. Ne deriva che l'ipotesi dell'adozione per impossibilità di affidamento preadottivo rappresenta un'ipotesi subordinata al mancato esito dell'adozione legittimante...».

Date queste premesse, la I sez. della Cassazione aveva concluso che «... la scelta del legislatore è nel senso di privilegiare l'adozione legittimante e di configurare come ipotesi residuale o subordinata l'adozione in casi particolari, nei quali peraltro non si può considerare compreso quello in esame, se non a costo di vanificare completamente, in nome della ricerca del superiore interesse del minore, la tipicità dei presupposti legittimanti la domanda di adozione ex art. 44».

Pertanto la stessa Corte di Cassazione aveva già bocciato l'interpretazione estensiva della lettera d) dell'art. 44 successivamente accolta dalla sentenza n. 12962/2016.

L'argomento addotto da quest'ultima per affermare che non si sarebbe trattato di un *revirement* (peraltro sempre del tutto legittimo, se adeguatamente motivato) è francamente sorprendente, perché consisterebbe nel diverso fine per il quale la disposizione anzidetta era stata invocata in quel caso (e cioè per un asserito conflitto dell'adozione legittimante con l'interesse del minore³⁴).

In realtà, non è dato comprendere come sia possibile interpretare in un modo una disposizione ad un determinato fine ed in maniera opposta ad un altro...

Ciò significa attribuire al medesimo enunciato due significati precettivi non solo diversi, ma addirittura inconciliabili, se non opposti, ciò che è palesemente irrazionale.

Questa sorta di non persuasiva *excusatio* addotta dalla suddetta decisione di legittimità, in realtà, contribuisce a palesare la distonia della soluzione ermeneutica adottata rispetto alla piana lettura del diritto positivo che si ottiene applicando alle disposizioni in esame i tradizionali criteri interpretativi.

Sempre sul piano dell'interpretazione sistematica occorre pure ribadire come l'adozione da parte di persone singole, e cioè non unite in matrimonio, rappresenti un'eccezione ad una regola, quella della coppia genitoriale unita in matrimonio, che il legislatore ha posto a fondamento dell'intero sistema adozionale, sulla base di una «presunzione assoluta di stabilità» di questo genere di coppia³⁵, ritenendola per tal motivo la più idonea ad accogliere un minore abbandonato, che di questa stabilità ha un bisogno vitale.

³⁴ «Le due pronunce definiscono la nozione d'impossibilità dell'affidamento preadottivo in relazione alla richiesta di adozione ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), da parte di una coppia affidataria riferita ad un minore che era già in affidamento preadottivo presso altra coppia, perchè in corso il procedimento volto all'adozione legittimante. In questo peculiare conflitto, la Corte ha ritenuto che l'impossibilità dell'affidamento preadottivo non potesse desumersi dall'allegato contrasto della scelta dell'adozione legittimante con l'interesse del minore. La condicio legis in questione viene, pertanto, esplorata sotto un versante del tutto diverso ed autonomo da quello oggetto del presente giudizio. La menzionata L. n. 173 del 2015, volta a facilitare l'accesso all'adozione legittimante da parte delle famiglie affidatarie che abbiano condiviso con il minore un lungo periodo di affidamento, è stata introdotta anche al fine di evitare conflittualità quali quelle alla base delle due richiamate pronunce».

³⁵ V. SCIARRINO, cit., 409.

Non pare dunque potersi revocare in dubbio l'assunto per cui l'adozione del singolo, nel nostro ordinamento, sia oggetto di norme eccezionali, quali debbono quindi reputarsi quelle dettate dall'art. 44, commi primo e terzo.

Al che necessariamente consegue, pure per questa ragione³⁶, l'inammissibilità di un'interpretazione estensiva della lettera d) diretta ad ampliare la sfera applicativa dell'adozione "semplice" ai casi di impossibilità "di diritto" (e perciò pressoché a tutti i minori, come si è visto), compreso quello espressamente disciplinato dalla lettera b), per estenderla anche al convivente.

7. La categoria giuridica dell'impossibilità "di diritto" dell'affidamento preadottivo: un evidente paradosso.

Occorre poi osservare come la soluzione escogitata per giungere ad un diverso approdo sul piano interpretativo, e cioè la categoria giuridica dell'impossibilità "di diritto" dell'affidamento preadottivo, nasconda un'innegabile debolezza concettuale e racchiuda in sé un evidente paradosso.

Infatti, questa categoria giuridica, a ben guardare, ricomprende in sé tutti i minori che non si trovino nello stato di adottabilità di cui all'art. 7 della legge n. 184/1983, e cioè, all'atto pratico, la generalità dei minori che sono non adottabili.

Ciò in quanto le rispettive famiglie sono «*in grado di provvedere alla [loro] crescita e alla [loro] educazione*», al contrario di quel che prevede l'art. 1, comma 4 della legge n. 184/1983 (coerentemente col disposto dell'art. 30 Cost.).

Si noti che la categoria giuridica dell'impossibilità "di diritto", essendo ricavata in negativo rispetto al ristretto novero dei minori per i quali invece l'affidamento preadottivo è

³⁶ Sul fatto che non sia possibile l'interpretazione estensiva delle norme eccezionali si è recentemente espressa la Suprema Corte: Cass. civ., 27.9.2013, n. 22292, in *Guida al diritto*, 2013, 46, 34. *Contra*: Cass. civ., 21.7.1995, n. 7950, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 697, con nota di A. GABRIELLI. Com'è noto, il dibattito sulla natura delle norme eccezionali (anche in rapporto a quella delle norme speciali) e sull'ammissibilità della loro interpretazione estensiva è tutt'oggi ben lontano dall'esser sopito. Quanto alla prima, tuttavia, pare ancora d'attualità quanto scriveva R. QUADRI (*Applicazione della legge in generale*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di SCIALOJA e M. BRANCA, Bologna-Roma, 1974, 307): «*Il carattere che positivamente distingue il diritto speciale dal diritto eccezionale è proprio di essere il primo è una entità, considerata nella sua obiettivizzazione, "razionale" e come tale suscettibile di espansione logica, funzionale, di essere invece il secondo, obiettivamente considerato (a prescindere dei motivi che ne determinarono l'emanazione), una entità "non razionale" risolvendosi in una mera descrizione o rappresentazione di situazioni determinate, rappresentazione che è, per sua natura, specifica, particolare, puntuale. In questo senso depongono certamente i testi romani la cui tematica è quella di escludere ogni sviluppo logico: "quod contra rationem juris introductum est, non est deducendum ad consequentias"*. Alla luce di questa prospettazione non possono nutrirsi dubbi sul fatto che le ipotesi di "adozione semplice" previste dall'art. 44, per la loro natura "puntuale" (vorremmo dire spiccatamente "casistica" ed eterogenea), non si presentano affatto come un'entità "razionale" (dotata di unità interna, connotata da sistematicità e suscettibile di espansione logica), ragion per cui paiono rappresentare un caso esemplare di norma eccezionale. Quanto invece alla possibilità di un'interpretazione estensiva delle norme eccezionali, la giurisprudenza della Suprema Corte, dopo più di qualche incertezza, pare essersi consolidata in senso negativo (Cass. civ., 12.09.2013, n. 20905, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv 628284; Cass. civ., 22.03.2013, n. 7294, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv 625930; Cass. civ., 14.03.2013, n. 6572, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass. civ., 16.10.2012, n. 17764, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 10, 1219).

reso possibile dalla sussistenza dell'anzidetta condizione, non contiene in sé alcun criterio tale da permettere di selezionare ulteriormente quei minori che, in ipotesi, si trovino in situazioni di maggior bisogno assistenziale rispetto ad altri.

Pertanto, si deve necessariamente concludere che essa individua indiscriminatamente la generalità dei minori che non possono essere dati in affidamento preadottivo, non trovandosi nelle condizioni previste dalla legge, compresi quelli che, ad esempio, siano convenientemente assistiti da entrambi i genitori...

Ciò per il semplice fatto che riguardo a tutti costoro sussiste l'impossibilità "di diritto" di un affidamento preadottivo, non trovandosi essi in stato di abbandono.

Con la conseguenza che tutti i minori, nessuno escluso, potrebbero essere dati in adozione "semplice", in quanto il disposto dalla lettera d) dell'art. 44 si riferirebbe proprio a tutti quelli che non si trovino in stato di abbandono (ovviamente, oltre agli adottabili che non sia stato possibile dare in affidamento, per i quali sussiste invece un'impossibilità "di fatto" all'affidamento anzidetto).

Ci si chiede anzitutto se una simile categoria giuridica possieda una propria intrinseca razionalità.

Essa, infatti, estenderebbe l'adozzabilità prevista dall'art. 44 pressoché all'intera platea dei minori, escludendo solo quei pochi che si trovino in stato di abbandono e per i quali sia invece concretamente possibile l'adozione legittimante.

Ciò con il corollario per cui, accogliendo la tesi dell'impossibilità "di diritto", tutti i minori sarebbero adottabili, in un modo o nell'altro.

Sicché il caso previsto alla lettera d), se interpretato in tal modo, potrebbe essere utilmente importato per far luogo all'adozione di qualsiasi minore indiscriminatamente.

Non pare necessario argomentare come questa conclusione appaia davvero paradossale³⁷.

L'ulteriore domanda che sorge spontanea è se le conseguenze pratiche di una simile categorizzazione possano reputarsi compatibili con il fine proprio dell'adozione, che l'art. 30 della Costituzione identifica nella necessità di sopperire ai bisogni educativi ed assistenziali dei minori nei soli «*casi di incapacità dei genitori*» a soddisfarli.

Anche in questo caso una risposta negativa sembra del tutto inevitabile.

³⁷ Come ha puntualmente rilevato, ad esempio, il Trib. Minorenni Torino (citato da F. MASSA PINTO, cit., 7): *"La contraria opinione conduce tra l'altro, proprio perché eversiva del dato normativo, a ritenere adottabile nella forma della lett. d) ogni e qualunque minore non in stato di abbandono (perché normo-accudito da madre e padre)... Tale conclusione è palesemente inaccettabile alla luce del diritto positivo, poiché condurrebbe all'accoglimento della domanda di adozione proveniente da ogni soggetto... che intenda adottare il minore – come detto, definitivamente non in stato di abbandono – nella forma della lettera d)... il che appare francamente inconcepibile e contrario alla nozione medesima di adozione, fatta propria dal legislatore italiano"* (Trib. Minorenni Torino, 11/09/2015, n. 258, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 10205, con nota di A. Nocco).

8. Conclusioni.

Per converso, la tesi accolta dalla sentenza in commento appare francamente inattaccabile.

Come si è visto, l'adozione da parte della persona singola rappresenta un'eccezione alla regola che privilegia la coppia genitoriale unita in matrimonio, ed è ammessa solo nei casi previsti alle lettere a), c) e d), comma 1 dell'art. 44, e non in quello specificamente disciplinato dalla lettera b) (se non in favore del coniuge del genitore dell'adottando), per effetto di quanto disposto dal comma 3.

Fra questi casi eccezionali non rientra pertanto quello del convivente del genitore dell'adottando, come rettamente ha deciso il Tribunale per i minorenni di Milano.

Di questo, e non di altro, invero, si discuteva nel caso deciso dalla sentenza annotata, così come in quello sul quale ha invece pronunciato la Cassazione con la sentenza n. 12962/2016.

Seguendo, invece, la via che quest'ultima ha voluto percorrere ai fini dell'adozione si finisce per approdare ad un'equiparazione della famiglia di fatto, e perfino della mera convivenza *more uxorio*³⁸, alla famiglia "matrimoniale", ciò che si pone in palese contrasto non solo con la lettera della legge, come riteniamo di aver dimostrato, ma con la sua stessa *ratio* ispiratrice.

Occorre aggiungere che nulla ha innovato in materia l'art. 20 della legge 20 maggio 2016, n. 76 laddove, dopo aver disposto che «*le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti... si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso*», ha escluso l'"applicabilità" di tale disposizione a quelle «*di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184*», stabilendo che «*resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*»^{39 40}.

³⁸ Sulla rilevanza giuridica della distinzione tra "famiglia di fatto" e convivenza *more uxorio*, si veda V. SCIARRINO, cit., 401 e ss.

³⁹ In proposito si veda quanto argomentato da Trib. Min. Milano, n. 261/2016, citata.

⁴⁰ Per un'interpretazione di quest'ultima, amletica disposizione alla luce dell'intreccio fra il tormentato percorso parlamentare che ha condotto all'approvazione della legge n. 76/2016 e l'evolversi della giurisprudenza sull'art. 44, lett. d) della legge n. 184/1983 si veda G. CASABURI, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*, in *Foro it.*, 2016, I, 2360 e ss., secondo il quale la prima disposizione anzidetta allude proprio alle più recenti interpretazioni giurisprudenziali della seconda. Per I. MASSA PINTO (opera citata, 10) «*si risolve in una sorta di delega ai giudici di decidere, caso per caso, in merito all'adozione del figlio del partner omosessuale, pur dovendosi ribadire che la legge n. 76/2016 non ha previsto la "estensibilità della disciplina di cui alla legge n. 184 del 1983 ai componenti delle unioni civili omosessuali"*. Per C. MURGO, *Dall'impossibilità dell'affidamento preadottivo verso l'unicità dell'istituto dell'adozione*, in *Giustizia civile.com*, 07.12.2016, «*il legislatore delle unioni civili e della disciplina delle convivenze ha pertanto escluso l'adozione congiunta del minore in favore del partner di una unione civile sia con riguardo all'adozione piena... sia nell'ipotesi dell'adozione in casi particolari*», ciò che tuttavia non ha escluso «*l'opera costante delle corti che, facendo in prevalenza applicazione dell'art. 44, lettera d), l.n. 184 del 1983, hanno disposto l'adozione in casi particolari dei figli dei partner omosessuali, anche in via reciproca*». Alle stesse conclusioni sostanzialmente perviene G. FERRANDO, cit., 11 e ss., laddove rileva che «*il testo definitivamente approvato non prevede più la possibilità che il partner possa adottare il figlio dell'altro secondo quanto dispone, per il coniuge, l'art. 44, lett. b)*», paventando al riguardo un «*problema di ragionevolezza*», ma poi osserva che pur dovendosi escludere l'applicabilità dell'art. 44, lett. b), potrebbe in questi casi farsi applicazione di quanto previsto dalla «*lettera d)*», che invece «*contiene una disciplina di carattere generale*» per i casi di «*impossibilità di affidamento preadottivo*», applicabile dunque al pure al partner omosessuale. Vi è da dire, tuttavia, che questo A. aderisce alla tesi della cd. "impossibilità di diritto", che, invece, per le ragioni

Da ciò, invero, si inferisce che, ai fini della lettera b) dell'art. 44 della legge n. 184/1983, la "parte dell'unione civile" non è equiparata al "coniuge" e che, in ogni caso, con la disciplina delle "unioni civili", il legislatore non ha inteso innovare «quanto previsto e consentito... dalle disposizioni vigenti» in tema di adozione.

Non vi è dunque motivo per modificare le conclusioni dianzi illustrate con riguardo all'interpretazione dell'enunciato della lettera d) dell'art. 44.

È, poi, appena il caso di osservare che la "riforma della filiazione" (d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154), così come le "modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare" (legge 19 ottobre 2015, n. 173), che la citata sentenza n. 12962/2016 ha invocato a sostegno dell'interpretazione estensiva dianzi richiamata, non hanno modificato in nulla la disciplina dei casi di adozione "semplice", né hanno ampliato la nozione di "stato di adottabilità" delineata dall'art. 7 della legge n. 184/1983, rendendo adottabili anche minori che precedentemente non lo fossero.

Pertanto, pare davvero indiscutibile che, alla luce della normativa vigente, quello tra adozione del convivente e diritto positivo sia un matrimonio impossibile.

GIAMPAOLO MIOTTO

precedentemente illustrate, riteniamo debba essere respinta. Tra i numerosi contributi riguardanti l'impatto della nuova normativa sulle "unioni civili" e la disciplina dell'adozione in casi particolari si vedano anche: S. STEFANELLI, Adozione del figlio del partner nell'unione civile, in <http://www.stefaniastefanelli.altervista.org/doc/Adozione.pdf>; L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1707 e ss.; M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e dir.*, 2016, 881 e ss.; A. ARGERI, *Unioni civili, convivenze e filiazioni*, in *Fam. e dir.*, 2016, 958 e ss.; S. ROSSI, *La "legge Cirinnà" tra love rights e politica del diritto*, in *Studium juris*, 2016, 979 e ss.; L. QUERZOLA, *Riflessioni sulla legge in materia di unioni civili*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2016, 843 e ss.; E. QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: spunti di riflessione*, in *Giust. civ.*, 2016, 2, 255.

