

Università degli Studi di Ferrara
Dipartimento di Studi Umanistici



Master in:
“Tutela, diritti e protezione dei minori”
a.a. 2020-21

*L’affidamento e l’adozione di minore:
istituti giuridicamente diversi e specifici a
confronto*

*Disamina di alcune particolari ipotesi di adozione (art. 44
lettera d Legge 184/1983, c.d. adozione mite, c.d. adozione
aperta) nel perseguimento del superiore interesse del
minore*

Relatore
Prof.ssa Stefania Tonini

Elaborato di
Barbara Vaciago

1. INTRODUZIONE

Gli istituti dell'affidamento e dell'adozione, dalla promulgazione della Legge n. 184 del 1983 - come novellata dalla Legge del 28 marzo 2001 n. 149 e come successivamente integrata dalla Legge n. 173 del 19 ottobre 2015 e dalla Legge 29 luglio 2020, n. 107¹ - sono entrati a far parte dell'ordinamento giuridico e sociale per sostenere il percorso evolutivo di crescita di quei minori (bambini e ragazzi), bisognosi di un intervento di tutela, destinato ad integrare, o addirittura a sostituire, il contesto della loro famiglia di origine. I due istituti, pur molto diversi fra di loro, sono previsti e regolati da un uniforme strumento legislativo, volto alla realizzazione del supremo interesse del minore, specificamente per quanto attiene al suo diritto a crescere in famiglia. D'altro canto, il perseguimento di tale interesse e di tale tutela trova la sua specifica fonte internazionale nella «*Convezione sui diritti del fanciullo*», fatta a New York il 20 novembre 1989, e nazionale nell'art. 30 della Costituzione italiana.

Per comprendere appieno la necessaria netta differenza fra l'istituto dell'affido e quello dell'adozione, così come espressa dalla Legge n. 184/83 (con particolare riferimento al Titolo I, art. 2 per l'affido e Titolo II, art. 8 per l'adozione), occorre fare riferimento alla Legge n. 431 del 1967 sull'adozione speciale, la cui promulgazione era stata preceduta da un ampio dibattito, dentro e fuori dalle Aule parlamentari (sinteticamente riferito in A.C. Moro nel suo *Manuale di diritto minorile*²). Essendosi, non senza fatica, affermata una nuova visione dell'adozione - laddove alla relazione fra genitori adottivi e figlio adottato si veniva a riconoscere piena dignità culturale e sociale, prima ancora che giuridica - necessariamente il Legislatore, con la Legge n. 184/1983, si trovò a dover ribadire con chiarezza la distinzione fra adozione legittimante (oggi denominata piena) e affido familiare.

Si noti che questo spostamento culturale e giuridico verso l'adozione piena, che ha di fatto superato il modello adultocentrico dell'affiliazione o della adozione c.d. ordinaria, sembra attualmente quasi rimesso in discussione, laddove si va, ad esempio, a valutare la mancanza nella legislazione italiana dello strumento dell'adozione semplice ("adoption simple" nella versione originale in francese della

¹ Legge 4 maggio 1983 n. 184, recante «*Diritto del minore ad una famiglia*».

Legge 28 marzo 2001 n. 149, "Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante «*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*», nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile".

Legge 19 ottobre 2015 n. 173, recante «*Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare*».

Legge 29 luglio 2020, n. 107 «*Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività connesse alle comunità di tipo familiare che accolgono minori. Disposizioni in materia di diritto del minore ad una famiglia*».

² Moro A.C. (2019), *Manuale di diritto minorile*, (6^a edizione), Zanichelli, pag. 285.

sentenza CEDU Zhou vs Italia, 33773/11³) come si trattasse di una “carezza”. In realtà, come si argomenterà in seguito, si possono rintracciare nella Legge n. 184/83 e successive modificazioni gli strumenti adatti a sopperire a questa presunta mancanza di un istituto alternativo all’adozione piena.

La divaricazione adozione/affido, così come regolamentata dalla Legge 184/83, appare, comunque, ancora valida, sotto due principali punti di vista:

- a) Rispondere, attraverso lo strumento più adeguato, in rapporto alla situazione effettiva di ogni singolo minore e della sua famiglia.
- b) Sensibilizzare, selezionare, formare le famiglie accoglienti in modo chiaro, incoraggiandole a candidarsi, all’uno o all’altro progetto di accoglienza.

L’architettura originaria della legge si è, però, nel tempo dovuta confrontare con varie questioni, come ad esempio il dibattito, mai del tutto esauritosi, sul concetto di abbandono e su quello di temporanea assenza di quel minimo di cure materiali, affetto e supporto psicologico necessario a consentire al minore un normale sviluppo psico-fisico⁴ e dunque sulla opportunità del ricorso all’applicazione dell’affidamento temporaneo, affiancato al recupero/sostegno della genitorialità dei genitori biologici. Proprio in relazione a questi due elementi (abbandono e temporaneità), si vuole, nel presente elaborato, prendere in esame la cosiddetta “zona grigia” di intersezione fra affido e adozione.

³ “La Cour est bien consciente du fait que le refus par les tribunaux de prononcer une adoption simple résulte de l’absence dans la législation italienne de dispositions permettant de procéder à ce type d’adoption, mais elle note également que certains tribunaux italiens, (paragraphe § 27 ci-dessus), avaient prononcé, par le biais d’une interprétation extensive de l’article 44 d), l’adoption simple dans certains cas où il n’y avait pas abandon” (2.12 CEDU Zhou vs Italia, 33773/11). Più in generale, l’art. 8 CEDU consacra il diritto del genitore ad ottenere misure idonee al riavvicinamento al proprio figlio e l’obbligo per le Autorità nazionali di dotarsi di strumenti concreti per la realizzazione di questa finalità, fatta salva la necessità di verificare nella situazione specifica quale sia l’interesse principale da salvaguardare tra quelli in conflitto.

⁴La giurisprudenza è conforme nell’affermare che *“lo stato di abbandono è una reale e non presuntiva situazione concreta da accertare”* e quando ci si trovi di fronte ad un’inidoneità intellettuale, culturale, affettiva e/o materiale, dei genitori, *“occorre accertare se essa abbia determinato un concreto stato di abbandono, nel senso che implica una irreparabile compromissione della crescita del minore”* (ex multis Cass. civ. n. 7139/1996). Sul concetto dell’esigenza del recupero delle capacità genitoriali e dell’*extrema ratio* dell’adozione, si veda Cass. civ., sez. I, ord. 31 dicembre 2021, n. 42142).

⁵ Rispetto alla diffusa convinzione che gli affidi siano tutti di lunghissima durata, si segnala che già nel 2010 risultavano in calo gli affidi familiari di durata superiore ai 24 mesi (dal 62,2% del 1999 al 48% del 2010). In: Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Direzione Generale per l’inclusione e le politiche sociali (2012), *Bambine e bambini temporaneamente fuori dalla famiglia di origine, affidamenti familiari e collocamenti in comunità al 31 dicembre 2010. Sintesi delle prime risultanze*. Quaderni della ricerca sociale n. 19.

Come è a tutti noto, in molte situazioni non è facile intraprendere con decisione uno dei due percorsi (affido temporaneo o adozione piena) e si ricorre, a volte per scelta e a volte per inerzia, ad affidi molto lunghi, comunemente detti *sine die* (in alcuni casi anche formalizzati come tali)^{5,6}.

Tralasciando l'aspetto un po' paradossale dell'utilizzo dell'ossimoro affido temporaneo *sine die*, oggetto della presente dissertazione è quello di comprendere:

- a) se l'affido *sine die* sia l'unico e/o il migliore strumento giuridico e sociale per supportare le situazioni a cui viene applicato;
- b) quanto venga utilizzato per scelta e quanto per inerzia, o addirittura per carenza di strumenti valutativi e prognostici.

Ci si chiede: se un bambino, poi ragazzo e infine giovane adulto, si trova a trascorrere gran parte del suo percorso di crescita all'interno di una famiglia affidataria, a quale famiglia si sentirà di "appartenere" veramente? O addirittura, si sentirà di appartenere almeno ad una famiglia?

L'affido *sine die*, diffusamente descritto da M. Chistolini⁷ in un saggio (volutamente provocatorio, ma allo stesso tempo ricco di argomentazioni e proposte), ha il grande limite di non assicurare uno stabile e definitivo radicamento nella famiglia affidataria, allo stesso tempo ufficializzando un non rientro nella famiglia di origine. In definitiva, anziché offrire al ragazzo in affido "*una famiglia in più*"⁸, si rischia, paradossalmente, di farlo diventare un "*senza famiglia*".

In una sorta di *continuum* sostanziale e giuridico possiamo individuare, come strumenti più stabilizzanti e tutelanti rispetto all'affido *sine die*:

- a) l'adozione in casi particolari ex art. 44 lettera d) Legge n. 184/83 (anche nella sua accezione di c.d. adozione mite);
- b) l'adozione piena nella possibile forma di adozione aperta.

Di questi due istituti si discuteranno alcune peculiarità, anche in relazione ad alcuni recenti pronunciamenti della giurisprudenza di legittimità.

⁶ Interessante il confronto quantitativo, disponibile in relazione alla regione Toscana, fra pronunciamenti di adozione piena vs. adozione in casi particolari: nel 2019 si sono conclusi i procedimenti per 49 adozioni ex art. 44 (di cui 17 ex lettera d) a fronte di 42 adozioni nazionali piene; da notare, però, che il dato sulle adozioni ex art. 44 lettera d non è disaggregato ed include, quindi, anche adozioni del partner all'interno di coppie omosessuali. In: Centro regionale di documentazione per l'infanzia e l'adolescenza (2021), *Gli scenari dell'adozione in Toscana tra adozione nazionale e adozione internazionale. Dati del tribunale per i Minorenni di Firenze al 31/12/2019*.

⁷ Chistolini M. (2015), *Affido sine die e tutela dei minori*, Franco Angeli.

⁸ De Rienzo E., Saccoccio C., Tonizzo F. (1994), *Una famiglia in più*, UTET.

2. Adozione in casi particolari, adozione c.d. mite e adozione piena aperta.

La legge n. 184 del 1983 (novellata con Legge n. 149 del 2001) all'art. 44 prevede la possibilità dell'adozione in casi particolari. La norma e, precisamente, la lettera *d*), offre la possibilità di trasformare in adozioni in casi particolari gli affidi *sine die*, ovviamente laddove se ne ravveda l'opportunità a beneficio del minore, a fronte di una disponibilità della famiglia affidataria/adottiva e con l'auspicabile (ma non indispensabile) consenso della famiglia di origine. Pur non trattandosi di un'adozione piena (e con effetti che ancora devono essere pienamente chiariti, nel combinato disposto con la riforma della filiazione intervenuta nel 2012/2013⁹ e con la recentissima sentenza della Corte Costituzionale n. 79 del 23/2/2022¹⁰), per certo assicura, a quei minori che vivono da molti anni in una famiglia affidataria e che, oltretutto, spesso hanno presumibilmente raggiunto un'età che consente vengano interpellati e coinvolti nella decisione, una stabilizzazione giuridica, affettiva ed emotiva, che l'affido provvisorio non è in grado, di per sé, di assicurare.

Certo è che la denominazione “*casi particolari*” fa pensare ad un utilizzo residuale di questa opportunità e, di conseguenza, potrebbe non essere più adeguata in futuro, giacché l'orientamento di numerose sentenze della Corte di Cassazione e della Corte EDU fanno, piuttosto, propendere per un orientamento sempre meno favorevole all'adozione piena, vista come *extrema ratio*, rispetto ad un auspicabile maggiore ricorso ad interventi adottivi di tipo alternativo, che salvaguardino la continuazione dei legami e dei rapporti con la famiglia d'origine.

Fra le applicazioni dell'art. 44 lettera *d*), possiamo collocare la c.d. **adozione mite** (il cui aggettivo fa pensare, di per sé, ad un istituto “accomodante”) che, come è noto, fa riferimento ad una sperimentazione processuale, avviata nel 2003 dal Tribunale per i Minorenni di Bari (Presidente Dott. F. Paolo Occhiogrosso). All'interno di una pronuncia del 2008¹¹ relativa ad un caso, peraltro sostanzialmente “di scuola”, si rinviene una lunga dissertazione che ripercorre criteri e procedure

⁹ Legge 10 dicembre 2012, n. 219, recante «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali» e D. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, recante «Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, ai sensi dell'art. 2 della Legge 10 dicembre 2012, n. 219».

¹⁰ La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 55 Legge n. 184 del 1983 (diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui stabilisce che l'adozione in casi particolari non fa sorgere alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, per violazione degli articoli costituzionali 3, 31 e 117 co.1, in riferimento all'articolo 8 della CEDU, che sancisce il diritto alla vita privata e familiare.

¹¹ Con il termine “semiabbandono” si fa riferimento a quelle situazioni in cui la famiglia del minore è, più o meno, insufficiente rispetto ai suoi bisogni, ma ha un ruolo attivo e positivo, che non è opportuno venga cancellato totalmente. Nello stesso tempo, non vi è alcuna ragionevole possibilità di prevedere un miglioramento delle capacità della famiglia, tale da renderla idonea a svolgere il suo compito educativo in modo sufficiente, magari con un aiuto esterno, curato dai servizi sociali. In tutti questi casi, non potendo essere pronunciata, in difetto di una situazione di abbandono morale e materiale del minore, la dichiarazione di adottabilità, si potrà far luogo all'adozione mite, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d) l. 4 maggio 1983, n.184. Tribunale per i minorenni di Bari, 7 maggio 2008 - Pres. e Rel. Occhiogrosso.

adottati dal Tribunale per i Minorenni di Bari, nonché una sorta di bilancio dei primi cinque anni dell'esperienza. La sperimentazione del Tribunale di Bari prevedeva, comunque, da un lato, la prassi operativa e, dall'altro, la realizzazione di un progetto culturale finalizzato a modificare la Legge n. 184/83. I dibattiti suscitati dalla sperimentazione di Bari hanno riguardato vari aspetti relativi a legittimità, efficacia, utilità dell'esperienza (si vedano, a titolo di esempio, le critiche avanzate, negli anni immediatamente successivi, da Santanera¹², Fadiga¹³, Ceccarelli¹⁴ e, a maggiore distanza temporale, e di conseguenza forse con maggiore equilibrio, da Montaruli¹⁵, attuale presidente del TM di Potenza e, in precedenza, giudice presso lo stesso TM di Bari).

Le critiche, a mio modo di vedere più significative, mosse a questo modello, perlomeno sul piano sostanziale, possono essere riassunte attorno a due nuclei:

- a) sarà veramente fatto ogni sforzo di recupero delle capacità genitoriali della famiglia di origine, laddove già si pensi *a priori* ad un possibile percorso di adozione mite?
- b) quali famiglie accoglienti verranno coinvolte in questi percorsi? Famiglie che, in realtà, aspirano all'adozione piena o famiglie affidatarie da riconvertire in adottive?

Nel corso degli anni in cui questo modello alternativo viene applicato, si fa spesso ricorso a famiglie che, per vero, aspirano all'adozione piena (un tempo, legittimante), occupando quindi, anche con una certa ambiguità, uno spazio emotivo e progettuale delle coppie molto delicato; potremmo quasi dire che, per governare il cosiddetto "limbo" relativo a determinate situazioni in cui versano i bambini, si è creato un "nuovo limbo", una nuova "zona grigia" relativa alle famiglie, non sempre pienamente consapevoli del progetto in cui si vanno ad incanalare.

Completamente diversa la circostanza in cui si propone l'adozione *ex art. 44 lettera d)* ad una famiglia che si trovi coinvolta in un affidamento di lunga durata che, nel tempo, possa evolvere in un progetto adottivo, anche se, comunque, non può mai essere data per scontata la disponibilità di una famiglia affidataria a trasformarsi in adottiva. Presso alcuni TM, sono state pronunciate sentenze di adozioni ai sensi dell'art. 44 lettera *d)* identiche alle ipotesi descritte nell'articolo citato, senza che venga fatto esplicito riferimento ad un modello di adozione mite, bensì utilizzando gli strumenti

¹² Santanera F. (2004), L'adozione mite: come svalORIZZARE la vera adozione. In *Prospettive assistenziali*, n. 147.

¹³ Fadiga L. (2008), Adozione aperta sì o no? In *Prospettive assistenziali*, n.161.

¹⁴ Ceccarelli E. (2005), Adozione mite e aperta: novità utili? Relazione tenuta alla Camera Minorile di Milano il 23/11/2005

¹⁵ Montaruli V. (2017), L'affidamento del minore e la continuità affettiva: rivisitazione dell'adozione mite e nuove prospettive in tema di adozione. Relazione tenuta a Catania il 13/06/2017 e riportata sul sito <https://www.questionegiustizia.it>

sociali e giuridici già disponibili, prendendo atto dell'evoluzione (o non evoluzione) dello specifico progetto di affidamento, del supremo interesse del minore, della disponibilità della famiglia accogliente a divenire adottiva e, dove possibile, di un consenso della famiglia di origine all'adozione in casi particolari.

Ancora differente, e direi sostanzialmente ragionevole, prospettare che l'affidamento potrà essere *sine die* (ed eventualmente trasformarsi in adozione in casi particolari) a famiglie che aspirino all'adozione piena, in quelle situazioni in cui sia stato possibile, già prima dell'abbinamento, formulare una prognosi francamente negativa, rispetto al possibile recupero delle capacità genitoriali della famiglia di origine.

In definitiva, ciò che sembra essere stato discutibile, riguardo alla sperimentazione del modello della c.d. adozione mite, è stata soprattutto la commistione dei due istituti (affidamento e adozione), con il ricorso a coppie aspiranti all'adozione piena, a fronte di bambini e ragazzi (e dei loro genitori biologici), il cui percorso era quantomeno ancora molto incerto.

Altri elementi critici relativi all'utilizzo dell'art. 44 lettera *d*), afferenti a tematiche di carattere giuridico e segnalati in alcuni dei contributi citati, sono:

- a) il non completo inserimento dell'adottato nella parentela dell'adottante (elemento che, forse, verrà superato alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 79 del 21/02/2022);
- b) la minore tutela della posizione della famiglia di origine, considerato che si può giungere ad una adozione ai sensi dell'art. 44 lettera *d*) senza passare da un pronunciamento di stato di adottabilità.

Il termine **adozione aperta**, di derivazione anglosassone, non nasce, almeno inizialmente, come sinonimo di adozione mite, anche se i due termini sono andati incontro, nel tempo, a una certa commistione e sovrapposizione, sia nella sostanza, che nell'utilizzo terminologico stesso. L'adozione aperta implica il mantenimento di contatti (variamente regolamentati) fra l'adottato e la sua famiglia di origine¹⁶.

Si tratta di un istituto, frutto dell'elaborazione della prassi giurisprudenziale minorile, quale forma peculiare di adozione piena, con caratteri meno rigidi e definitivi, caratterizzata dalla possibilità di mantenimento di rapporti tra il minore e la famiglia d'origine. Questa forma di adozione consente di applicare, in modo evolutivo, l'istituto dell'adozione piena e, al contempo, di evitare un'applicazione estensiva dell'adozione in casi particolari, con il rischio che essa divenga sostitutiva della prima. «Questo modello è frutto di una lettura evolutiva dell'art. 27, ultimo comma, L. 184/1983, volta a ritenere che l'inciso «con l'adozione cessano i rapporti dell'adottato

verso la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali» debba essere inteso in senso “meramente giuridico”, e non sia pertanto tale da ricomprendere anche relazioni affettive di fatto prive di rilevanza giuridica. Si tratta di un modello che recepisce ancor più a fondo l'insegnamento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo la quale la “cancellazione” della famiglia di origine dalla storia personale del minore può avvenire soltanto in casi effettivamente eccezionali ed estremi, quali quelli a) dei bambini non riconosciuti dalla nascita, b) dei bambini gravemente maltrattati da genitori inguaribilmente violenti e c) dei bambini totalmente trascurati da genitori radicalmente inesistenti sul piano educativo e affettivo.¹⁷»

Da segnalare anche che, negli ultimi anni, i due termini, mite e aperta, a fronte di origine e significato non coincidenti, sono andati sovrapponendosi sempre più, fino ad essere usati in modo congiunto, ad esempio, anche nella recentissima sentenza della Corte Costituzionale n. 79 del 23/02/2022 (punto 5.2.1)

¹⁶ A titolo del tutto esemplificativo si riporta la descrizione di un caso, così come descritto dall'avvocato Cecilia Gaudenzi del foro di Milano: “Tale principio è stato applicato dalla Corte d'Appello di Milano sez. V civile con sentenza n.3/2021 del 8/1/2021 a riforma della sentenza di non luogo a procedere sulla dichiarazione di adottabilità n.34/2020 del 3/2/2020 pronunciata dal Tribunale per i Minorenni di Milano.

Nel caso di specie il Tribunale per i Minorenni in seguito all'omicidio di una madre di minori ad opera del di lei compagno e padre dei minori, apriva un procedimento di adottabilità a tutela dei fratelli. Nel corso della trattazione alcuni parenti si proponevano di accogliere presso di loro i minori dichiarando di volersene prendere cura. Nel corso dell'istruttoria nonostante fosse emerso il forte legame, degno di tutela, che legava i minori ai parenti sia paterni che materni, emergeva anche l'estrema necessità per i minori di essere inseriti in un ambiente nuovo, esclusivamente dedito a loro e pertanto, sia il di loro Tutore che il Servizio Sociale chiedevano al Giudice di merito di dichiarare l'adottabilità dei minori e contemporaneamente stabilire le modalità più opportune affinché venisse garantito il mantenimento dei rapporti con i summenzionati parenti.

Nonostante ciò, il Tribunale per i Minorenni sanciva l'impossibilità di pronunciare una sentenza di adottabilità con l'apertura ai rapporti con i parenti in quanto in “*evidente contraddizione con le finalità proprie dell'azione stessa che intende dare a ciascun minore una nuova famiglia di appartenenza con rescissione dei legami con quella d'origine*”. Secondo il Tribunale di prime cure infatti, l'adozione aperta appariva più rispondente alle esigenze degli adulti non soddisfacendo l'esigenza dei minori di essere inseriti stabilmente esponendoli ad una confusività nelle relazioni e pertanto i minori venivano affidati ai parenti paterni congiuntamente.

Tale pronuncia è stata però riformata dalla Corte d'Appello di Milano la quale, su ricorso del Tutore dei minori con il quale veniva chiesta la dichiarazione di adottabilità degli stessi con mantenimento dei rapporti con i parenti di entrambi i rami familiari, rilevando l'inadeguatezza del progetto di accudimento e crescita prospettato dai parenti rispetto i bisogni dei minori ne dichiarava l'adottabilità. Nonostante ciò il Giudice di secondo grado, vista la forte relazione affettiva instaurata nel corso degli anni tra i bambini ed i parenti sia materni che paterni, ritenendo maggiormente tutelante per i fratelli la conservazione dei legami, disponeva il mantenimento dei rapporti e degli incontri tra i minori e i familiari, emettendo di fatto una pronuncia di adozione aperta”. In <http://dinellalex.com>

¹⁷ Ettore Battelli «*Il difficile, ma necessario, sforzo per perseguire in concreto il superiore interesse del minore: un'ipotesi di adozione aperta*», tratto da <http://giustiziainsieme.it>

3. Nuovi orientamenti e conclusioni

Come già accennato nei paragrafi precedenti, sembrano farsi strada nuovi orientamenti relativi all'affido a lungo termine o *sine die* e all'adozione in casi particolari, anche nella sua accezione mite e/o aperta, tanto da far sì che ci si possa chiedere se occorra creare un nuovo istituto o addirittura “*cambiare nome all'adozione, per passare dai diritti alle relazioni*” come titola un recente articolo di I. Lizzola¹⁸.

Il tema è evidentemente molto ampio e complesso, per essere circoscritto in questa sede, ma indubbiamente ciò che si può rilevare è, innanzitutto, un progressivo ribaltamento di prospettiva: l'adozione *ex art. 44*, pensata dal legislatore come strumento residuale e appunto da “caso particolare”, avviata a diventare via maestra di un'adozione mite, capace di salvaguardare le relazioni, nonché di rispondere anche alle più nuove esigenze (figli di coppie omosessuali, figli nati con fecondazioni eterologhe che possono essere entrate in contrasto con la Legge 40/2004, fino a figli nati con maternità per altri); viceversa l'adozione piena, pensata dal legislatore come idealmente l'unica forma di adozione auspicabile, avviata ad essere utilizzata come *extrema ratio* (si veda ad esempio la recente Cass. n. 1476/2021¹⁹ che contiene riferimenti a diverse sentenze precedenti e a sentenze Corte EDU)

Per una riflessione di insieme sugli istituti e gli strumenti giuridici, che meglio potrebbero rispondere alle necessità dei minori e delle famiglie (accoglienti e di origine) che compongono la cosiddetta “zona grigia” fra affido e adozione, anche preso atto di quanto sopra esposto circa il progressivo spostarsi verso un'idea di adozione più flessibile (per dire aperta e mite insieme), è interessante portare l'attenzione sulla recentissima e già citata sentenza della Corte Costituzionale n. 79 del 23/02/2022 che, a mio parere, riepiloga e autorevolmente risolve alcune considerazioni qui sviluppate, in particolare laddove, al punto 5.2.1 si dice:

“L'adozione in casi particolari, che non recide i legami con la famiglia di origine, consente, pertanto, di non forzare il ricorso all'adozione piena. Quest'ultima, in difetto di un vero e proprio abbandono, andrebbe a ledere il “diritto al rispetto della vita familiare” dei genitori biologici, come sottolinea la Corte EDU, la quale cautamente suggerisce proprio il percorso dell' “adozione semplice” (Corte EDU, sentenza 21 gennaio 2014, Zhou contro Italia, paragrafo 60; ...). Inizia, dunque, a rovesciarsi – come osserva la giurisprudenza di legittimità (...) – l'originaria raffigurazione dell'istituto in esame quale *extrema ratio* rispetto all'adozione piena..”

Rispondendo, nello specifico, ad un quesito posto dal TM di Bologna e relativo ad una adozione del figlio del *partner* in una coppia omosessuale, con riferimento specificamente agli effetti dell'adozione *ex art. 44* in relazione all'inserimento nella parentela, di fatto dà risposta almeno ad

alcuni dei quesiti fin qui in discussione. Andando ad incidere sul diritto dei bambini e ragazzi adottati ex art. 44 ad essere inseriti nella parentela del genitore adottivo, apre la strada innanzitutto ad un utilizzo più tutelante dell'adozione in casi particolari; secondariamente credo ponga le basi per una rivisitazione dell'intera architettura del tema Adozione:

- a) segnalando l'esigenza che si tenga conto di una serie di nuove istanze, piuttosto che forzare l'attuale legislazione per andare a ricomprendere tutto ciò che di nuovo emerge in tema di biodiritto (procreazione medicalmente assistita, maternità per altri, ecc.);
- b) prevedendo che il rigoroso dualismo affido/adozione vada rivisitato alla luce anche dei nuovi apporti delle Scienze umane, senza smarrire la ancora valida gerarchia degli obiettivi (peraltro affermata anche dalle sentenze citate) fra permanenza nella famiglia di origine, collocazione temporanea in una famiglia affidataria, collocazione definitiva in una famiglia "variamente" adottiva.

La Legge n. 184 dell'83, novellata con la Legge n. 149 del 2001 e completata dalla Legge n. 173 del 2015 e dalla Legge n. 107 del 2020, in combinazione con una serie di altre norme che riguardano, in modo più o meno diretto, il tema della famiglia e dei diritti dei minori di età (*in primis* la riforma della filiazione del 2012/2013), nel suo evolversi e anche nel suo essere utilizzata per rispondere a esigenze che certamente il legislatore nel 1983 non poteva neanche prefigurarsi, ben rappresenta, a mio modo di vedere, l'aspetto evolutivo del diritto e della giurisdizione, in permanente ed auspicabile dialogo con l'evoluzione sociale e culturale.

La cornice culturale più generale è quella del bilanciamento fra certezza del diritto e le istanze del cosiddetto "diritto vivente", fino a concludere con quanto affermato da Zagrebelsky: "*Il diritto non è oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure di tanti*"²⁰.

¹⁸ Lizzola I. (2022). Cambiamo nome all'adozione, per passare dai diritti alle relazioni. In *Vita* (anno XXIX, febbraio 2022, pp. 35-36)

¹⁹ "Ne consegue che il giudice chiamato a decidere sullo stato di abbandono del minore, e quindi sulla dichiarazione di adottabilità, deve accertare la sussistenza dell'interesse del medesimo a conservare il legame con i suoi genitori biologici, pur se deficitari nelle loro capacità genitoriali, perché l'adozione legittimante costituisce una "extrema ratio" cui può pervenirsi quando non si ravvisi tale interesse. E ciò in considerazione del fatto che nell'ordinamento – come dianzi detto – coesistono sia il modello di adozione fondato sulla radicale recisione dei rapporti con i genitori biologici, sia modelli che escludono tale requisito e consentono la conservazione del rapporto, quali le forme di adozione disciplinate della L. n. 184 del 1983, artt. 44 e segg. e in particolare l'art. 44, lett. d) (Cass., 13/02/2020, n. 3643)" Cass. n. 1476/2021

²⁰ Zagrebelsky G.(1992), *Il diritto mite*, Einaudi Editore.