



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO
**DIPARTIMENTO DI DIRITTO DEI RAPPORTI CIVILI
ED ECONOMICI NEI SISTEMI GIURIDICI CONTEMPORANEI**

DOTTORATO DI RICERCA

**Comparazione e diritti della persona
IX ciclo nuova serie**

TESI DI DOTTORATO

***L'INTERESSE DEL MINORE AD UNA FAMIGLIA:
L'ADOZIONE***

**Coordinatore
Ch.mo Prof. Pasquale Stanzione**

**Dottoranda
Carmela Annarumma**

**Tutor
Ch.mo Virginia Zambrano**

Anno accademico 2009-2010

INDICE

INTRODUZIONE	5
---------------------------	----------

I CAPITOLO

L'ISTITUTO DELL'ADOZIONE DALLE ORIGINI AD OGGI	11
-------------------------------------------------------------	-----------

1. Le origini storiche dell'istituto dalla caduta dell'Impero Romano all'avvento del codice Napoleonico 11
2. L'evoluzione dell'istituto dell'adozione nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla legge n. 431 del 5 giugno 1967..... 21
3. Dalla legge n. 184 del 1983 alla legge n. 149 del 28 marzo 2001 28

II CAPITOLO

L'ADOZIONE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO	39
---------------------------------------------------	-----------

1. I diritti dei minori 39
2. L'audizione del minore 43
 - 2.1 *L'ascolto del minore nell'ambito dell'adozione nazionale ed internazionale.....* 49
 - 2.2 *Le modalità dell'audizione.....* 54
3. L'avvocato del minore 60
4. La procedura di adozione 65
5. L'adozione in casi particolari..... 76
 - 5.1. *Gli effetti dell'adozione in casi particolari: il cognome.....* 84

5.2 <i>La potestà e l'amministrazione dei beni dell'adottato</i>	87
5.3 <i>Rapporti successori</i>	89

III CAPITOLO

L'ISTITUTO DELL'ADOZIONE NELL'ORDINAMENTO INGLESE: LE EVOLUZIONI..... 91

1. Profili di comparazione tra il sistema italiano dell'adozione e quello inglese	91
2. Lo status giuridico dello stepparent nell'ordinamento inglese	98
3. Il residence order.....	103
4. La guardianship.....	112
5. Diritti di visita. Il contact order.....	116
6. Espatrio e cambiamento del cognome.....	121
7. Mantenimento dello stepchild	125
8. Profili di diritto successorio	131

BIBLIOGRAFIA	137
--------------------	-----

INTRODUZIONE

Negli ultimi anni abbiamo assistito a forti mutamenti della società e della famiglia. I modi in cui le famiglie si formano, si trasformano, si dividono, sono profondamente cambiati, mai come in questi anni i processi di mutamento della nostra società sono stati così rapidi e trasformativi. Sono cambiate le relazioni umane ed è soprattutto mutata la conformazione della famiglia, così come il suo sistema di riferimenti valoriali ed educativi.

Questo sfondo è sicuramente caratterizzato da una complessità sociale senza precedenti, risultato di un processo di cambiamenti socio-economici e culturali che potremmo definire epocali.

All'interno di tale scenario l'istituto dell'adozione sin dalle sue origini si presenta di non facile definizione sia dal punto di vista giuridico che sociale. Nonostante ai suoi albori si sia presentato come un istituto privo di carattere assistenziale nei confronti dei minori, è divenuto, in particolare nel diritto moderno, notevolmente attento alle problematiche socio-psicologiche degli adottati.

Prima di affrontare l'adozione del figlio del coniuge, un aspetto dell'adozione in casi particolari, si sono delineate le fase storico-giuridiche che sono state i pilastri fondamentali per l'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto dell'adozione. Sono stati messi a raffronto due sistemi giuridici che hanno permesso di poter affrontare una comparazione sia dal punto di visto evolutivo rispetto all'adozione in generale analizzando le caratteristiche salienti di due

sistemi che hanno culture diverse, sia dal punto di vista riguardante specificatamente l'adozione del figlio del coniuge.

In Italia il processo avviato con l'introduzione dell'adozione speciale ha trovato un ulteriore momento di particolare rilievo con la legge n. 184 del 1983. La nuova disciplina si è caratterizzata soprattutto nella sua capacità di affiancare all'"adozione piena", modelli adottivi diversi, attualmente nel nostro ordinamento convivono forme di adozione che realizzano funzioni e si attuano attraverso strutture procedurali diverse.

Dopo circa venti anni di forte dibattito culturale e politico si presenta, sul palcoscenico della legislazione nazionale, la legge n. 149 del 2001, normativa che ha modificato solo parzialmente la precedente legge n. 184 del 1983, ponendosi quindi in termini di continuità rispetto a quest'ultima. Infatti la legge n. 149 non si è posta, quindi, come obiettivo la tutela dei diritti fondamentali dei minori ma si è limitata a modificare parzialmente la legge n. 184 per adeguare l'istituto alle trasformazioni sociali e culturali degli ultimi due decenni e alla mutata percezione dei diritti positivi del minore.

In un'ottica di tutela dei diritti del minore è stata modificata anche la disciplina in materia di accesso alle informazioni sulle origini dell'adottato.

Le nuove norme sono state introdotte sostituendo l'articolo 28 della precedente normativa con l'art. 24 della legge 28 marzo 2001 n. 149. È opportuno ricordare che l'art. 28 della legge 184 tutelava in maniera assoluta le origini del minore, il cui stato adottivo non doveva essere menzionato in nessuna attestazione di stato civile.

Le modifiche apportate dalla nuova disciplina sono di grande rilievo, infatti, consente la possibilità per l'adottato di età superiore ai 25 anni di accedere alle informazioni riguardanti le sue origini e l'identità dei propri genitori biologici; e laddove vi siano dei gravi e comprovati motivi attinenti alla salute psico-fisica, la possibilità è, invece, concessa al raggiungimento del diciottesimo anno di età. È con la legge n. 149 che va collocata l'importanza attribuita, nella letteratura psicoanalitica, alla conoscenza delle proprie origini biologiche quale elemento di costruzione della identità dell'individuo.

Fino ad ora abbiamo approfondito l'evoluzione storica dell'istituto delle adozioni nell'ordinamento italiano, la vastità delle considerazioni e le analisi in materia di comparazione che potrebbero farsi in riferimento all'argomento trattato ci impone una scelta, pertanto si è scelto di parlare di un singolo ordinamento straniero, quello che pare più significativo, ovvero, quello inglese.

Nel sistema inglese si è verificata una vera e propria svolta con lo strumento della *Open Adoption*, che ha consentito a tutti gli adottati di poter conoscere le proprie origini e di poter contattare i genitori naturali. Tuttavia, all'inizio anche il sistema britannico era orientato, proprio come quello italiano, per una netta separazione tra il minore adottato e la sua famiglia naturale. Anche in questo caso la scelta veniva giustificata considerando la cessazione di ogni rapporto indispensabile per il supremo interesse del minore e per il suo inserimento sereno all'interno del nuovo ambiente con i genitori adottivi.

La prima legge che fa riferimento all'adozione, è l'*Adoption of children Act* del 1926; le diverse critiche rivolte a questa norma e i molti emendamenti portarono alla successiva *Adoption Act* del 1958. Tuttavia, molta insoddisfazione

rimase anche dopo questa legge; così negli anni Settanta si costituì un Comitato ministeriale, detto *Houghton Committee*, le cui osservazioni furono pubblicate a partire dal 1972.

Molte delle sue Raccomandazioni furono poi incorporate nel *Children Act* del 1975, rinforzato dall'*Adoption Act* del 1976. A riprova della preferenza iniziale, anche in Inghilterra, si confermava l'idea della radicale separazione tra minore adottato e famiglia di origine, si può citare questa affermazione proprio dell'*Houghton Committee*: "l'adozione comporta la completa cessazione dei rapporti legali fra i genitori naturali e il figlio e la nascita di un nuovo rapporto fra il minore e i genitori adottivi".

La perfetta coincidenza con gli effetti estintivi e costitutivi del nuovo rapporto è evidente nell'art. 27 della legge n. 184 del 1983; del resto, sia l'*Act* del 1976, che il successivo *Children Act* del 1989, sono orientati in questa direzione.

L'*Act* del 1989 stabilisce che il minore adottato deve essere considerato al pari del figlio legittimo, pertanto l'identità con la legge italiana n. 184 del 1983 è completa.

Gli effetti legittimanti dell'adozione sono previsti sia in Italia e sia in Inghilterra con la formazione del nucleo adottivo, come se nulla fosse esistito precedentemente: la nuova famiglia gode, sotto tutti gli aspetti, del rango di quella legittima.

Durante gli anni '60 e '70, è stato dimostrato gli effetti negativi subiti da quegli adottati che non conoscevano le loro origini, a seguito di tali studi la legge è alla fine cambiata, permettendo dal 1954 a tutti gli adottati maggiorenni di ottenere il loro certificato di nascita originale.

A differenza dell'ordinamento italiano, l'art. 28 della legge n. 184 del 1983 non ammetteva la possibilità di conoscere le generalità dei genitori naturali. La scelta di apporre il segreto alle origini biologiche dell'adottato serviva, da una parte, a scongiurare il pericolo di una doppia genitorialità, dall'altra rappresentava il modo per tutelare gli interessi dei tre soggetti coinvolti attraverso la cesura netta di ogni tipo di rapporto. In linea generale era, pertanto, preclusa la visione dei documenti contenenti informazioni sui genitori naturali ai sensi dell'art. 24, comma 1, legge n. 241 del 1990, che esclude l'accesso "nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge".

A questo punto emerge la prima grande differenza rispetto al sistema britannico, dove tutti gli adottati possono conoscere i dati che li riguardano, infatti con l'*Act* del 1989 ha stabilito che il Segretario generale mantenesse il "registro del contatto nell'adozione".

Successivamente anche l'Italia sulla spinta del diritto convenzionale (art. 20 della Convenzione europea di Strasburgo sull'adozione dei minori; artt. 7 e 8 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo; art. 30 della Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale) grazie alla legge n. 149 del 28 marzo 2001, cambia totalmente registro, consentendo all'adottato di sapere chi sono i propri genitori naturali. e conoscere le proprie origini biologiche.

Questo è il quadro generale per ciò che riguarda l'adozione di minori. Parte di questa disciplina, soprattutto per quanto riguarda i principi di trasparenza, è valida anche per ciò che attiene l'adozione di soggetti maggiorenni.

Permangono, in questo caso, le considerazioni comparative fatte rispetto all'ordinamento italiano.

L'istituto dell'adozione vigente nel Regno Unito, ha subito ulteriori modifiche a seguito dell'approvazione nel 2002 dell'*Adoption and Children Act*, grazie all'introduzione presso i singoli enti territoriali, di *adoption agencies* che valutano, mediante propri gruppi di esperti l'idoneità degli adottanti; svolgono compiti di natura amministrativa ed assistenziale; assicurano il sostegno ai minori e agli adottanti durante il procedimento di adozione.

La legge introduce, infine, un nuovo istituto a tutela del minore, denominato *special guardianship*, e destinato ad operare qualora l'adozione non si ritenga come l'opzione migliore e non sia però egualmente opportuno, nell'interesse del minore, il suo ricongiungimento ai genitori naturali. In tale ipotesi è consentito l'affidamento del minore ad un nuovo nucleo familiare pur essendo conservati i suoi rapporti giuridici con quello originario.

I CAPITOLO

L'ISTITUTO DELL'ADOZIONE DALLE ORIGINI AD OGGI

1. Le origini storiche dell'istituto dalla caduta dell'Impero Romano all'avvento del codice Napoleonico
2. L'evoluzione dell'istituto dell'adozione nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla legge n. 431 del 5 giugno 1967
3. Dalla legge n. 184 del 1983 alla legge n. 149 del 28 marzo 2001

1. Le origini storiche dell'istituto dalla caduta dell'Impero Romano all'avvento del codice Napoleonico

L'istituto dell'adozione sin dalle sue origini si presenta di non facile definizione sia dal punto di vista giuridico che sociale a partire dalla complessità socio-culturale oltre che giuridica che lo caratterizza¹.

¹ Numerose sono le definizioni dell'istituto. Si riportano di seguito le più significative. Cfr. in particolare Lombardi R., Valvo G., *Il percorso istituzionale dell'adozione: realtà e prospettive*, SEAM, Roma 1999, pag. 7: "L'adozione è una pratica molto antica e comune a molte culture, che ha come obiettivo la conservazione-prosecuzione di una famiglia con il suo patrimonio di valori, tradizioni e miti, e racchiude in sé dimensioni individuali, familiari e socioculturali"; Degni F., *Adozione*, in *Nuovo digesto italiano*, UTET, Torino 1937, pag. 172: "L'adozione ha lo scopo di permettere a coloro che non hanno avuto figli o li hanno perduti di crearsi una filiazione che si dice civile, in quanto sorge non per un vincolo di sangue, ma per rapporto giuridico fondato sulla volontà espressa dell'adottante e dall'adottato, che si costituisce con l'assenso dello Stato, manifestato per mezzo dell'Autorità giurisdiziarica"; Ruperto C., *Adozione, diritto civile*, in

Un primo riferimento si trova nel famoso Codice Babilonese di Hammurabi dell'anno 2285 a. C. Il riferimento non è diretto all'adozione di minori, ma riguarda un aspetto della poligamia. Nel codice è consentita la poligamia, ma è riconosciuta solo una moglie di diritto, per cui solo i figli generati dalla moglie di diritto hanno la facoltà di ereditare i beni del padre. I nati dalle concubine risultano esautorati dall'eredità, a meno che il padre non li riconosca, pronunciando le parole "figli miei", che consentono l'acquisizione dello stesso grado degli altri figli.

Ulteriori notizie risalgono alla Grecia antica: presso il popolo Ateniese, l'istituto viene menzionato nelle leggi di Solone, seppure con finalità e disciplina diverse da quelle dei Romani. L'adozione presso i Greci era, infatti, conosciuta esclusivamente con riguardo alla possibilità di tramandare il nome della famiglia. Lo dimostrano il fatto che solo i maschi potevano essere adottati. Infatti «...nella mentalità giuridica greca l'adozione non sarebbe stata diretta, come a Roma, ad instaurare un rapporto potestativo tra adottante ed adottato, ma solo a creare, tra i due, un vincolo di parentela artificiale. Essa, inoltre, non avrebbe richiesto, come

Enciclopedia del diritto, Milano 1958, pag. 584: "L'adozione è un atto giuridico diretto a creare un vincolo di filiazione artificiale, cioè indipendente dal fatto naturale della procreazione. Nel diritto moderno sono due le finalità dell'istituto...a) porgere a chi non ha una prole un benigno rimedio per collocare i propri affetti familiari e assicurare la continuità del casato; b) garantire ai minori di età un'ideale assistenza"; Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, Ed. ESI, Napoli, 2004, pag. 413: "L'adozione dei maggiorenni ha sostituito l'antica adozione ordinaria e aveva lo scopo di tramandare nel tempo il nome di chi...non avesse discendenti legittimi o legittimati"; Cassano G., *Manuale del nuovo diritto di famiglia*, Dedalo, Bari 2003, pag. 1355: "L'adozione civile, o adozione di persone maggiori di età, è regolata nel titolo VIII del libro primo del codice civile. Tali norme, anteriormente alla riforma della disciplina...regolamentavano quella che in origine costituiva l'unica forma di adozione conosciuta dal nostro ordinamento vigente e che, in seguito alla legge n. 431 del 1967, veniva comunemente denominata adozione ordinaria, comprensiva della fattispecie in cui l'adottato fosse un minore".

a Roma, il compimento di cerimonie solenni, effettuandosi per lo più mediante la semplice redazione di un atto scritto»².

In realtà, presso i popoli antichi, l'istituto dell'adozione non ebbe uno sviluppo regolare. Piuttosto, si trattò di una figura giuridica regolata in ragione delle diverse esigenze di ciascuna popolazione e, soggetta a frequenti e rilevanti mutamenti. Non è possibile, di conseguenza, identificarne con precisione i tratti distintivi, se non attraverso un'analisi delle caratteristiche che tale figura giuridica assunse lì dove conobbe il suo massimo sviluppo, ossia presso il popolo romano.

Con la civiltà romana l'adozione si sviluppa come istituto vero e proprio con caratteristiche giuridiche sul piano del rapporto adottante-adottato.

In effetti, presso i romani l'istituto dell'adozione trae origine sia da esigenze di carattere religioso (la continuazione del culto degli antenati), sia da necessità di carattere politico (consentire l'accesso a cariche politiche normalmente riservate ad una determinata classe sociale).

I procedimenti previsti dai romani a tale scopo erano due: l'*adoptio* (adozione in senso proprio, di carattere privato) e l'*adrogatio* (arrogazione, di carattere pubblico).

In base al primo istituto giuridico, il *pater familias* poteva accogliere nel suo gruppo familiare persone da lui non procreate, sottoponendole alla sua potestà in qualità di figli, quindi l'adottato usciva dalla famiglia d'origine perdendo ogni rapporto di parentela, il suo patrimonio e ogni diritto e dovere nei suoi confronti.

² Russo Ruggeri C., *La datio in adoptionem, II, Dalla pretesa influenza elleno-cristiana alla riforma giustiniana*, Giuffrè Editore, Milano 1995, pag. 8.

Acquisiva invece rapporti di parentela presso la nuova famiglia, compreso il diritto di ereditare il patrimonio dell'adottante, per successione, secondo il codice giustiniano. Esempi famosi di adozioni sono state quelle degli imperatori senza eredi che adottarono i loro successori (così fecero Augusto con Tiberio e poi Claudio con Nerone).

Invece, grazie al secondo istituto, il *pater familias* si assoggettava alla *patria potestas* di un altro *pater familias*, divenendone *filius familias*. In tal modo l'adottato veniva assorbito interamente dalla nuova famiglia, col proprio patrimonio e con tutti i suoi familiari.

L'arrogazione e l'adozione erano ben distinte per almeno tre aspetti. Anzitutto la forma e le condizioni richieste per poterle porre in essere.

L'arrogazione richiedeva un atto solenne, dal momento che comportava la modifica dello *status familiae* dell'individuo, circostanza di così grande importanza e gravità da rendere necessario il consenso del popolo riunito in Comizi Curiati³. Il popolo riunito in comizio prendeva cognizione dell'affare, interrogando prima l'adottante e poi l'adottato, successivamente l'arrogazione veniva approvata mediante una legge. Va detto che, verso la fine della Repubblica, la *rogatio populi* divenne una mera formalità; lo dimostra il fatto che

³ Fiore P., *Adozione*, in *Digesto italiano* II, UTET, Torino 1884, pag. 161: “era un atto pubblico legato all'ordine politico, così come la manomissione e il testamento. Si trattava di mutare lo *status familiae* di una persona, e le istituzioni aristocratiche e patrizie di Roma non potevano permettere che l'ordine della famiglia fosse modificato senza il consenso del popolo riunito in comizio [...] è quindi chiaro che dovendo l'arrogazione essere sanzionata nei comizi curiati, non poteva essere praticata che in Roma solamente”.

fu considerato sufficiente un decreto del Pontefice (successivamente sostituito dal Principe).⁴.

L'adozione propriamente detta, invece, si svolgeva dinanzi al magistrato o ad un notaio (*per tabulas*), con un rituale differente rispetto a quello appena visto. Secondo il rito tradizionale infatti, erano necessarie la *mancipatio* e la *iure in cessio*. Il padre naturale procedeva all'emancipazione del proprio figlio alla presenza del magistrato e di alcuni testimoni. Dopo che il padre naturale aveva pronunciato la formula solenne "*Mancipio tibi hunc filium qui meus est*", era il padre adottivo che, stringendo una moneta in mano, con cui percuoteva una bilancia, diceva "*Hunc ego hominem iure quiritium meum esse aio, ipse mihi emptus est hoc aere aeneaque libra*".

Infine, il padre adottivo donava la moneta al padre naturale, quale simbolo di riconoscenza ed in forma, pur simbolica, di corrispettivo⁵.

Un'ulteriore differenza tra i due procedimenti si evince dagli effetti che essi producevano. Tanto l'adozione, quanto l'arrogazione ponevano l'adottato sotto la potestà dell'adottante, rendendolo suo erede. Tuttavia – ed è questa una differenza rilevante – se taluno, con il consenso di suo figlio, avesse eseguito una procedura di *adoptio* nei confronti di un soggetto, considerandolo come se fosse nato dal figlio medesimo, e dunque proprio nipote, l'adottato non diventava erede

⁴ Lo conferma Tacito, *Historiae*, I, n. 15, laddove riporta Galba: "*Si te privatus lege criata, apud Pontifices, ut moris er adoptarem*".

⁵ Fiore P., *Adozione*, in *Digesto italiano*, II, op. cit., pagg. 161 ss.: "la mancipazione si ripeteva tre volte se si trattava di adottare un figlio, ed una volta se si trattava di una figlia. Dopo Giustiniano tale rito andò in disuso e bastò che il padre naturale avesse manifestata la sua volontà essendo presente quello che voleva adottare e non dissenziente colui che si voleva dare in adozione".

dell'avo che l'aveva adottato. Infatti, morto quest'ultimo, egli sarebbe ricaduto sotto la potestà del proprio padre.

Nell'arrogazione, al contrario, poiché l'arrogato diveniva un figlio di famiglia, se egli avesse avuto figli sotto la sua *potestas*, questi ultimi passavano di pieno diritto, in quanto nipoti sotto la *potestas* dell'*arrogator*. Dunque, oltre all'assoggettamento, acquisivano anche diritti successori nei suoi confronti. Viceversa, i figli dell'adottato non lo seguivano nella nuova famiglia adottiva, ma restavano sotto la potestà dell'avo che aveva dato il loro padre in adozione.

Un'altra significativa differenza si produceva in ordine al regime patrimoniale dei beni. L'arrogazione produceva, infatti, una vera e propria *successio per universitatem*. Tuttavia, poiché l'arrogato mutava il proprio regime giuridico da *pater familias* a *filius familias*, divenendo dunque incapace di gestire un proprio patrimonio, l'intero ammontare di questo, compresi i beni che fossero stati acquistati successivamente dall'arrogato, passavano nel patrimonio dell'*arrogator*. Ciò conferma ulteriormente la solennità che caratterizza tale istituto. Poiché sui beni dell'arrogato si producevano effetti estremamente importanti, la sottrazione di un patrimonio di notevole misura necessitava la massima cautela, per tale motivo l'istituto dell'arrogazione era soggetto all'approvazione del popolo riunito in Comizi Curiati.

Questo effetto non si produceva nell'adozione tradizionale, nella quale dunque i patrimoni restavano distinti.

Nell'antica Roma l'istituto era finalizzato o a scopi politici per crescere il potere di una *familia* con l'assorbimento adottivo di un'altra, mediante la già ricordata *abrogatio*, ovvero ad assicurare la discendenza al nome del padre

adottivo, onde preservare anche i suoi beni, attraverso l'*adoptio*. Quindi costituiva uno strumento inteso a tutelare gli interessi degli adulti, non certo a tutela della soluzione dei problemi dei bambini che si trovassero in stato di abbandono»⁶.

Con la caduta dell'Impero Romano l'istituto dell'adozione subisce sorti alterne. Da un lato, viene sostituito dai nuovi diritti feudali, dall'altro con l'avvento della morale cristiana, la filiazione adottiva è considerata come il principale pericolo per il matrimonio quale sacramento. Nonostante ciò l'istituto dell'adozione ha resistito alla scomparsa⁷.

Saranno infatti introdotte nuove figure di adozione, tra cui si rileva in particolare l'adozione militare.

Una delle forme più antiche di questo tipo di adozione risale al 737 d.C., si tratta di un istituto nato e sviluppatosi presso gli antichi Germani, i quali conoscevano l'adozione già prima di entrare in contatto con i Romani. Poiché per lo stile di vita ed i costumi che caratterizzavano questa popolazione le arti della guerra rivestivano la massima importanza, l'adozione iniziò ad essere svolta con una cerimonia militare⁸.

A partire da quella che inizialmente era semplicemente una variazione nelle forme di celebrazione dell'istituto, venne a svilupparsi invece una nuova

⁶ Thomas R., *L'adozione nazionale – internazionale in casi particolari ordinaria di maggiorenni procedure ed effetti giuridici aspetti socio-psicologici*, Giuffrè Editore, Milano 2006, pag. 3.

⁷ De Filippis B., *Trattato breve di diritto di famiglia*, CEDAM, Padova 2002, pag. 837.

⁸ Esistono alcune testimonianze riportate da Montesquieu, il quale riferisce che Teodorico, il re degli Ostrogoti, avesse deciso di adottare il re degli Eruli, rammentando l'opportunità dell'adozione con le armi, che permetteva ad uomini coraggiosi di instaurare un legame filiare e paterno tra loro.

pratica, che costituiva uno strumento significativo per garantire alleanze stabili tra guerrieri. Infatti, così come per l'adozione di epoca romana, anche quella militare presupponeva che l'adottante e l'adottato avessero raggiunto la maggiore età.

Nel Medioevo sopravvisse una forma di adozione di carattere esclusivamente successorio sui beni dell'adottante. Tale forma di adozione si perfezionava mediante la redazione di un accordo adottivo in forma scritta tra privati "*adoptio per chartulam*"; spesso assumeva la forma testamentaria "*adoptio per testamentum*".

Anche i Longobardi adottarono la stessa forma del "*adoptio per chartulam*" che era sostanzialmente un "*adoptio in hereditatem*", ossia un atto privato finalizzato alla chiamata dell'adottante nella successione ereditaria.

Successivamente, nel basso Medio Evo, il ricorso all'istituto delle adozioni, diminuì sensibilmente con l'affermarsi della successione tramite testamento.

Intanto si aggravava il problema dell'infanzia esposta all'abbandono di cui si occupavano, quasi esclusivamente, i monasteri e le strutture religiose in genere, levando i neonati dalle porte dei conventi e delle chiese e accogliendoli in istituti religiosi, in ossequio al principio della *caritas* cristiana.

Solo con la Rivoluzione Francese e l'affermarsi del principio di fraternità, si rivalutò l'istituto dell'adozione che, anche in Francia, era quasi completamente scomparso, presentandolo come espressione di solidarietà nei confronti dei soggetti i più deboli della comunità.

Nel Codice Napoleonico del 1804, nella sua configurazione tradizionale largamente recepita dai successivi codici che ne vengono influenzati, l'adozione

viene concepita come uno strumento di natura negoziale, produttivo di limitati effetti giuridici e idoneo ad assicurare la continuazione del nome e la trasmissione del patrimonio a chi sia privo di prole naturale. Solo chi non ha figli può quindi pensare di ricorrere all'adozione, ma l'adottante non può avere meno di cinquant'anni e l'adottando non deve averne meno di diciotto. I giuristi definiscono quell'adozione come un "negozio giuridico bilaterale di diritto familiare" e i giudici come un "accordo privatistico" non molto dissimile da un normale contratto.

Accanto all'adozione ordinaria se ne riconoscono anche due forme speciali, quella testamentaria e quella remunerativa, questa ultima consentita quale ricompensa di un salvataggio compiuto in circostanze eccezionali.

Nel periodo risorgimentale, in Italia, viene attribuita all'adozione una disciplina che, ispirandosi a quella del codice di Napoleone, non presenta una diversità sostanziale quanto agli effetti dell'adozione stessa e ai suoi requisiti. Tali effetti si risolvono nella trasmissione del nome, nel diritto agli alimenti, nel diritto alla successione, senza però che l'adottato entri nella famiglia dell'adottante e senza che acquisti il diritto a succederne nella nobiltà e nel titolo.

In questo indirizzo si mantiene il codice civile Italiano del 1865, nonostante nel progetto preliminare fosse stato eliminato l'istituto delle adozioni, ritenuto dal ministro Pisanelli *"irrazionale nel voler alterare lo stato vero degli individui creando artificiali rapporti di filiazione"*. I principi della codificazione francese vengono quindi accolti nella sostanza in Italia nel codice civile del 1865 dove l'adozione è soprattutto l'istituto previsto per dare una continuità familiare. Al pari del codice francese, l'art. 206 sancisce che "il minore non può essere

adottato se non ha compiuto l'età di anni diciotto” anche se la maggiore età veniva ridotta dai venticinque ai ventuno anni.

Il codice del 1865 rimane in vigore fino alla vigilia della seconda guerra mondiale.

A partire dal '900 la sensibilità sociale nei confronti dei bambini abbandonati trova maggiore spazio nelle forme di legge, in particolare nel R.D.L. n. 798 del 1927 intitolato “Ordinamento del servizio di assistenza dei fanciulli illegittimi, abbandonati o esposti all'abbandono”, in cui si prevedeva l'accoglienza del minore, dopo il terzo anno di età, qualora la madre non fosse stata in grado di mantenerlo, in idoneo istituto o presso altra famiglia.

Tale legge costituì un precedente dell'istituto dell'affiliazione, previsto nel codice civile del 1942 che prevedeva, l'acquisto del cognome e della potestà da parte dell'affiliante, senza alcun diritto successorio sui suoi beni da parte del minore affiliato, che non entrava giuridicamente nella famiglia dell'affiliante⁹.

⁹ Thomas R., *L'adozione nazionale – internazionale in casi particolari ordinaria di maggiorenni procedure ed effetti giuridici aspetti socio-psicologici*, op. cit.

2. L'evoluzione dell'istituto dell'adozione nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla legge n. 431 del 5 giugno 1967

Il testo originale del codice civile del 1942 collocava la regolamentazione dell'istituto dell'adozione nel titolo VIII del primo libro, riproponendo molti degli elementi statuiti nel codice del 1865.

Pur essendo stati modificati alcuni termini nel regolamento della materia, l'impostazione codicistica del '42 continua a considerare l'adozione come uno strumento che consente ad una persona cinquantenne, senza figli di adottare una persona di età inferiore di almeno diciotto anni, a cui trasmettere il proprio nome e il proprio patrimonio¹⁰.

L'istituto dell'adozione è a carattere essenzialmente volontario: si configura come atto bilaterale di diritto familiare. La sola differenza è che il consenso dell'adottando minorenni deve essere dato in sua vece dal genitore. La parziale novità riguarda il suo inserimento nel sistema di controllo giudiziario e l'introduzione del concetto "convenienza" per il bambino. La finalità è di procurare una famiglia ai minori privi di genitori o che, comunque, non godano di una adeguata situazione familiare.

Infatti, il procedimento si svolge davanti alla Corte d'Appello e non consiste in una semplice omologazione del mutuo consenso e della valutazione di merito circa la buona fama dell'adottante oltre che la convenienza dell'adottato

¹⁰ Torrente A., Schlesinger P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè Editore, Milano 2004.

ma in un vero e proprio procedimento che non sfocia in una semplice omologazione, quanto piuttosto in un decreto che pronuncia l'adozione e dalla cui data decorrono gli effetti della medesima.

Secondo questa normativa, l'adozione non prevede alcuna interruzione dei legami tra il bambino adottato e la sua famiglia d'origine, anzi, sia pure in forma attenuata, sopravvivono diritti e doveri reciproci, compreso l'obbligo alimentare fra genitori naturali e figlio. Risulta, quindi, evidente che la permanenza di tal vincolo con la famiglia d'origine, priva il legame adottivo di una delle componenti più vere e sentite di un rapporto di filiazione, cioè la caratteristica dell'esclusività che è propria del legame fra genitori e figli.

Questo tipo di adozione basato sul consenso delle parti e sugli schemi di diritto privato entra in crisi in Italia all'inizio degli anni '60. La progressiva attenzione per i problemi del minore e soprattutto lo spostamento dell'interesse, da una tutela quasi esclusivamente patrimoniale ad una tutela soprattutto del minore come "persona", determina l'esigenza di creare un nuovo tipo di adozione, che abbia come fine primario quello di dare una famiglia al bambino che ne sia privo e solo come fine secondario quello di soddisfare il desiderio di un figlio da parte degli adottanti.

La concezione negoziale sottesa alla vecchia adozione, cede il passo alla concezione di tipo "assistenziale" moderna, a cui si erano già ispirati i Paesi che, per varie ragioni storiche, avevano introdotto l'adozione nei loro ordinamenti soltanto in epoche relativamente recenti, tra cui i paesi di *common law*, i paesi nordici e gli stati socialisti. Questo processo di sensibilizzazione verso la problematica minorile investe tutti i paesi europei che fin qui hanno

regolamentato l'adozione ispirandosi alla tradizionale concezione patrimoniale, in particolare Francia, Spagna, Germania e Austria, determinando l'esigenza di un rinnovamento legislativo nell'ambito dell'ordinamento giuridico.

Tale rinnovamento si attua attraverso due fasi:

- nella prima fase si cerca di modificare la normativa vigente attraverso una serie di interventi legislativi parziali volti ad eliminare quegli aspetti della disciplina tradizionale, che in qualche modo possano ostacolare il raggiungimento di obiettivi di carattere socio-assistenziale;
- nella seconda fase viene introdotta l'adozione legittimante, che in sintesi attribuisce all'adottato gli stessi diritti e doveri di un figlio legittimo e dispone l'interruzione dei suoi rapporti personali con la famiglia d'origine.

L'Inghilterra introduce l'adozione nel suo diritto con l'*Adoption Act* del 1926, e più o meno alla stessa epoca risalgono le legislazioni degli altri Paesi del *Commonwealth*, tutte sostanzialmente ispirate alla legge inglese. Tra i caratteri essenziali dell'istituto, in questo gruppo di Paesi, possono indicarsi i seguenti:

- l'adozione è riservata ai minori e deve aver luogo unicamente nel loro interesse;
- l'adozione si costituisce mediante provvedimento giudiziario;
- l'adozione interrompe i legami tra l'adottato e la famiglia d'origine, anche quando abbia luogo da parte di una persona singola.

Nei Paesi del nord Europa, la normativa dell'adozione è indirizzata, fin dal momento della sua introduzione, in senso familiare e assistenziale, viene elaborata in forma organica soltanto dopo l'inizio del secolo scorso.

Sulla spinta di una sempre maggiore sensibilità verso le esigenze affettive dei bambini abbandonati in Italia viene quindi emanata una legge di riforma dell'adozione, la legge n. 431 del 5 giugno 1967, che da un lato opera delle modifiche nella disciplina codicistica vigente e dall'altro introduce, nel Titolo VIII del libro I del codice civile, un capo III, contenente circa trenta articoli, definito dell'adozione speciale. L'adozione ordinaria è dunque da ritenersi in posizione alternativa con l'adozione speciale essendo questa la forma legale destinata ai bambini abbandonati di età inferiore agli otto anni.

Con la legge n. 431 del 1967 sull'adozione speciale è stato non solo riconosciuto il fondamentale diritto del minore ad avere una famiglia valida al fine dello sviluppo della sua personalità ma sono stati anche sanciti, per la prima volta, nell'ordinamento giuridico italiano alcuni principi di tutela della personalità del minore che hanno segnato una rivoluzione nel modo con cui il diritto guarda alle esigenze del soggetto in formazione.

È proprio in virtù di questa legge che viene riconosciuto il principio che il minore, in quanto persona umana, ha propri diritti e principalmente il diritto ad un regolare processo di personalizzazione e socializzazione. La legge riconosce inoltre che “i figli non sono proprietà dei genitori” e che i diritti di questi ultimi sui primi sussistono solo in quanto si adempia ai correlativi doveri; essere nato non equivale ad essere “figlio di” perché vi è una generazione nello spirito più significativa e fondamentale della generazione della carne; anche una famiglia con propri figli legittimi può aprirsi alla solidarietà sociale con un arricchimento straordinario per gli stessi figli legittimi, perché rompe lo schema di “famiglia chiusa nell'egoismo”; la famiglia di origine, insufficiente sul piano educativo o

impossibilitata a dare al ragazzo una adeguata assistenza di cui ha bisogno, deve essere aiutata dalla comunità a svolgere il suo compito prima che venga avviato il procedimento di adozione; laddove questo doveroso tentativo si rivela inutile o inefficiente dovranno essere recisi quei legami che non si rivelano più costruttivi ed invece provvedere alla creazione di nuovi legami familiari che consentono la crescita del ragazzo¹¹.

L'introduzione dell'istituto dell'adozione speciale costituisce senza dubbio la vera innovazione della legge n. 431 del 1967 perché con essa si mira ad inserire il minore in una famiglia e a tal scopo si richiede che, gli adottanti siano una coppia di coniugi uniti dal vincolo matrimoniale da almeno 5 anni; che tale vincolo non sia inficiato da una separazione personale; che le loro condizioni morali e materiali di vita permettano di educare, istruire e mantenere i minori; che l'età degli adottanti superari di almeno venti e non più di quarantacinque anni l'età dell'adottando (in modo da evitare perlomeno i conflitti generazionali tra "figlio" e "genitori" adottivi).

Per garantire l'esclusività del rapporto tra genitori e figli che caratterizza la famiglia biologica, la legge in esame tronca ogni rapporto e legame giuridico tra l'adottando e la famiglia d'origine. Il nuovo istituto prevede l'intervento dell'autorità giudiziaria nella procedura che si articola in tre fasi:

- accertamento della situazione di abbandono in cui versa il minore, essendo privato dell'assistenza morale e materiale da parte dei suoi genitori naturali o dei parenti tenuti a provvedervi; in tal caso il Tribunale dei minorenni dichiara lo stato di adottabilità;

¹¹ Moro A. C., *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, Bologna 2000, pp. 16-17.

- la scelta della coppia ritenuta più idonea ad adottare il minore; inizia così un periodo di un anno di affidamento preadottivo sul quale vigilavano i servizi Sociali per incarico del giudice minorile;
- in caso di esito favorevole certificato da una relazione dei Servizi, il Tribunale per i minorenni, sentito il Pubblico Ministero Minorile, procede alla dichiarazione di adozione speciale, con decreto emesso in camera di consiglio, annotato nei registri dello stato civile.

L'adozione speciale produce gli stessi effetti dello stato di filiazione legittima; e pertanto comporta l'assunzione del cognome del padre adottivo, con la eliminazione del precedente cognome, e la perdita completa dei rapporti con la famiglia di origine.

La domanda di adozione si trasforma in questo modo in un' "offerta di disponibilità" ad accogliere come figlio, un bambino abbandonato.

La coppia disponibile ad adottare non è più il soggetto principale, ma una "risorsa" da utilizzare in caso di necessità.

Il soggetto principale ovvero il protagonista della procedura diventa il bambino.

Si noti che nello stesso anno di promulgazione della legge sull'adozione speciale veniva firmata a Strasburgo la Convenzione Europea in materia di adozioni dei minori il 24 aprile 1967, ratificata in Italia con la legge n. 357 del 22 maggio 1974, essa prevede per tutti i minorenni uno *status* di sostanziale equiparazione a quello di figlio legittimo e, altresì, nell'art. 6, consente l'adozione

anche a persone singole, a differenza della nostra legge, che la contempla solo in favore di coppie regolarmente unite in matrimonio¹².

¹² Legge del 22 maggio 1974 n. 357, art. 6, 1. la legge permette l'adozione di un minore solo da parte di due persone unite in matrimonio, che esse adottano simultaneamente o successivamente, o da parte di un solo adottante. 2. la legge non può permettere una nuova adozione di un minore che in uno o più dei casi seguenti: a) ove si tratti di un minore adottato dal coniuge dell'adottante; b) ove il precedente adottante sia deceduto; c) ove la precedente adozione sia stata annullata; d) ove la precedente adozione sia terminata. sull'adozione dei minori.

3. Dalla legge n. 184 del 1983 alla legge n. 149 del 28 marzo 2001

Dal punto di vista strettamente giuridico ben poco è cambiato nell'adozione nazionale, dal '67 in poi. La successiva legge n. 184 del 1983, che ha sostituito la legge del '67, ha essenzialmente ricalcato in grandissima parte la legge sull'adozione speciale, apportando modifiche non sostanziali all'adozione nazionale e ispirandosi allo stesso modello familiare (coppie di coniugi) definito nella legge precedente.

Tra le novità introdotte, la legge in questione non si limita più ai bambini inferiori ad anni otto ma si estende a tutto l'universo minorile. Essa si è preoccupata di contemperare il diritto del minore di avere un adeguato ed armonico sviluppo della sua personalità, così come sancito dall'art. 2 della Costituzione¹³.

Ancora, con la legge n. 184 del 1983, viene istituzionalizzato l'affidamento familiare, che si rivela uno strumento parallelo e in parte alternativo all'adozione, a cui ricorrere per far fronte a situazioni di disagio temporaneo in cui versa il minore. Con la legge n. 184 del 1983, di riforma dell'adozione, si è espressamente riconosciuto:

- il diritto del minore alla famiglia;

¹³ Art. 2 Cost. "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

- l'affidamento familiare come lo strumento di sostegno più adeguato sia alla famiglia che al minore, in caso di difficoltà temporanee della famiglia di origine;
- la funzione dei servizi sociali non soltanto come strumento di accertamento di una situazione statica ma anche ai fini dell'individuazione di un percorso idoneo a far superare le eventuali difficoltà del bambino e del suo nucleo familiare¹⁴.

Un'altra novità di questa legge è la regolamentazione dell'adozione internazionale. La precedente normativa a riguardo dell'adozione internazionale era alquanto scarna. Le uniche norme a cui far riferimento erano costituite dall'art. 17 delle disposizioni preliminari del codice civile, per il quale “lo stato e la capacità delle persone e i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge dello Stato al quale esse appartengono” e dall'art. 20, comma 2, delle stesse disposizioni per il quale “i rapporti tra adottante e adottato sono regolati dalla legge nazionale dell'adottante al tempo dell'adozione”.

Le adozioni internazionali sono nate negli anni sessanta, dapprima, come un fenomeno elitario di pertinenza delle classi abbienti, situate prevalentemente nel nord Italia. Poi, grazie al graduale incremento del benessere economico a livello generale e alla diminuzione dei bambini italiani in stato di adattabilità, si è ritenuto necessario anche in rapporto alle sempre più crescente richiesta delle coppie, di fissare delle regole certe e chiare.

La nuova legge prevede che i coniugi che intendano adottare un bambino straniero debbano ottenere l'idoneità internazionale da parte del Tribunale per i

¹⁴ Moro A. C., *Manuale di diritto minorile*, op. cit, pag. 17.

minorenni e rivolgersi esclusivamente ad enti autorizzati che faranno da tramite presso la Commissione per le adozioni internazionali istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, al fine di promuovere il provvedimento di ingresso in Italia dello straniero a scopo di adozione.

Successivamente, con la legge del 31 maggio 1995 n. 218 sono entrate in vigore le nuove norme di diritto internazionale privato che hanno messo ordine agli aspetti internazionali della materia.

Dunque, si può dire che oggi, la figura dell'adozione abbia mutato radicalmente funzioni e struttura, divenendo un istituto di chiara impronta "pubblicistica" si tratta, infatti, di uno strumento di politica sociale, finalizzato prevalentemente a garantire l'assistenza dei minori abbandonati.

Infine, il 1 marzo 2001, il Parlamento ha approvato, in modo definitivo, la legge dal titolo "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".

Un compromesso fra le parti politiche ha consentito di raggiungere l'accordo su temi che senza dubbio avevano generato discussioni appassionante. Il Parlamento, prima di giungere all'approvazione ha, infatti, discusso molti argomenti, come la possibilità di adozione per le coppie di fatto o omosessuali, o l'eventualità per il minore di essere informato sulla sua condizione di adottato.

La riforma si inserisce, comunque, nell'ambito di quelle norme che rivolgono sempre più attenzione al minore; dove il diritto ad essere preservato da ogni pericolo non può mai dirsi finalmente raggiunto e completamente realizzato. Così l'impulso al processo di cambiamento e di aggiornamento della materia

ancora una volta giunge dalla comunità internazionale e dal diritto internazionale. La legge n. 149, infatti, nasce dall'atto del Senato 130 "Modifiche e integrazioni alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante disciplina dell'adozione e dell'affidamento"; approvato però con il nuovo titolo "Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a l'Aja il 29 maggio 1993. Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in tema di adozione di minori stranieri"¹⁵.

In un rapido sguardo ai cambiamenti più evidenti e importanti apportati dal legislatore del 2001 possiamo senza dubbio individuare in primo luogo la sostituzione del titolo della legge 184 con il seguente: "Diritto del minore ad una famiglia".

Il principio era stato già affermato, con altre parole, dalla precedente legge¹⁶ e dalla sua applicazione giurisprudenziale: questa diversa titolazione risulta essere un segno tangibile del cambiamento di prospettiva, diretta anzitutto ad attuare il diritto del minore a crescere e ad essere educato nell'ambito di una famiglia. Il minore deve crescere ed essere educato all'interno della sua famiglia di sangue e solo in via subordinata, quando non vi è altra possibilità, possono

¹⁵ Nel corso della discussione si decise di stralciare parte delle proposte di legge. Il DDL 130 fu approvato il 26 febbraio 1998 dal Senato in testo unificato e trasmesso all'altro ramo del Parlamento. Quello stralcio permise di approvare dopo pochi mesi la ratifica della Convenzione. I contrasti erano insorti soprattutto rispetto alle possibilità dell'adottato di conoscere le proprie origini e su questo tema si era fermata la discussione. Lo stralcio delle norme riguardanti l'adozione nazionale consentì l'approvazione della legge di ratifica, ma il dibattito era ormai avviato.

¹⁶ L'art. 1 legge n. 184 del 1983, Il minore ha diritto ad essere educato nell'ambito della propria famiglia. Tale diritto è disciplinato dalle disposizioni della presente legge e dalle altre leggi speciali.

essere applicati gli istituti a tutela dei minori previsti e regolamentati dalla legge stessa: affidamento familiare (se l'incapacità della famiglia è temporanea) o adozione (se definitiva). I principi generali, contenuti dall'art. 1, contribuiscono così anch'essi, alla più precisa definizione delle cause che impediscono la prosecuzione del rapporto genitoriale.

Per la nuova legge, la condizione di indigenza dei genitori o del genitore esercente la potestà, non può essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia. Quelle condizioni devono superarsi attraverso interventi di sostegno e di aiuto. Il nuovo comma 2 dell'art. 1 stabilisce che la circostanza per cui la famiglia di sangue versi in condizioni di indigenza non è motivo sufficiente a limitare o ostacolare il diritto del minore a restare nell'ambito della propria famiglia e a riceverne le cure.

È anzi compito delle Istituzioni provvedere con interventi idonei e nei limiti delle risorse finanziarie disponibili all'aiuto dei nuclei familiari a rischio.

Il comma 3 dell'art. 1, perciò attribuisce allo Stato, alle regioni e agli enti locali la competenza per quel che riguarda gli "interventi di sostegno e di aiuto".

Consapevole, da una parte, che nel caso di competenze concorrenti non si possono omettere norme atte a disciplinare le stesse, dall'altra che lo svolgimento di qualsiasi attività non può prescindere da un onere economico¹⁷, il legislatore ha risolto le questioni precisando:

- a. che i detti enti (Stato, regioni e enti locali) devono porre in essere "idonei interventi";

¹⁷ Art. 81, comma 4, Cost. "Ogni altra legge che importi nuove e maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte".

- b. che tali interventi devono essere realizzati “nel rispetto della loro autonomia”;
- c. che gli interventi stessi devono avvenire “nei limiti delle risorse finanziarie disponibili”.

I soggetti pubblici indicati sopra, nell’ambito delle proprie competenze dovranno:

- a. offrire sostegno, evidentemente economico ai nuclei familiari a rischio, al fine di evitare l’abbandono dei minori e fare in modo che il bambino possa essere educato all’interno della sua famiglia;
- b. promuovere iniziative di formazione dell’opinione pubblica¹⁸, dirette nell’ordine a diffondere notizie:
 - sull’affidamento familiare¹⁹;
 - sull’adozione²⁰;

¹⁸ Art. 1 comma 3, legge 28 marzo 2001, n. 149 Lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell’ambito delle proprie competenze, sostengono, con idonei interventi, nel rispetto della loro autonomia e nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, i nuclei familiari a rischio, al fine di prevenire l’abbandono e di consentire al minore di essere educato nell’ambito della propria famiglia. Essi promuovono altresì iniziative di formazione dell’opinione pubblica sull’affidamento e l’adozione e di sostegno all’attività delle comunità di tipo familiare, organizzano corsi di preparazione ed aggiornamento professionale degli operatori sociali nonché incontri di formazione e preparazione per le famiglie e le persone che intendono avere in affidamento o in adozione minori. I medesimi enti possono stipulare convenzioni con enti o associazioni senza fini di lucro che operano nel campo della tutela dei minori e delle famiglie per la realizzazione delle attività di cui al presente comma.

¹⁹ Disciplinato dagli artt. 2, 3, 4 e 5 della legge n. 184 del 1983.

²⁰ Praticamente le condizioni perché una coppia di coniugi possa rendersi adottante di un soggetto minore, nonché le procedure in base alle quali un minore possa essere dichiarato adottabile.

- perché siano propagate le attività delle comunità di tipo familiare²¹;
- c. organizzare:
- corsi di preparazione e aggiornamento professionale degli operatori sociali;
 - incontri di formazione e preparazione per le famiglie e le persone che intendono avere in affidamento o in adozione dei minori;
- d. stipulare convenzioni con enti di volontariato per la realizzazione delle attività di cui sopra.

Da ciò emerge a chiare lettere che il legislatore con la nuova legge ha inteso dettare misure tali da realizzare il diritto del minore ad una propria famiglia, da intendersi sia quella naturale d'origine sia quella cui sia eventualmente affidato a causa delle difficoltà della famiglia naturale.

La riforma ci riporta ad una analisi delle politiche sbagliate nei confronti dei minori.

I procedimenti civili minorili di controllo della genitorialità e di adattabilità dovrebbero essere indirizzati ai principi definiti dall'art. 111 della Costituzione, dalla sentenza n. 1/2202 della Corte costituzionale che ha applicato l'art. 111 Costituzione, dalla Convenzione sui diritti del bambino del 20 novembre 1989 e dalla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli

²¹ Le comunità di tipo familiare non rappresentano un'innovazione della novella del 2001. Esse erano già previste dalla legge n. 184 del 1983 come possibili affidatari provvisori di minori temporaneamente privi di un ambiente familiare idoneo. Il ruolo e l'importanza di cui sono state investite con la riforma hanno reso prioritario per le istituzioni il compito di propagandare la loro diffusione e favorire il loro sviluppo.

del 25 gennaio 1996 di cui il Parlamento ha autorizzato la ratifica con la legge n.77 del 20 marzo 2003. Secondo qualcuno, le norme attuali non rispondono a questi principi: sarebbe pertanto competenza del ministro provare ad adeguarle a partire da un nuovo intervento legislativo. Ecco alcuni dei punti di riforma individuati:

- a. dovrebbe affermarsi esplicitamente che i procedimenti di controllo della genitorialità e di adottabilità hanno natura bilaterale o plurilaterale. Andrebbe pertanto attribuita la qualifica di parti formali ad entrambi i genitori, al tutore e al figlio, assicurando una loro effettiva e piena partecipazione al procedimento, con la facoltà di indicazione di prove e di assistenza alla loro assunzione;
- b. dovrebbe essere affermato il principio generale che il giudice della persona e dei minori, in ogni grado, può assumere autonomamente delle informazioni e decidere con esclusivo riferimento all'interesse del morale e materiale del soggetto interessato anche diversamente dalla domanda delle parti o dal loro accordo;
- c. sembrerebbe importante rivedere le modalità inquisitorie che ancora caratterizzano il procedimento civile minorile. Andrebbe perciò introdotto il principio generale che il giudice minorile, per essere imparziale, procede solo su ricorso del pubblico ministero o di una parte privata;
- d. un altro punto necessario di riforma sarebbe la previsione di un rappresentante speciale per il minore nella forma di un curatore speciale quando nei giudizi che comportino una decisione sul minore (di controllo

sulla potestà, di adottabilità) ci sia conflitto di interessi potenziale o attuale con i genitori.

- e. andrebbe ribadita in ogni fase del procedimento la garanzia della difesa tecnica.
- f. dovrebbe essere riconosciuto e formalizzato il diritto di ciascuna parte di essere tempestivamente informata dell'inizio del procedimento e del suo oggetto attraverso la comunicazione del ricorso introduttivo depositato dall'altra parte o dal pubblico ministero.
- g. andrebbe introdotto l'obbligo al minore di dare le informazioni pertinenti appropriate con riferimento alla sua età e al suo discernimento per permettergli di esercitare pienamente i suoi diritti, a meno che tali informazioni non nuocciano al suo benessere.
- h. si dovrebbe prevedere l'obbligo di sentir personalmente il minore che abbia sufficiente capacità di discernimento, nonché di prendere in considerazione le sue opinioni in tutti i procedimenti dove le decisioni riguardano la sua persona o il suo patrimonio.
- i. andrebbe affermato il diritto delle parti di conoscere e prendere copia di ogni atto del procedimento,
- j. dovrebbe essere recuperata la collegialità come regola per l'assunzione delle prove, limitando la possibilità di deleghe di atti a singoli componenti del collegio stesso;
- k. andrebbe affermato l'obbligo di comunicare alle parti e ai loro difensori i provvedimenti anche nella loro motivazione.

- l. dovrebbe essere in qualche modo disciplinato l'ingresso dei servizi nei procedimenti civili della persona, della famiglia e dei minori;
- m. deve essere riconosciuta la possibilità che il giudice emani, su ricorso di una parte, nell'interesse del minore dei provvedimenti cautelari temporanei e immediatamente esecutivi, anche senza avere ascoltato prima tutte le parti, con una disciplina conforme a quella del procedimento cautelare uniforme dettata dagli artt. 669-bis e ss. del codice di procedura civile. Tuttavia dovrebbero essere stabiliti termini rigorosi entro i quali il giudice, sentite le parti, deve confermare, modificare o revocare il provvedimento cautelare che deve essere effettivamente temporaneo.
- n. dovrebbe infine introdursi l'obbligo che il giudice nelle materie di famiglia, delle persone e dei minori proceda con rapidità, concentrando in un'unica udienza collegiale l'assunzione di prove e informazioni e prevedendo degli eventuali rinvii a tempi brevissimi.

L'altro punto critico riguarderebbe la riduzione dei giudizi penali onorari nei processi minorili. L'apporto di questi ultimi si è rivelato essenziale fino ad oggi ai fini dell'accertamento delle condizioni e risorse personali, familiari e sociali del minore, l'accertamento dell'imputabilità, il grado di responsabilità, la proposizione degli interventi educativi, etc.

La riduzione di queste competenze al solo giudice per l'udienza preliminare significherebbe assicurare una figura professionale al minore ma

significherebbe anche affidare il giudizio sul minore ad un magistrato privo di una vera cultura minorile come quella che possiede il giudice onorario²².

²² Pazé P., *La stagione delle riforme sbagliate e la crisi delle politiche per i minori*, in *Minorigiustizia*, FrancoAngeli, Milano, 1/2003, pp. 7-13.

II CAPITOLO

L'ADOZIONE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. I diritti dei minori
2. L'audizione del minore
 - 2.1 l'ascolto del minore nell'ambito dell'adozione nazionale ed internazionale
 - 2.2 le modalità dell'audizione
3. L'avvocato del minore
4. La procedura di adozione
5. L'adozione in casi particolari
 - 5.1 gli effetti dell'adozione: il cognome
 - 5.2 la potestà e l'amministrazione dei beni dell'adottato
 - 5.3 rapporti successori

1. I diritti dei minori

In Italia, fin dai primi anni settanta, si cominciava a parlare dei diritti del minore anche se tale problematica era già esaminata nel ambito della magistratura minorile.

Il problema principale era quello di chiarire i diritti che il minore doveva vedersi garantiti ed attuati nelle diverse situazioni in cui egli si trovasse ad operare

e conseguentemente di dar vita ad una magistratura minorile capace di sostenere in ogni campo tali diritti.

Un primo passo verso il riconoscimento di tali diritti si è verificato con l'approvazione della legge sull'adozione speciale, legge n. 431 del 1967 poi successivamente sostituita dalla legge n. 184 del 1983, che garantisce l'inserimento del fanciullo in una nuova famiglia quando quella di origine non fosse in grado di adempiere ai propri compiti educativi.

Si pone così in netta preminenza l'interesse del minore a crescere e svilupparsi al di là e al di sopra di ogni altra posizione.

Successivamente alla nascita dell'adozione speciale è andata via via sviluppandosi la problematica dei diritti dei minori.

Attraverso gli studi dottrinali è possibile individuare all'interno dei principi costituzionali la prima teoria dei diritti del minore, si afferma che la Costituzione avrebbe delineato, ancorché indirettamente un vero e proprio statuto dei diritti del minore.

Passando ad analizzare, singolarmente, i principi costituzionali l'art. 2 garantisce i diritti inviolabili dell'individuo, e quindi anche del minore, come singolo e nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, famiglia, scuola e lavoro.

L'art. 3 della Costituzione impegna la Repubblica a rimuovere ogni ostacolo economico e sociale che si frapponga allo sviluppo della personalità dell'individuo, e quindi per il minore tale sviluppo e anche un valore fisiologico.

Significativamente, possiamo affermare che nell'una e nell'altra norma è presente il riferimento alla personalità e al suo sviluppo, un'indicazione diretta a

tutti i cittadini o ancor di più a tutti gli individui, pertanto si adatta particolarmente al fanciullo, per il quale lo sviluppo della personalità costituisce in sostanza un dato fisiologico.

Altro principio costituzionale a l'art. 30 che prevede il diritto ed il dovere dei genitori di mantenere, educare ed istruire i figli, indipendentemente dal loro *status filiationis*, si parla in tal senso di un obbligo del genitore derivante dalla mera procreazione.

Tale diritto trova ulteriore attuazione ed esigibilità, all'interno del 2° comma dell'art. 30, nonostante l'incapacità dei genitori.

Molto importante, anche se scarsamente esaminato è l'art. 31 della Costituzione che prevede un programma di aiuto e sostegno alla famiglia nell'assolvimento delle sue funzioni, coinvolgendo così una problematica molto più ampia, non più limitata al rapporto genitori-figli. Tale norma trova ulteriori collegamenti in diversi principi costituzionali, ossia, nell'art. 32 che prevede la tutela della salute, l'art. 34 che garantisce diritto allo studio, l'art. 37, che prevede la protezione della madre lavoratrice e dell'adolescente lavoratore, l'art. 38, parla di minori inabili, ed infine l'art. 36, diritto del lavoratore alla formazione ed elevazione professionale e ad una retribuzione sufficiente per sé e la famiglia²³.

Possiamo affermare che tali principi hanno rappresentato un sicuro passo in avanti della legislazione minorile a tutela dei minori.

In passato il fanciullo veniva considerato in quanto autore di reati e pertanto soggetto pericoloso per la società, di conseguenza il suo comportamento

²³ Cfr. Bessone, *Rapporti etico-sociali*, pag. 135 ss.

veniva sanzionato senza preoccuparsi invece di garantire un adeguato sviluppo della personalità del minore traviato.

Successivamente si pose in evidenza di adottare un trattamento più favorevole nei confronti dei minori, trattamento che si rinveniva nel settore penale applicabile a tutto il sistema e cioè il principio del *favor minoris*, tale principio prevedeva l'applicazione di condizioni di favore verso soggetti non ancora evoluti fisicamente.

Tale principio, preveda in campo penale una maggiore clemenza ed una tutela degli interessi materiali e morali in campo civile al fine di rieducare e di garantire un reinserimento del minore all'interno della vita sociale²⁴.

L'adozione legittimante e l'affidamento familiare del minore, costituiscono sicuramente uno strumento per l'attuazione del diritto del minore all'educazione ed allo sviluppo della personalità.

Pertanto, proprio attraverso l'applicazione della legge del 1967 è stata compiuta la prima affermazione dei diritti del fanciullo, la magistratura minorile, contrastando antichi pregiudizi e superando alcuni ostacoli e difficoltà e riuscita ad elaborare la prima, anche se sommaria, teoria dei diritti del fanciullo, che sarà poi ripresa ed approfondita dalla dottrina degli anni avvenire.

²⁴ Baviera, *Diritto Minorile, I soggetti - Le istituzioni*, Vol. I, Giuffrè, Milano 1975.

2. L'audizione del minore

L'ascolto del minore da diversi anni busca alle porte della legislazione italiana²⁵.

Negli ultimi vent'anni le disposizioni normative hanno completamente cambiato direzione, ponendo l'interprete di fronte ad un bivio: da un lato un percorso che ruota intorno alla tradizione nazionale dove si parla molto di minori ma al tempo stesso non lascia la parola al minore e dall'altro lato si apre verso la cultura europea molto più decisa nel dare la voce ai minori.

Le norme internazionali, da diverso tempo, impongono l'ascolto dei minori all'interno dei procedimenti che li coinvolgono, così anche il legislatore nazionale ha dovuto ammettere, con la legge n. 54 del 2006, che le cause di separazione dei genitori coinvolgono necessariamente la vita dei figli minori.

L'audizione del minore ha avuto il suo impulso con la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 27 maggio 1991 n. 176, in particolar modo nell'art. 12, ha affermato un diritto di espressione e di ascolto del bambino sia in famiglia sia da parte delle istituzioni.

“Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo

²⁵ Legge n. 54 del 2006.

interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità.

A tale fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria e amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale.”

Precedentemente, nel 1988, in occasione della XVI Conferenza Europea dei Ministri della Giustizia, fu ammessa una Risoluzione che sottolineava l'importanza dell'ascolto del minore e che consentì successivamente il via della Raccomandazione 1112/1990, relativa ai diritti dei minori, adottata nel febbraio del 1991 dall'assemblea Parlamentare del Consiglio di Europa al fine di creare uno strumento giuridico in grado di completare, a livello europeo, i contenuti della Convenzione di New York garantendo la pratica attuazione dei diritti riconosciuti ai minori dalla normativa internazionale²⁶.

La Convenzione di New York, riconosce al minore dei diritti, con un chiaro riferimento ai processi minorili civili e cioè i processi a seguito dei quali il minore può essere separato dalla sua famiglia d'origine dato in affidamento ed infine in adozione.

La convenzione di New York ha avuto un significato momento di applicazione con la legge 28 marzo 2001 n. 149, che disciplina le adozioni ed affidamento dei minori, che ha introdotto l'obbligo della nomina del difensore

²⁶ Cfr. Fadiga, *La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli e la legge di ratifica. Legge 20 marzo 2003 n. 7.*

nelle procedure per la dichiarazione di adottabilità ed in quelle di limitazione o decadenza della potestà dei genitori, di competenza del Tribunale per i minorenni.

Queste indicazioni sono riprese negli artt. 3 e 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, sottoscritta a Strasburgo il 25 gennaio 1996, (legge di ratifica del 20 marzo 2003 n. 77) che prevedono che nei procedimenti dinanzi ad un'autorità giudiziaria che lo riguardano, al minore che sia considerato secondo il diritto interno come avente una capacità di discernimento sufficiente vengono riconosciuti, come diritti di cui egli stesso può chiedere di beneficiare, quelli di ricevere ogni informazione pertinente, di essere consultato ed esprimere la propria opinione, di essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione.

In particolare la Convenzione impone all'autorità giudiziaria, prima di giungere ad una decisione, nell'interesse del fanciullo, e quando il diritto interno ritiene che il minore abbia una capacità di discernimento sufficiente, deve nei casi che lo richiedono consultare il minore personalmente con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia contrario agli interessi superiori del minore, permettere al minore di esprimere la sua opinione, tenere in debito conto l'opinione da lui espressa.

Al centro della scena non sono più gli adulti ma è il minore e dal punto di vista oggettivo ciò che interessa non sono più le questioni che i coniugi discutono ma quelle che interessano al minore.

In pratica con la nuova normativa non sono stati imposti obblighi agli Stati membri, ma essi sono stati invitati a valutare l'opportunità di introdurre nel diritto interno i diritti processuali sanciti dalla convenzione.

Dopo l'introduzione nel nostro ordinamento delle Convenzioni di New York e di Strasburgo bisogna ricordare la sentenza n. 1 del 2002 della Corte Costituzionale che prevede che durante un procedimento davanti al Tribunale per i minori ex art. 336 c.c., ha ritenuto necessario l'ascolto del minore proprio per effetto della Convenzione di New York.

La sentenza contiene un'affermazione di portata generale, ossia, nei procedimenti *de potestate* "tutte le parti interessate devono avere la possibilità di partecipare alle delibere e di far conoscere le proprie opinioni" in relazione al quale la Corte stessa ha chiarito che il minore è parte processuale. Questa precisazione finisce per assumere, rispetto alla tematica teorica dell'ascolto del minore, una portata limitante, nel senso che l'affermazione che debba essere ascoltato un soggetto che sia parte del procedimento apporta certo una qualche novità rispetto a procedimenti scarsamente formalizzati rispetto al principio del contraddittorio, ma non è significativa in rapporto alla generalità dei procedimenti, per i quali è normale che le parti abbiano diritto ad essere sentite.

Da evidenziare che quella affermazione non affronta in alcun modo il problema dell'ascolto del minore nei procedimenti che lo riguardano, ma nei quali il minore non ha qualità di parte processuale.

Nel dicembre del 2000, è stata proclamata a Nizza la Carta Europea dei diritti fondamentali che dedica ai diritti del bambino l'art. 24 "*I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il benessere. Essi possono*

esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità.

In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente.

Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse”.

Pur trattandosi di un documento privo di valore giuridico diretto, anche questa è stata una tappa fondamentale che ha preparato l'ingresso dell'ascolto dei minori tra i requisiti di libera circolazione, in ambito europeo delle decisioni in materia di affidamento di minori.

Importante in materia di audizione del minore è la legge n. 184 del 1983 espressamente prevede che il minore che ha compiuto gli anni dodici deve essere personalmente sentito mentre il minore di anni dodici deve esser sentito in considerazione della sua capacità di discernimento, ciò solleva alcune questioni.

L'espressione legislativa traduce, in forma meno propria, il principio contenuto nell'art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 secondo cui al fanciullo capace di discernimento deve essere data la possibilità di essere ascoltato nella procedura giudiziaria che lo concerne e non pare voglia o possa ridurne la portata.

L'interpretazione che se ne trae è dunque la seguente.

Fermo l'obbligo di sentire sempre il fanciullo che ha compiuto i dodici anni si è esteso questo obbligo al fanciullo di età inferiore capace di discernimento

che prima veniva sentito “se opportuno”. In sostanza al di sopra dei dodici anni l’obbligo di sentire il minore prescinde dalla capacità di discernimento, mentre al di sotto di quest’età l’obbligo di ascolto viene legato a quella capacità che, ove ritenuta, lo rende obbligatorio.

Anche al di sotto dei dodici anni, è chiaro che, quando è previsto, il giudice deve procedere ad un ascolto diretto del minore: infatti non è disciplinata la possibilità alternativa di ascolto tramite un rappresentante o un organo appropriato, come consentiva la Convenzione sui diritti del fanciullo.

Infine, un breve accenno nella ricostruzione delle principali tappe che hanno portato fino all’art. 155-sexies c.c., bisogna ricordare la riforma della legge sulle adozioni del 2001, n. 149.

Nel procedimento per adozione sono stati introdotti momenti di presenza obbligatoria del minore sia prima di un provvedimento di affidamento familiare, art. 4, sia prima della dichiarazione dello stato di adottabilità, art. 15, sia ancora nei procedimenti di adozione, art. 7.

Per l’affidamento e la dichiarazione è inoltre previsto che venga sentito il minore che ha compiuto 12 anni ed il minore di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento.

Per le adozioni la norma è analoga, ma la legge specifica che il minore debba essere sentito personalmente e aggiunge la necessità del consenso dell’adottando che abbia compiuto, o stia compiendo gli anni quattordici.

2.1 L'ascolto del minore nell'ambito dell'adozione nazionale ed internazionale

La legge del 4 maggio 1983, n. 184 e la successiva legge del 28 marzo 2001, n. 149, hanno evidenziato l'importanza dell'audizione del minore nell'ambito della procedura adottiva la cui necessità in qualche modo era stata anticipata anche da una pronuncia della Corte di Cassazione²⁷.

La norma è contenuta nell'art. 7 e precisamente ai punti 2 e 3 della legge n. 184 che regola il cosiddetto diritto di ascolto del minore, articolo sostituito dall'art. 7 della legge n. 149 del 2001.

Per il minore che abbia compiuto i quattordici anni di età (anche durante il procedimento, con possibilità di revoca fino alla pronuncia definitiva dell'adozione), si prevede non solo il semplice ascolto, come nel caso dell'affidamento familiare, ma anche il suo espresso consenso, che è vincolante per l'adozione, da prestare personalmente davanti al Tribunale per i minorenni.

²⁷ Cass. civ., 3 luglio 1997, n. 6899, in *Dir. fam. pers.*, 1998, 1, pp. 54 sgg.: *“L'esigenza di ascoltare il minore, nella duplice previsione, facoltativa per i minori infradodocenni, obbligatoria per gli ultradodocenni, in tal modo abbassando la soglia di età prevista per l'audizione in tema di potestà genitoriale dall'art. 316 c.c. ... costituisce un comune denominatore della legge sull'adozione”* la quale *“intende attribuire alla personalità e alla volontà del minore un ruolo non indifferente in relazione all'adozione di provvedimenti che nell'interesse del minore trovano la loro ragione d'essere. Sotto tale profilo, i provvedimenti nell'interesse del minore non vanno stabiliti a priori sulla base di un criterio generico di adeguatezza, ma vanno rapportati alle reali esigenze delle fattispecie in esame che non possono non emergere soprattutto da un colloquio diretto con il soggetto interessato”*.

Si evidenzia la giusta *ratio* della previsione in oggetto: discende dall'adozione legittimante una rottura completa dalla famiglia di origine e l'inserimento in qualità di figlio legittimo, in quella adottiva, il legislatore si è preoccupato di far valutare l'interesse di tale mutamento giuridico, e soprattutto esistenziale, direttamente alla persona che, più di tutti, vivendo tale mutamento sulla propria pelle, potesse meglio interpretare direttamente, e senza mediatori qualificati, la sua realizzazione.

Il limite di età previsto rappresenta, oltre i quattordici anni, proprio il grado di maturità che, soprattutto nella società contemporanea, si può presumere elevato per il livello strutturale psico-fisico raggiunto dal minore, pare garantire sufficientemente dalla possibilità di un inquinamento del suo volere effettivo da parte degli adulti, rendendolo così il migliore interprete del suo interesse concreto e del proprio destino.

Il consenso del minore quattordicenne non può essere sottoposto a condizione o a termine, altrimenti, sarebbe nullo e di conseguenza renderebbe inammissibile l'adozione legittimante.

Il consenso deve essere prestato personalmente al giudice minorile al fine che quest'ultimo possa controllare i motivi che hanno indotto il minore a richiederla, escludendo qualsiasi pressione sulla sua libera determinazione in tal senso o un eventuale momento passeggero di un semplice capriccio adolescenziale.

La valorizzazione al massimo, effettuata dal legislatore, del dovere di ascolto del minore viene poi completata dall'obbligo, da parte del Tribunale dei minori, di sentire personalmente il minore che abbia compiuto i dodici anni,

ovvero di età inferiore in base alla sua capacità di discernimento. Molto spesso i minori abbandonati soffrono pesantemente il trauma dell'abbandono e vivono in modo conflittuale il ricordo dei genitori naturali, pertanto i primi contatti relazionali fra il minore e quella che sarà la nuova famiglia, naturalmente dopo il buon esito dell'affidamento preadottivo, dovranno essere estremamente rispettosi della sua personalità, attraverso il dovere di ascolto da parte del giudice minorile.

In questo caso l'ascolto del minore deve essere diretto, il giudice deve ascoltare personalmente il minore che gli esprime la sua opinione e i suoi bisogni e desideri. In altre ipotesi l'ascolto può essere indiretto e quindi attraverso un terzo, operatore sociale che riferisce al magistrato mediante una relazione ciò che sia stato detto dal bambino, oppure attraverso l'ascolto sostitutivo di un rappresentante del minore, quali il tutore o il curatore, che riferisca all'organo giudiziario a suo parere l'interesse del minore che non possa esprimerlo in quanto, ad esempio, neonato.

Naturalmente, nel caso di ascolto diretto e personale il giudice minorile dovrà attuare particolari modalità, anche mediante operatori specializzati, per garantire la genuinità delle dichiarazioni rese dal minore, per evitargli eventuali traumi.

Il problema principale riguarda l'accertamento della capacità di discernimento che rende obbligatorio l'audizione del minore, che la legge affida alla prudente discrezionalità del giudice minorile.

Quello di capacità di discernimento è infatti un concetto senza fondamento scientifico, ad un livello tale di genericità da lasciare spazio all'arbitrio. Basta considerare che la capacità di discernimento di un ragazzo

crebbe e si sviluppa e, quindi, occorrerebbe comunque definire a quale livello essa debba valutarsi come raggiunta o sufficiente.

Inoltre per accertare la capacità di discernimento occorrerebbe prima sentire il minore, sicché l'ascolto dovrebbe comunque farsi pressoché sempre, almeno per i bambini non piccolissimi.

Per dare alla nozione di capacità di discernimento qualche significato, è bene richiamare che storicamente la capacità di discernimento veniva ritenuta acquisita ai sei-sette anni.

A questa età secondo la Chiesa cattolica il bambino iniziava a comprendere il significato di scelte di fede e di condotta e, quindi, era capace di peccato mortale e poteva essere ammesso alla confessione e alla comunione.

In parallelo anche la scuola iniziava ai sei anni.

La psicologia convalida che verso questa età dei sei-sette anni il bambino normalmente acquisisce certe categorie di pensiero logico e il principio di realtà. La psicoanalista Françoise Dolto individua a sua volta dagli otto anni in su l'età in cui un bambino dovrebbe essere in grado di comunicare con il giudice.

Potrebbe obiettarsi che un bambino abbandonato può avere minore discernimento, perché i traumi di cui è stato vittima hanno generato confusione, come disturbi nella dimensione temporale, ma proprio in queste situazioni sembra ancora più importante che il giudice ascolti il bambino e gli parli.

Tendenzialmente ad un'età di sei-sette-otto anni costituisce un riconoscimento dell'identità e della soggettività del bambino, non considerato come un oggetto di cui degli adulti, genitori o giudice che siano, comunque dispongono senza tenere conto della sue inclinazioni.

Ciò non esclude che il magistrato, in maniera protetta nei casi più delicati, possa comunque sentire il bambino, anche di età inferiore al precitato limite, in particolar modo laddove si è creato un forte grado di affettività tra il minore alla coppia adottiva.

Nel ambito dell'adozione internazionale pronunciata all'estero manca nel nostro paese una fase di ascolto del minore.

In tal caso l'ascolto è limitato a quelle situazioni, di cui all'art. 35, comma 4, della legge n. 184, in cui l'adozione si perfeziona dopo l'arrivo del minore in Italia, in questo caso il provvedimento pronunciato dall'autorità straniera viene riconosciuto come affidamento preadottivo, per la durata di un anno.

Decorso tale periodo laddove il Tribunale dei minori ritenesse che la permanenza del minore all'interno della famiglia adottiva sia conforme all'interesse del minore stesso procede alla pronuncia di adozione e alla relativa trascrizione nei registri dello stato civile.

In caso contrario, anche prima che sia decorso il periodo di affidamento preadottivo il tribunale dei minori procede alla revoca e all'assunzione dei provvedimenti necessari, in tal caso il minore che abbia compiuto quattordici anni deve esprimere il proprio consenso circa i provvedimenti da assumere, in caso di dodicenne deve essere sentito personalmente, se di età inferiore sarà ascoltato laddove ciò non alteri il suo equilibrio psico-emotivo sulla base della valutazione dello psicologo nominato dal tribunale.

2.2 Le modalità dell'audizione

L'ascolto personale del bambino costituisce materia in due campi del sapere: la psicologia e il diritto.

Gli psicologi parlano dell'ascolto come di uno dei bisogni del bambino, mentre l'ordinamento giuridico riconosce l'ascolto come un diritto del bambino, pertanto l'ascolto del minore si è affermato come diritto.

Da entrambe le prospettive si afferma che il bambino deve essere ascoltato.

Bisogna puntualizzare che l'art. 156 sexies c.c., prevede che l'ascolto del minore viene disciplinato in una disposizione distinta da quella che regola le altre attività del magistrato, quasi a precisare la diversità di ciò che il giudice fa quando ascolta il minore, contro una tradizione normativa che aveva in precedenza sempre menzionato il minore in un unico contesto lessicale con i genitori e difensori.

Se questi vengono sentiti, quella del minore costituisce invece una audizione, spetta all'interprete cogliere il senso della contrapposizione terminologica.

Le due Convenzioni, precedentemente menzionate, parlano di diritto del minore di esprimere la sua opinione e di essere consultato, non si riferiscono ad un diritto del minore ad essere interrogato in forma di testimonianza.

L'ascolto di opinioni è diverso dall'assunzione di una testimonianza, anche se ha con essa punti in comune. "Nell'ascolto è stato detto non siamo alla

ricerca della verità, perché il nostro interesse è rivolto, prima che ai fatti, alla persona del minore”²⁸. L’ascolto è prestare orecchie ed attenzione a ciò che il minore vuole esprimere; la testimonianza è il racconto indotto su fatti che interessano al giudice per decidere.

L’ascolto ha come soggetto attivo il minore; la testimonianza vede come protagonista il giudice. L’ascolto costituisce una manifestazione specialmente di opinioni ed emozioni; la testimonianza ha come contenuto il racconto di fatti. Qualche volta la testimonianza può essere traumatica, invece l’ascolto è in qualche modo liberatorio.

Nella testimonianza non è rilevante ciò che il testimone vuole o desidera; l’ascolto è invece uno strumento per raccogliere le opinioni del minore, con obbligo di prenderle debitamente in considerazione nel momento delle decisioni e di esplicitare anche tale considerazione nella relativa motivazione²⁹: il minore, senza diventare parte, in questo modo è presente nel procedimento e partecipa consapevolmente del progetto che lo riguarda.

Pertanto, l’ascolto non costituisce strumento di autodifesa del minore, bensì come è stato sostenuto³⁰ dà forma al diritto del minore di partecipare alla sua tutela.

²⁸ R. Lombardi e M. Tafà, *Ascoltare il minore ovvero entrare in relazione*, in *Minorigiustizia*, 1998, 4, pag. 85.

²⁹ La distinzione fra ascolto di opinioni e ascolto di testimonianze è espressa chiaramente da A. Dell’Antonio, *La partecipazione del minore alla sua tutela. Un diritto misconosciuto*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 148-152.

³⁰ A. Dell’Antonio, *op. cit.*

Se i bambini devono esprimere liberamente la loro opinione, così come prevede l'art. 24 della Carta europea, è necessario che il minore sia libero anche di non dire al giudice nulla, se nulla desidera dire; che scelga se toccare o meno qualche argomento; che abbia la possibilità di esprimere davanti al giudice senza intermediari e senza presenze impeditive.

Bisogna ricordare che origine ed oggetto dell'ascolto rimane sempre l'interesse del minore.

Da un punto di vista procedurale, in primis bisogna distinguere tra ascolto diretto da parte del giudice, di regola per i minori di almeno dodici anni, e l'ascolto indiretto eseguito da un CTU e trasmesso successivamente al giudice mediante una relazione scritta, ovvero eseguito da uno psicologo del servizio pubblico, individuato attraverso i servizi sociali, che trasmette poi la relazione conclusiva, tale procedura è prevista nei casi in cui le parti non hanno la possibilità economica di sostenere i costi di una consulenza.

Il luogo in cui si svolge l'udienza di audizione dovrà garantire le esigenze del giusto processo e l'assoluta tutela e salvaguardia psicofisica del minore, della sua serenità e della sua libertà di opinione.

A tal fine si spera che al più presto venga predisposta un'aula del Tribunale appositamente attrezzata -divisa in due stanze separate da uno specchio unidirezionale- in modo che il minore sia ascoltato da un'unica persona ma alla presenza distante e discreta, al di là dello specchio unidirezionale, anche dei difensori delle altre parti, nonché del curatore del minore se nominato, garantendo così contraddittorio e diritto di difesa in quello che è comunque un momento processuale.

I difensori delle parti costituite precedentemente, potranno fornire al giudice indicazioni su argomenti significativi, quest'ultimi hanno il diritto di partecipare all'udienza di audizione.

Nel caso di loro partecipazione i difensori non avranno alcun contatto con il minore, né prima né dopo l'audizione dello stesso non potranno interferire durante l'audizione del minore al fine di garantire in questo modo il rispetto della serenità e libertà di espressione del minore stesso.

Le parti non potranno assistere all'audizione, salvo che il giudice non lo ritenga opportuno.

La legge n. 77 del 2003, "Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996", prevede che prima che il minore sia ascoltato, debbono essere svolte alcune procedure preliminari in modo che le sue dichiarazioni siano il più possibile consapevoli e libere.

Infatti questi ha diritto di ricevere ogni informazione pertinente la vicenda che lo riguarda; di essere informato delle possibili conseguenze della sua opinione e delle eventuali conseguenze di ogni decisione.

Pertanto, in caso di assenza di figure istituzionali di rappresentanza e di difesa del minore nel processo, tale compito sarà svolto dal giudice prima di ascoltare l'opinione del minore in modo da consentirgli di formarsi un'opinione consapevole e di interloquire consapevolmente nel giudizio.

Al fine di salvaguardare la libertà e la serenità del minore anche da strumentalizzazioni, il giudice chiarirà sia al minore, sia ai soggetti adulti coinvolti nel procedimento, che dell'opinione del minore terrà debito conto anche

se poi sarà uno degli elementi sulla base dei quali saranno assunte le decisioni (e ciò anche per ‘scaricare’ il minore dalla responsabilità della sua influenza sulla decisione e proteggerlo dal conflitto di lealtà nei confronti degli adulti).

La verbalizzazione dell’audizione sarà integrale e fedele, anche nel linguaggio, a quanto dichiarato dal minore, in quanto trasposizioni di concetti in linguaggio adulto o sintetizzazioni potrebbero tradirne il significato autentico e la reale portata. Saranno riportati anche eventuali comportamenti e manifestazioni non verbali del minore. Il minore avrà diritto di leggere e sottoscrivere il verbale.

L’ascolto del minore costituisce, dunque, nella previsione legislativa, un’attività prodromica alla decisione del giudice.

Prima di essa, il giudice non esaurisce la raccolta degli elementi che debbono fornirgli la base del suo intervento; dal punto di vista processuale, dobbiamo dunque individuare una modalità procedimentale che integra il potere decisionale; il giudice che non abbia provveduto, nelle ipotesi nelle quali invece l’ascolto riveste carattere di necessità, a tale attività, si può affermare che non giunge in modo valido alla fase nella quale egli esercita il suo potere/dovere di decisione³¹.

³¹ In una recente ordinanza della Corte di Cassazione, pronunciata in un provvedimento governato dalla Convenzione dell’Aja 20 maggio 1980 sulla sottrazione di minori (ratificata in Italia con la legge n. 64 del 1994), si è precisato che quando il minore “presenti discernimento sufficiente alla stregua del diritto interno”, la sua audizione costituisce “elemento di verifica diretta e personale della sussistenza del rischio” ostativo al rientro secondo l’art. 13 comma 1 e 2 della Convenzione.

La Suprema Corte ha quindi restituito gli atti al tribunale per i minorenni territorialmente competente affinché procedesse all’ascolto diretto del minore, potendo venire esclusa l’audizione “solo ove essa sia manifestamente in contrasto con gli interessi superiori del fanciullo stesso”.

Non è ammessa l'audizione del minore qualora il minore sia già stato ascoltato anche in altre sedi giudiziarie, l'audizione potrà essere esclusa se dall'acquisizione degli atti si rilevi che la ripetizione sarebbe superflua o dannosa perché l'attuale opinione del minore rispetto all'oggetto del procedimento è già emersa. L'audizione del minore, inoltre, potrà essere esclusa nel caso in cui, per particolari circostanze, il giudice ritenga che non sia rispondente al di lui interesse.

Concludendo, possiamo affermare che il giudice non può riempire la propria area di poteri officiosi in modo autonomo, prescindendo dallo strumento dell'audizione dei minori, anzi al contrario egli deve fare in modo che tale area sia riempita, se non addirittura disegnata proprio dal minore con il suo ascolto nelle forme più opportune.

3. L'avvocato del minore

La legge del 28 marzo 2001 n. 149, ha previsto l'obbligo di nominare un avvocato al minore e ai genitori nelle procedure giudiziarie per la dichiarazione di adottabilità e in quelle di limitazione e di decadenza della potestà, ha costituito nel nostro sistema processuale un evento di straordinaria importanza³².

La summenzionata legge ha modificato in molte parti la legge n. 184 del 1983 sull'adozione e sull'affidamento dei minori, allineandosi alle convenzioni internazionali e incrementando così le garanzie processuali.

Il significato rilevante di questa riforma non è affatto sminuito dalla circostanza che da tempo nella prassi giudiziaria si attribuiscono ad avvocati le funzioni di curatore speciale del minore e che di conseguenza una figura analoga a quella dell'avvocato del minore era in qualche modo già presente nel sistema processuale.

L'ordinamento giuridico attribuisce ai genitori che esercitano la potestà le funzioni di rappresentanza giuridica del minore e prevede in talune circostanze che l'autorità giudiziaria nomini al minore un curatore speciale che lo possa rappresentare in sostituzione dei genitori.

³² La giurisprudenza con riguardo specifico alle nuove norme nelle procedure di adottabilità ha riconosciuto la straordinaria significatività della riforma precisando che "le regole introdotte dalla legge 28 marzo 2001, n. 149 sono intese ad assicurare indefettibili forme di garanzia, ivi comprese il pieno contraddittorio tra le parti e l'assistenza legale del minore e dei genitori" (Cass., sez. I, 4 maggio 2009, n. 10228).

Nelle intenzioni del legislatore, le funzioni del curatore speciale non erano attribuite ad un avvocato ed infatti la norma che in sede processuale civile prevede la nomina del curatore speciale è collocata tra quelle riferite alle parti e non ai difensori. La rappresentanza del minore da parte del curatore speciale è una vera e propria rappresentanza legale di carattere sostanziale, analoga a quella che hanno i genitori.

Il legislatore del 2001 per le procedure di adottabilità ha ripudiato definitivamente il modello tradizionale camerale a contraddittorio posticipato ed ha optato per un modello procedimentale più vicino a quello a cognizione piena, sia pure garantito dal principio dell'iniziativa anche pubblica dell'azione.

Attraverso questo modello la procedura della dichiarazione di adottabilità valorizza il contraddittorio in prospettiva di una maggior garanzia per tutte le parti coinvolte nel processo.

In particolare, l'ultimo comma dell'art. 8 della legge n. 184 del 1983 prevede che, *il procedimento di adottabilità deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza del legale del minore e dei genitori o degli altri parenti al cui la comma 2 dell'art. 10*, ossia i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore.

Il secondo comma dell'art. 10 prevede che all'apertura del procedimento, i genitori e i parenti devono essere invitati a nominare un difensore in alternativa deve essere loro nominato un difensore di ufficio.

Attraverso questa norma fa ingresso nel processo civile la figura del difensore di ufficio.

Nei procedimenti di limitazione e decadenza della potestà genitoriale l'art. 37 della legge n. 149, in modifica all'art. 336 c.c. prevede che *“per i provvedimenti di cui ai commi precedenti, i genitori e il minore sono assistiti da un difensore, anche a spese dello Stato nei casi previsti dalla legge”*. La nuova legge introduce l'obbligo dell'assistenza del difensore per i genitori e per il minore anche nei procedimenti di controllo della potestà dei genitori.

A differenza di ciò che avviene per il difensore dei genitori, la nomina del difensore del minore è sempre effettuata d'ufficio dal tribunale sia nelle procedure di adottabilità sia nelle procedure di limitazione e decadenza della potestà genitoriale.

Pertanto, le problematiche relative alla nomina d'ufficio del difensore dei genitori e del minore non possono essere considerate omogenee e non possono avere lo stesso trattamento. Possiamo affermare che il difensore del minore è sempre nominato d'ufficio, non è ipotizzabile che il minore possa liberamente nominare egli stesso un difensore di fiducia.

La figura dell'avvocato del minore trae le sue caratteristiche da tre diversi modelli, in particolare al curatore speciale del minore, al difensore d'ufficio del minore imputato nel processo penale e al difensore previsto nella legge sul patrocinio a spese dello Stato.

Passiamo ad analizzare singolarmente le tre figure.

Il curatore speciale è il rappresentante del minore nominato in situazioni di conflitto di interesse, inerzia o disinteresse da parte dei genitori stessi.

È importante precisare che, nel sistema vigente, il curatore speciale non è necessariamente un avvocato e le sue funzioni possono esplicarsi sia in relazione

ad un atto sia in relazione ad un processo, in entrambi i casi siamo in presenza di una funzione sostitutiva nella rappresentanza sostanziale dell'incapace di agire.

Poiché l'attività del curatore speciale si esercita con maggiore frequenza in sede processuale si è ritenuto opportuno negli ultimi anni di attribuire ad avvocati le funzioni di curatore speciale.

La figura del curatore speciale non svolge né una funzione di mera assistenza, né compiti generali di protezione del soggetto incapace, ma bensì svolge poteri di rappresentanza attribuiti mediante il provvedimento di nomina e che cessano con l'espletamento dell'incarico.

Queste sono le caratteristiche ed il limite delle funzioni che contraddistinguono il curatore speciale da altre figure quali il tutore o l'affidatario ai quali sono attribuiti funzioni di protezione del minore.

Il curatore speciale è il primo modello che può definire le caratteristiche funzionali dell'avvocato del minore.

Il secondo modello che fa da sfondo alla figura dell'avvocato del minore è costituito dal difensore di ufficio nei procedimenti penali.

La fonte del potere di rappresentanza, in questi casi, è costituita dal decreto di nomina, a differenza di quanto avviene per il curatore speciale (per il quale le norme civili non approfondiscono né i requisiti né i criteri di nomina) le norme processuali vigenti contengono in relazione alla nomina del difensore di ufficio una normativa specifica di attuazione recentemente riformata. In particolare si prevede che il consiglio dell'ordine degli avvocati sia tenuto a predisporre e aggiornare ogni tre mesi l'elenco degli avvocati idonei disponibili ad assumere l'incarico.

Prevede che per l'iscrizione è necessario il conseguimento di un attestato di idoneità rilasciato dall'ordine forense di appartenenza al termine della frequenza di corsi di aggiornamento professionale organizzati dai medesimi ordini e dalle camere penali ove costituite.

In alternativa, possono essere iscritti nell'albo dei difensori di ufficio gli avvocati che esercitano la professione in sede penale da almeno due anni.

Il terzo modello esistente è il modello di difensore previsto nella normativa del patrocinio a spese dello Stato sia in sede penale e sia in sede civile.

In sede civile si deve fare riferimento, in particolare, alle modifiche introdotte in tema di patrocinio a spese dello stato dalla legge del 29 marzo 2001 n. 134 nella parte in cui ha generalizzato il beneficio a tutte le procedure civili. Prima della riforma il patrocinio a spese dello Stato in sede civile era previsto nelle sole cause di risarcimento dei danni cagionati da reato, attualmente il sistema garantisce tale forma di tutela in ogni giudizio civile o amministrativo nonché nelle procedure di volontaria giurisdizione.

4. La procedura di adozione

La procedura di adozione è regolamentata dagli artt. 6 e 7 della legge n. 184 che indica tassativamente i presupposti inderogabili che devono sussistere per dar luogo alla pronuncia di adozione.

I coniugi che intendono adottare devono presentare presso il Tribunale dei minori la relativa domanda ed i documenti richiesti, successivamente avrà inizio la procedura che darà luogo alla richiesta di informativa da parte del Tribunale per i minori circa i requisiti necessari per avviare la procedura di adozione.

I requisiti di idoneità della coppia valgono sia per l'adozione di minori italiani sia di minori stranieri per l'esplicito richiamo indicato negli artt. 29-bis e 6 della summenzionata legge.

In relazione al primo requisito richiesto³³ rispetto alla precedente legge, n. 431 del 1967, prevedeva rigidamente che tale coppia fosse unita in matrimonio da almeno cinque anni, successivamente la legge n. 184 riduceva tale periodo a tre anni.

Precisamente, i coniugi devono essere uniti in matrimonio da almeno tre anni o sommando il periodo di coniugio e quello antecedente il matrimonio, devono essere uniti da stabile e continuativa convivenza da almeno tre anni, in

³³ Art. 6 legge n. 184 “1. L'adozione è permessa ai coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni tra i quali non sussista separazione personale neppure di fatto e che siano idonei ad educare, istruire ed in grado di mantenere i minori che intendono adottare.”

modo da garantire al minore una famiglia collaudata, mentre è preclusa l'adozione in caso di convivenza di fatto, mancando la sicurezza di un legame stabile.

Inoltre, il vincolo coniugale non deve essere interrotto da separazione personale, legale o di fatto. Anche in questo caso la *ratio* di tale prescrizione si rinviene nel voler garantire al minore una famiglia salda e ben strutturata.

Il secondo requisito previsto nell'art. 6 della legge 184, è l'idoneità.

I coniugi devono essere idonei sia sotto il profilo di dare affetto al minore sia quello di educare, istruire e mantenere il minore che intendono adottare. Si deve sottolineare come l'art. 6 ponga in prevalenza attenzione al requisito della affettività, ossia, la coppia deve possedere, nella sua sfera affettiva, un'adeguata potenzialità a donare quel sentimento profondo di genitorialità che è mancato al minore fin dalla sua nascita.

Il legislatore ha voluto evidenziare che la famiglia adottiva deve essere, soprattutto, una famiglia degli affetti, a prescindere dalle condizioni economiche e culturali, che senz'altro sono condizioni necessarie, ma non sufficienti, qualora non siano legate da un profondo vissuto affettivo che non sia egoistico, bensì altruistico e di piena solidarietà, nel poter offrire al bambino un ambiente psicologicamente confortevole e adeguato ai suoi bisogni.

L'accertamento di tale capacità affettiva richiede tre accertamenti preliminari uno di natura morale-sociale al fine di accertare la buona condotta in generale della coppia, pertanto verrà effettuato l'esame dei certificati penali e dei carichi pendenti, oltre alle informazioni fornite direttamente dagli organi di polizia, su richiesta del Tribunale dei minori.

Il secondo accertamento è di natura medico-sanitaria atto a rilevare le condizioni di salute fisica dei coniugi aspiranti all'adozione, atto che verrà eseguito dal settore medico legale dell'A.S.L. di residenza e costituisce un requisito estremamente delicato.

L'ultimo requisito relativo alla previa stabilità della coppia, siffatta analisi deve essere particolarmente approfondita quando concerne il periodo di convivenza precedente al matrimonio, che viene valutata anche al fine di sottolineare le modalità di stabilità psico-affettiva e di continuità temporale, richieste dall'art. 6 della legge n. 184, al fine di essere computate alla pari del triennio di coniugio.

Per quanto concerne l'accertamento della idoneità dei coniugi ad educare ed istruire il minore, esso è un corollario necessario di una constatata buona capacità affettiva, collegata alla presenza di un minimo di livello culturale, non necessariamente collegata a titoli di studio, in quanto la capacità pedagogica non è necessariamente connessa al possesso di un elevato titolo di studio, poiché coniugi di cognizione modeste possono educare ed istruire il minore in modo più adeguato di altri più colti, che hanno invece scarsa disponibilità, anche di tempo da dedicare ai figli.

Tutti i dati verranno assunti attraverso colloqui personali con i coniugi da parte dell'equipè dei servizi sociali, integrati da visite domiciliari, durante le quali si osserverà la disponibilità nella casa di spazi sufficienti per ospitare il bambino adottato e, in genere, la presenza di un ambiente idoneo e accogliente per il

minore, successivamente verrà predisposta una relazione tecnica che sarà trasmessa al Tribunale per i minori³⁴.

L'art. 6 n. 3 della legge n. 184 prevede che fra l'adottante ed il minore vi sia un limite minimo di età, l'età degli adottanti deve superare di almeno diciotto e di non più di quarantacinque anni l'età dell'adottando. La normativa ha tenuto presente da un lato la lunga elaborazione giurisprudenziale sul punto, dall'altro lato ha fatto sì che i genitori adottivi abbiano nei confronti dell'adottando la stessa distanza generazionale che normalmente separa genitori e figli nella filiazione naturale, nella convinzione che l'adesione al principio dell'*imitatio naturae*, alla luce della quale la legge costruisce la filiazione adottiva su modello della famiglia biologica, sia di per se una garanzia della realizzazione dell'interesse del minore.

Tale principio è stato fortemente criticato ed è stato oggetto di numerosi interventi della Corte Costituzionale, pertanto è stata prevista una relativa derogabilità a tale principio, ove risulti che dalla mancata adozione derivi un danno grave e non altrimenti evitabile al minore. Viene consentita l'adozione quando il limite massimo di età sia superato di non più di dieci anni da uno solo degli adottanti; quando gli adottanti abbiano già figli, anche adottivi, dei quali almeno uno sia minore; quando l'adozione riguardi un fratello o una sorella del minore già da essi adottato.

³⁴ Art. 19 n. 4 legge 149 del 2001 "Le indagini, che devono essere tempestivamente avviate e concludersi entro centoventi giorni, riguardano in particolare la capacità di educare il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare dei richiedenti, i motivi per i quali questi ultimi desiderano adottare il minore. Con provvedimento motivato, il termine entro il quale devono concludersi le indagini può essere prorogato una sola volta e per non più di centoventi giorni".

Come già accennato precedentemente, il minore che abbia compiuto i quattordici anni deve dare il suo consenso all'adozione³⁵ e deve essere personalmente sentito il minore dodicenne, se ha una età inferiore deve essere ascoltato secondo la sua capacità di discernimento.

Nel sistema attuale, a differenza di quanto accade in altri ordinamenti, l'adozione prescinde da qualsiasi rilevanza del consenso dei genitori (o dei parenti) di sangue. Non è accordata alcuna facoltà di scelta agli aspiranti adottanti, i quali possono solo dichiarare la propria disponibilità e, ove reputati idonei, essere selezionati dal Tribunale per i minorenni per l'affidamento preadottivo di un minore dichiarato in stato di adottabilità, destinato a sfociare (dopo un periodo di un anno, prorogabile per un altro anno), se non revocato nella vera e propria dichiarazione di adozione.

Pertanto, lo stato di adottabilità del minore è dichiarato a seguito di una valutazione positiva dell'esistenza dello stato di abbandono, questo è il presupposto giuridico essenziale, riferito al minore, perché quest'ultimo possa essere prima dato in affidamento preadottivo ad una coppia idonea, e successivamente adottato con sentenza pronunciata dal Tribunale per i minori.

Nel rispetto del contraddittorio³⁶, fondamentale è la riforma dell'art. 10 della legge n. 149 del 2001, che garantisce gli interessi del minore e quelli dei

³⁵ Art. 7 n. 2 legge n. 149, "Il consenso dato può comunque essere revocato sino alla pronuncia definitiva dell'adozione".

³⁶ Art. 10 n. 2 della legge n. 149 "All'atto dell'apertura del procedimento, sono avvertiti i genitori o, in mancanza, i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore. Con lo stesso atto il presidente del tribunale per i minorenni li invita a nominare un difensore e li informa della nomina di un difensore di ufficio per il caso che essi non vi provvedano. Tali soggetti, assistiti dal difensore, possono partecipare a tutti gli accertamenti

genitori o parenti e, distinguendo nettamente il ruolo del giudice, del Tribunale dei minori, da quello dell'organo motore della procedura, ossia il procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minori.

Al procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minori compete di proporre al Tribunale dei minori il ricorso che mette in moto la procedura.

Tale procedura, in relazione alla quale il tribunale stesso dispone dei più ampi poteri istruttori per accertare la sussistenza dello stato di abbandono del minore, si svolge in costante contraddittorio dove risulti l'esistenza dei genitori o parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore.

A conclusione degli accertamenti, se risulta lo stato di abbandono, il Tribunale per i minorenni può sospendere il procedimento se emergono fatti utili nell'interesse del minore stesso, altrimenti dichiara lo stato di adottabilità solo se i genitori e i parenti non si presentano, oppure pur presentandosi continua il persistere della mancanza di assistenza morale e materiale e la indisponibilità ad ovviarvi, oppure laddove restano inadempite per responsabilità dei genitori prescrizioni impartite dal tribunale.

La giurisprudenza ritiene che il legame con la famiglia di origine possa venir meno solo quando la vita offerta dai genitori sia a tal punto inadeguata da far considerare lo stato di adottabilità il mezzo inevitabile da pagare per evitare un danno maggiore al minore.

disposti dal tribunale, possono presentare istanze anche istruttorie e prendere visione ed estrarre copia degli atti contenuti nel fascicolo previa autorizzazione del giudice”.

La sentenza che dichiara lo stato di adottabilità del minore viene pronunciata in seguito alla verifica della sussistenza delle condizioni previste ai sensi dell'art. 8 della legge n. 149³⁷.

La sentenza viene notificata per esteso al pubblico ministero, ai genitori, ai parenti, nonché al tutore e al curatore speciale ove esistano, ed è impugnabile innanzi alla Corte d'Appello e poi innanzi alla Corte di Cassazione.

Lo stato di adottabilità, durante il quale è sospeso di diritto l'esercizio della potestà dei genitori, può essere revocato o a seguito di adozione o di raggiungimento della maggiore età oppure quando fatti nuovi sopravvenuti dopo la sentenza di adottabilità dimostrino che la cessazione dello stato di adottabilità sia utile a garantire meglio lo sviluppo della personalità del minore. È così e prevista una revoca pronunciata dal tribunale dei minore o su istanza del Pubblico ministero o dei genitori. Non è però possibile pronunciare la revoca laddove sia in corso l'affidamento preadottivo.

L'affidamento preadottivo³⁸ di un minore costituisce l'anticamera della sua adozione da parte di una coppia coniugata e considerata idonea dal Tribunale dei minori.

³⁷ Art. 8 "1. Sono dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni del distretto nel quale si trovano, i minori di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio. 2. La situazione di abbandono sussiste, sempre che ricorrano le condizioni di cui al comma 1, anche quando i minori si trovino presso istituti di assistenza pubblici o privati o comunità di tipo familiare ovvero siano in affidamento familiare. 3. Non sussiste causa di forza maggiore quando i soggetti di cui al comma 1 rifiutano le misure di sostegno offerte dai servizi sociali locali e tale rifiuto viene ritenuto ingiustificato dal giudice".

Al momento in cui diverrà necessario individuare una famiglia idonea per il minore il giudice effettuerà una scelta ponendo in comparazione le varie coppie disponibili ed individuando quella coppia che meglio di altre è in grado di corrispondere alle esigenze di quel specifico bambino.

Il provvedimento è assunto dal collegio dopo aver sentito il pubblico ministero gli ascendenti degli adottanti ove esistano, ed il minore.

Il decreto di affidamento preadottivo è annotato a margine della sentenza di adottabilità, per la durata di un anno, su richiesta dei coniugi affidatari o d'ufficio sempre nell'interesse del minore, il Tribunale dei minori può prorogare tale termine di un altro anno con ordinanza motivata.

Nel corso dell'affidamento preadottivo sarà svolta dal Tribunale una attività non solo di controllo ma anche di sostegno, attraverso il giudice tutelare ed i servizi locali sociali e consultoriali, in caso di accertate difficoltà il Tribunale può convocare gli affidatari ed il minore, anche separatamente, alla presenza se del caso di uno psicologo per valutare le cause della difficoltà e può disporre interventi di sostegno psicologico e sociale, ai sensi dell'art. 19 della legge n. 149.

³⁸ La sostanziale differenza rispetto all'affidamento familiare è chiara, nel primo caso l'affidamento fa seguito ad una situazione irreversibile di abbandono del minore, con la relativa pronuncia di adottabilità, mentre nell'affidamento familiare manca del tutto il carattere della irreversibilità, trattandosi di una crisi del nucleo familiare di origine del minore che deve essere supportato, provvisoriamente, dall'affidatario. Pertanto, se nell'affidamento preadottivo lo scopo è quello di giungere, dopo il periodo annuale di prova, all'adozione legittimante, e quindi ad un inserimento definitivo del minore nell'ambito della nuova famiglia adottiva, nell'ipotesi dell'affidamento familiare, il fine dichiarato è quello del rientro del minore nella propria famiglia di origine, una volta cessata la situazione temporanea di difficoltà.

Laddove si rilevino gravi difficoltà di idonea convivenza nel nuovo ambito familiare ritenute non superabili Tribunale dei minori, in camera di consiglio, pronuncia con decreto motivato la revoca dell'affidamento preadottivo.

Il decreto comunicato alle parti è impugnabile davanti alla sezione minorile della Corte d'Appello.

In caso contrario trascorso un anno dall'affidamento preadottivo, il Tribunale dei minori laddove ricorrono tutte le condizioni necessarie pronuncia con sentenza l'adozione.

L'adozione può essere pronunciata nei confronti di entrambi i coniugi anche in caso di morte di uno dei genitori adottivi nel corso dell'affidamento preadottivo, quando ciò sia nell'interesse del minore e il coniuge superstite lo richieda. Se è intervenuta separazione l'adozione può essere pronunciata, su richiesta di entrambi gli adottanti, nei confronti di entrambi o di uno solo di essi.

Evidente anche in questo caso come il legislatore si sia fatto carico del problema di non colpire ancora una volta uno sventurato bambino privandolo dei nuovi punti di riferimento faticosamente acquisiti se sopravvenga un evento che fa venir meno la coppia coniugale.

Prima della pronuncia di adozione devono essere sentiti gli adottanti e il minore che laddove avesse compiuto il quattordicesimo anno di età deve esprimere il proprio consenso all'adozione.

La sentenza di adozione può essere impugnata entro trenta giorni dalla comunicazione innanzi alla Corte d'Appello. Divenuta definitiva la sentenza è trascritta, a cura del cancelliere del Tribunale dei minori, entro dieci giorni su

apposito registro e comunicata all'ufficiale dello stato civile per l'annotazione a margine dell'atto di nascita dell'adottato.

Per effetto dell'adozione il minore adottato acquista ad ogni effetto sia personale sia patrimoniale lo stato di figlio legittimo degli adottanti, dei quali assume e trasmette il cognome, nel caso di separazione dei coniugi durante l'affidamento preadottivo e di adozione esclusiva da parte della moglie separata, assumerà il cognome della famiglia di lei.

Lo status di figlio legittimo del minore adottato è talmente completo che a differenza dell'adozione di persona maggiore di età e di quella in casi particolari, non è prevista la revoca del provvedimento di adozione.

Infatti, nel caso di adozione di persona maggiore il presupposto risulta completamente diverso rispetto all'adozione legittimante. Lo scopo resta essenzialmente quello tradizionale ossia di creare una discendenza per fini successori e garantendo così la continuazione della famiglia dell'adottante, tanto è vero che l'art. 291 c.c. prevede quale condizione l'assoluta mancanza di discendenti legittimi o legittimati per poter accedere a tale tipo di adozione.

Inoltre, è necessario che l'adottante abbia compiuto il trentacinquesimo anno di età e che quest'ultimo superi di almeno diciotto anni l'età di colui che intendono adottare. Inoltre occorre il consenso dell'adottante e dell'adottato, nonché l'assenso dei genitori dell'adottando e del coniuge dell'adottante e dell'adottando.

L'adozione viene pronunciata dal Tribunale ordinario.

Gli effetti che scaturiscono dalla pronuncia di adozione, sono i seguenti, a differenza dell'adozione legittimante, l'adottato antepone al proprio cognome

quello dell'adottante e acquista gli stessi diritti spettanti ai figli legittimi in materia di successioni, mentre l'adottante non vanta alcun diritto successorio nei confronti dell'adottato.

Inoltre, l'adottato conserva tutti i diritti e i doveri verso la propria famiglia di origine e l'adozione non crea nessun rapporto di parentela tra l'adottato ed i parenti dell'adottante.

Infine, l'adozione di persona maggiore di età a differenza del adozione legittimante può essere revocata per indegnità dell'adottato o dell'adottante³⁹.

³⁹ Art. 306 c.c. *“La revoca dell'adozione può essere pronunciata dal tribunale su domanda dell'adottante, quando l'adottato abbia attentato alla vita di lui o del suo coniuge, dei suoi discendenti o ascendenti, ovvero si sia reso colpevole verso loro di delitto punibile con pena restrittiva della libertà personale non inferiore nel minimo a tre anni”.*

5. L'adozione in casi particolari

Il legislatore ha affiancato all'adozione legittimante anche l'adozione in casi particolari, questo tipo di adozione non fa acquisire lo stato di figlio legittimo né interrompe i rapporti con la famiglia di origine, inoltre è prevista solamente in casi determinati ed indicati dall'art. 44 della legge n. 184 modificato dall'art. 25 della legge n. 149 del 2001.

In questo caso di adozione il minore può essere adottato anche laddove non venga dichiarato in stato di adottabilità, ciò dimostra che il legislatore ha voluto ancora una volta favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore e i parenti o le persone che già si prendono cura del minore stesso, prevedendo la possibilità di un'adozione con effetti più limitati rispetto a quella legittimante ma con presupposti meno rigorosi.

Il minore può essere adottato laddove sussistano particolari circostanze.

Il primo requisito è il seguente, ossia, il minore deve risultare orfano di padre e di madre, pertanto può essere adottato nell'ambito della propria famiglia entro il sesto grado, oppure da persone estranee al parentado purchè abbiano con il minore un rapporto stabile e duraturo. In questo modo si assicura al minore, che sia stato privato dei suoi genitori non a seguito di un abbandono ma a causa di un evento improvviso e del tutto accidentale come la morte, il mantenimento del suo *status* familiare che, attraverso l'adozione legittimante verrebbe invece a perdere.

Il secondo requisito riguarda l'adozione del figlio del coniuge da parte di chi di fatto svolge funzioni di genitore. Nel caso di nuove nozze, a causa di

scioglimento del matrimonio per separazione o per morte, appare opportuno che il figlio entrato in un nuovo nucleo familiare ponga in essere relazioni più significative con colui o colei che quotidianamente adempie alle funzioni di padre o di madre senza per questo tranciare i rapporti con l'altro genitore o con i parenti di questi.

Il terzo caso è costituito dalla constatata impossibilità di effettuare l'affidamento preadottivo⁴⁰, in questo caso il legislatore si è preoccupato, laddove al minore non possa essere garantita una adozione legittimante, di garantire ugualmente al minore una situazione familiare potenzialmente stabile.

Il quarto ed ultimo caso, inserito con la riforma del 2001, quando il minore orfano di padre e di madre, sia nelle condizioni indicate dall'art. 3 comma 1 della legge n. 104 del 1992 e cioè la legge che riguarda i portatori di handicap.

In tutti questi casi l'adozione è consentita anche a chi abbia figli legittimi e a chi non è coniugato e prescinde dai limiti di età richiesti per l'adozione legittimante.

La competenza spetta al Presidente del Tribunale o un giudice da esso delegato, ossia provvede al primo accertamento che consiste nell'acquisire il consenso espresso personalmente dall'adottante e dall'adottando, qualora abbia compiuto i quattordici anni, e dal legale rappresentante dell'adottando infraquattordicenne.

⁴⁰ La giurisprudenza ha individuato i casi di impossibilità di affidamento preadottivo, ossia nel caso in cui il minore versi in situazioni anomale, come handicap, età avanzata, oppure la sussistenza di situazioni di fatto, legami affettivi già instaurati dal minore con persona o persone che non possono ricorrere ad adozione legittimante.

Il consenso del legale rappresentante non va valutato equivalente a quello del minore, tanto che l'art. 45 comma 2 della legge n. 149 prevede l'audizione del minore dodicenne o anche infradodicenne in considerazione della sua capacità di discernimento, bensì va valutata alla stregua di un parere obbligatorio ma non vincolante il cui diniego non impedisce al giudice, qualora sia in disaccordo con il legale rappresentante, di pronunciare ugualmente l'adozione qualora la ritenga necessaria nell'interesse del minore.

Di conseguenza l'audizione del legale rappresentante in luogo del minore è dotata di maggiore vincolatività nell'ipotesi prevista nell'art. 25 legge n. 149 “quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre”

L'assenso deve essere manifestato anche dai genitori del minore non in veste di legali rappresentati del medesimo, bensì *iure proprio*, in rapporto diretto con la posizione parentale a garanzia dell'interesse familiare, e conseguentemente deve essere manifestato anche dai genitori non affidatari, a seguito di separazione.

Pertanto, in tema di adozione in casi particolari, secondo la previsione degli artt. 44 e seguenti della legge n. 184, il genitore naturale, che neghi il consenso all'adozione medesima, va incluso fra gli interessati che devono essere necessariamente sentiti dal giudice minorile, non soltanto in primo grado, come espressamente previsto dall'art. 46 della citata legge, ma anche in sede di reclamo, tenuto conto che questo introduce un procedimento di revisione, da ritenersi soggetto alle stesse regole e modalità del giudizio di prima istanza⁴¹.

⁴¹ Cass. civ., sez. I, 25 giugno 1987, n. 5592.

Nel procedimento di adozione in casi particolari, il rifiuto dell'assenso da parte del padre, non ingiustificato, avendo lo stesso dichiarato di volersi riappropriare del suo ruolo genitoriale, può determinare il rigetto della richiesta di adozione da parte del coniuge dell'altro genitore *ex art. 44 legge n. 184 lett. b)*, anche in considerazione dell'interesse preminente del minore (nella specie i giudici minorili hanno rigettato il ricorso avente ad oggetto l'adozione non legittimante di un minore, da parte del coniuge della madre per consentire al padre biologico la possibilità di esperire un tentativo per riavvicinarsi alla figlia e permettere alla bambina di raggiungere l'età per fare una scelta consapevole in ordine alle figure affettive di riferimento)⁴².

La legge non richiede il consenso del coniuge dell'adottante perché, qualora non sia separato, deve richiedere congiuntamente l'adozione particolare, ai sensi dell'art. 44 comma 3 della legge n. 184.

Infine, a norma dell'art. 47, secondo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184, il consenso prestato dagli adottanti, nell'ipotesi di adozione in casi particolari, non è più revocabile dopo il decreto del tribunale che pronuncia l'adozione, ancorché questo non sia ancora definitivo, perché suscettibile di impugnazione⁴³.

Il successivo accertamento riguarda l'effettiva sussistenza del preminente interesse del minore alla declaratoria di adozione in casi particolari. Il giudice attraverso i servizi sociali locali e degli organi di pubblica sicurezza accerta l'idoneità affettiva e l'attitudine dell'adottante ad educare e istruire il minore, la

⁴² Tribunale dei minorenni Sassari, 14 novembre 2002, n. 452.

⁴³ Cass. civ., sez. I, 18 settembre 1993, n. 9598.

sua situazione personale e patrimoniale l'ambiente familiare ed i motivi per i quali si desidera effettuare l'adozione in casi particolari.

Nel caso di richiesta di adozione, da parte del coniuge, del figlio minore dell'altro coniuge, ai sensi dell'art. 44, primo comma, lett. *b*), della legge 4 maggio 1983 n. 184, è necessario che il giudice accerti in concreto, caso per caso, se l'interesse del minore, che deve sempre costituire, in base all'art. 57 della legge stessa ed all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo, conclusa a New York il 20 novembre 1989 (resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176), primario e preminente parametro di valutazione, risulti o meno maggiormente tutelato con l'inserimento, del minore medesimo, mediante l'adozione, in un contesto familiare, e, cioè, in un nucleo il cui sviluppo costituisce, d'altra parte, anch'esso oggetto di favore da parte del legislatore, anche costituzionale (nella fattispecie, la Suprema Corte ha rigettato il ricorso avverso la sentenza che aveva ritenuto che l'esistenza di un forte legame affettivo del minore con il proprio padre - il quale aveva fra l'altro negato l'assenso all'adozione, *ex art.* 46 della citata legge n. 184 del 1983 - fosse ostativo all'adozione, dovendosi evitare, alla luce dell'interesse del minore stesso, il "sovrapporsi di due figure paterne")⁴⁴.

Il Tribunale minorile dopo aver accertato la presenza di tutti i requisiti richiesti, sentito obbligatoriamente il pubblico ministero minorile, provvede con sentenza in camera di consiglio, con la quale dichiara di procedere o di non procedere all'adozione in casi particolari.

Contro la sentenza è ammesso ricorso entro trenta giorni dalla sua comunicazione alla Corte d'Appello sezione minorenni, da parte del pubblico

⁴⁴ Cass. civ., sez. I, 9 maggio 2002, n. 6633.

ministero minorile, dell'adottante e dell'adottato, ma non dai genitori di questo ultimo⁴⁵.

La sentenza definitiva viene trascritta dal cancelliere del tribunale su apposito registro e comunicato all'ufficiale dello stato civile per l'annotazione a margine dello stato di nascita dell'adottato.

In conclusione, bisogna ricordare che a differenza della sentenza a carattere legittimante relativa all'adozione di minori, per la quale non è prevista la revoca in nessun caso, nemmeno per gravi motivi e nell'interesse dell'adottato, a differenza la sentenza pronunciata in casi particolari può essere revocata per tre motivi.

⁴⁵ Cass. civ., sez. I, 4 luglio 2002, n. 9689, il genitore - tanto più non affidatario - non è legittimato ad impugnare - in proprio - neppure con ricorso per cassazione *ex art.* 111 Cost., il provvedimento di «adozione in casi particolari», posto che l'art. 313 c.c. (richiamato dall'art. 56 della legge n. 184 del 1983), anche nel suo testo novellato, conferisce la legittimazione ad impugnare il decreto del tribunale solo all'adottante, all'adottando ed al P.M., non anche al suddetto genitore, che pur deve, ai sensi dell'art. 56, terzo comma della cit. legge n. 184 del 1983, prestare l'assenso, il cui rifiuto, peraltro, non preclude al tribunale di procedere all'adozione, ove ritenga il rifiuto stesso ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando. Quanto poi al genitore non affidatario, anche lui può impugnare *ex art.* 313 c.c. il decreto del tribunale per i minorenni solo nella veste di rappresentante del figlio minore - qualità che difetta, però, nel genitore decaduto dalla potestà genitoriale - posto che in più occasioni il legislatore (artt. 155, 317, 317 *bis* c.c.), ha inteso far salvo, per il genitore non affidatario, un potere di vigilanza sulla crescita del minore, nel cui ambito rientra la facoltà di adire il giudice ove ritenga sussistere il pericolo di un pregiudizio per l'interesse del figlio. Quanto infine alla legittimazione a proporre opposizione contro la dichiarazione di adottabilità che viene riconosciuta *iure proprio* (previa nomina di un curatore speciale al figlio minore) al genitore ancorché decaduto dalla potestà genitoriale, essa non può essere estesa, nel silenzio della legge, al reclamo contro il decreto di «adozione in casi particolari». Tale differente disciplina manifestamente non si pone in contrasto con l'art. 3 Cost. in considerazione della diversità di posizione tra genitore titolare della potestà sul figlio minore, ancorché non affidatario, e genitore decaduto dalla potestà.

1. Per indegnità dell'adottato, ai sensi dell'art. 51 comma 1 della legge n. 184 “La revoca dell'adozione può essere pronunciata dal Tribunale su domanda dell'adottante, quando l'adottato maggiore di quattordici anni abbia attentato alla vita di lui o del suo coniuge, dei suoi discendenti o ascendenti, ovvero si sia reso colpevole verso di loro di delitto punibile con pena restrittiva della libertà personale non inferiore nel minimo a tre anni”. In tal caso l'istanza di revoca viene presentata al tribunale dei minori su richiesta dell'adottante o dai suoi eredi, il tribunale sentito il pubblico ministero minorile e lo stesso minore provvede ad adottare i provvedimenti urgenti circa la cura del minore, la sua rappresentanza e amministrazione dei beni, che vanno comunicati al giudice tutelare al fine della nomina di un tutore;
2. ancora la revoca può essere richiesta per indegnità dell'adottante, qualora ai sensi dell'art. 52 comma 1 “[...] i fatti previsti nell'articolo precedente sono stati compiuti dall'adottante contro l'adottato, oppure contro il coniuge o i discendenti o gli ascendenti di lui, la revoca può essere pronunciata su domanda dell'adottato o su istanza del pubblico ministero”;
3. infine l'istanza di revoca può essere presentata ai sensi dell'art. 53 della legge n. 183 “[...] direttamente dal pubblico ministero in conseguenza della violazione dei doveri incumbenti sugli adottanti” laddove gli adottanti abbiano violato i doveri di mantenere, istruire ed educare l'adottato.

Il Tribunale dei minori raccolte tutele informazioni necessarie, sentito il pubblico ministero, l'adottante e l'adottato pronuncia sentenza di revoca che, una volta divenuta definitiva fa cessare gli effetti dell'adozione.

5.1. Gli effetti dell'adozione in casi particolari: il cognome

La sentenza di adozione in casi particolari produce effetti dalla data della sentenza definitiva, fermo restando la possibilità finché la sentenza non è emanata, che sia l'adottante che l'adottando possono revocare il loro consenso, (art. 27 comma 1) pertanto non è prevista alcun effetto retroattivo.

L'unica eccezione è rappresentata dall'art. 47 ad opera dell'art. 27 comma 2 della legge n. 149 del 2001, "Se uno dei coniugi muore dopo la prestazione del consenso e prima della emanazione della sentenza, si può procedere, su istanza dell'altro coniuge, al compimento degli atti necessari per l'adozione", in tal caso retroagiscono gli effetti fino alla morte dell'adottante.

L'obiettivo è quello di riuscire a costruire il nucleo familiare che si sarebbe realizzato laddove non fosse sopravvenuta la morte di uno dei coniugi. L'effetto retroattivo dell'adozione comporta delle conseguenze anche in ambito successorio, poiché l'adottato viene ad assumere la veste di erede del coniuge defunto.

Bisogna precisare che a differenza dell'adozione legittimante nel caso di adozioni particolari non cessano i rapporti dell'adottato nei confronti della famiglia di origine, dando luogo ad un doppio *status*.

In caso di adozioni particolari il minore assume il cognome dell'adottante antepoendolo al proprio cognome originale⁴⁶ secondo la regola generale prevista

⁴⁶ Cass. civ., sez., I, 19 agosto 1996, n. 7618, in ipotesi di adozione del figlio del proprio coniuge ai sensi dell'art. 44 lett. b) della legge 4 maggio 1983, n. 184 (nella quale, stante il richiamo contenuto nel successivo articolo 55 della stessa legge, trova applicazione l'art. 299 c.c.)

al primo comma dell'art. 299 c.c., tale regola trova due deroghe nel secondo comma, l'adottato che sia figlio naturale non riconosciuto dai propri genitori quindi figlio di ignoti assume solo il cognome dell'adottante. Ne discende che il figlio di genitori ignoti⁴⁷ al quale l'ufficiale dello stato civile abbia imposto cognome e nome al momento della formazione dell'atto di nascita una volta adottato perde il cognome originale ed assume quello dell'adottante.

Laddove il riconoscimento avvenga successivamente all'adozione l'adottato non deve assumere il cognome del genitore che lo ha riconosciuto, salvo che l'adozione sia successivamente revocata, infatti il figlio naturale che sia stato riconosciuto dai propri genitori e sia successivamente adottato, assume il cognome dell'adottante.

Il cognome acquisito per effetto dell'adozione viene trasmesso al coniuge e ai figli dell'adottato non ostandovi l'art. 300 c.c. "l'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato né tra l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge", perché in tal caso la trasmissione del cognome non è una conseguenza del rapporto adozionale, bensì quello di coniugio e di filiazione.

l'adottato che sia figlio naturale riconosciuto dai propri genitori non assume il solo cognome dell'adottante ma antepone tale cognome al proprio cognome di origine, non essendo prevista per tale ipotesi, alla stregua del tenore letterale della norma, alcuna deroga alla regola del doppio cognome fissata dal primo comma del menzionato articolo 299, regola che, peraltro, costituisce conseguenza del principio, caratterizzante l'adozione del maggiorenne e quella del minorene nei casi particolari previsti dal citato art. 44 della legge n. 184 del 1983, secondo cui l'adottato conserva tutti i diritti e doveri verso la sua famiglia di origine.

⁴⁷ Art. 29 del nuovo ordinamento dello stato civile D.P.R. 3 novembre 2000 n. 396.

Infine, nel caso in cui l'adozione venga realizzata da una donna maritata ai sensi del quarto comma dell'art. 299 c.c. ed il minore non sia figlio del marito questo assumerà il cognome della famiglia di lei anteponendolo al proprio originale.

5.2 La potestà e l'amministrazione dei beni dell'adottato

L'adottante assume ai sensi dell'art. 147 c.c. nei confronti del minore gli obblighi di mantenere, istruire ed educare la prole secondo la loro inclinazione naturale.

Nonostante il minore conservi ai sensi dell'art. 300 c.c. tutti i diritti e doveri nei confronti della famiglia di origine, in particolare i rapporti di carattere patrimoniale, diritti successori ed obblighi alimentari, nonostante ciò spetta all'adottante la potestà genitoriale e l'amministrazione dei beni del minore adottato con la diligenza del buon padre di famiglia, con l'obbligo di utilizzare le rendite per le spese di mantenimento, istruzione ed educazione dell'adottato e l'eccedenza in maniera fruttifera.

In caso di adozione particolare alla lett. *b)* dell'art. 44 legge n. 184, l'amministrazione dei beni in capo l'adottante concorre con il potere del genitore coniuge, derivandogli direttamente dalla sua potestà genitoriale.

L'adottante, ai sensi dell'art. 49 della legge 184 del 1983 come modificato dall'art. 28 legge 149 del 2001 "deve fare l'inventario dei beni dell'adottato e trasmetterlo al giudice tutelare entro trenta giorni dalla data della comunicazione della sentenza di adozione".

L'inventario deve contenere, nel relativo verbale di deposito, la dichiarazione con relativo giuramento dell'adottante e del protutore, che ne dichiara la sincerità, nell'inventario verranno indicati gli immobili, mobili, crediti e debiti. Laddove l'adottante ometta di presentare l'inventario entro il termine previsto o laddove consegni un inventario falsato, il giudice tutelare potrà privare

l'adottante dal potere di amministrazione dei beni salvo l'obbligo al risarcimento dei danni⁴⁸.

Il Tribunale dei minori, su istanza dell'adottato, dei parenti o degli affini, del pubblico ministero minorile o anche d'ufficio provvede ad adottare i provvedimenti necessari per la cura, la rappresentanza, l'amministrazione dei beni dell'adottato, eventualmente con la ripresa dell'esercizio della potestà dei genitori naturali del minore stesso.

In tal caso occorre evidenziare che tale soluzione è applicabile solo nell'ipotesi di cui alla lett. *d*) dell'art. 44 della legge 184 perchè alla lett. *a*) e *c*) i genitori naturali sono già scomparsi, mentre alla lett. *b*) il genitore coniuge dell'adottante non ha mai perso la potestà parentale.

In conclusione, nel caso di adozione in casi particolari, i genitori non esercitano la potestà sul minore adottato in quanto per effetto dell'adozione tale potestà compete in capo agli adottanti, quindi la domanda che ci poniamo è la seguente: i genitori naturali possono o meno avere influenza sull'operato dell'adottante?

Bisogna chiarire che laddove i genitori naturali non sono stati dichiarati decaduti dalla potestà o qualora il minore versi in stato di abbandono, ai genitori compete un'attività di guida e di controllo sul minore, con ciò potendo anche intervenire nei confronti dell'adottante ai sensi dell'art. 316 c.c.

⁴⁸ Art. 49 comma 2, legge n. 184 del 1983.

5.3 Rapporti successori

L'unica norma che nella legge n. 184 è diretta a disciplinare i profili successori e gli effetti dell'adozione di minori in casi particolari è l'art. 304 c.c. alla quale fa rinvio l'art. 55.

Il primo comma dell'art. 304 c.c. prevede espressamente che l'adottante non ha alcun diritto successorio nei confronti dell'adottato, la *ratio* nella norma è da individuarsi nell'intento di evitare che l'adottante possa intraprendere una procedura adottiva nei confronti di un minore titolare di un patrimonio, al fine di appropriarsi di questo in sede di successione.

Nonostante tale divieto ciò non esclude che il minore possa disporre mediante testamento suo erede l'adottato, purché venga rispettata la quota a favore dei legittimi.

Ai sensi del secondo comma dell'art. 536 c.c., nella qualità di legittimario, il figlio adottivo è equiparato al figlio legittimo, ne deriva che ai sensi dell'art. 537 c.c., se il genitore lascia un figlio, a questi è riservata la metà del patrimonio, se invece i figli sono più di uno è riservata una quota pari ai due terzi da dividersi in parti eguali tra di loro.

Ai sensi dell'art. 567 c.c. si deduce che in materia di successione legittima, i figli adottivi sono equiparati ai figli legittimi o legittimari, e pertanto ai sensi dell'art. 566 c.c. al padre e alla madre succedono i figli in parti uguali.

Il secondo comma del summenzionato articolo dichiara espressamente che i figli adottivi sono estranei alla successione dei genitori dell'adottante da ciò emerge una ulteriore conferma di quanto dispone il già citato art. 300 c.c.

Per concludere il discorso sugli effetti dell'adozione particolare in materia di successione, è necessario precisare che in forza dell'art. 687 c.c., le disposizioni a titolo universale o particolare, fatte da chi al tempo del testamento non aveva o ignorava di avere figli o discendenti, sono revocate di diritto per la sopravvenienza di un figlio e ciò, né più né meno di quanto è disposto allorché sopravvenga prole⁴⁹.

⁴⁹ Autorino G., Stanzione P., *Le adozioni nella nuova disciplina. Legge 28 marzo 2001, n. 149*, Giuffrè Editore, Milano 2001.

III CAPITOLO

L'ISTITUTO DELL'ADOZIONE NELL'ORDINAMENTO

INGLESE: LE EVOLUZIONI

1. Profili di comparazione tra il sistema italiano dell'adozione e quello inglese
2. Lo *status* giuridico dello *stepparent* nell'ordinamento inglese
3. Il *residence order*
4. La *guardianship*
5. Diritti di visita. Il *contact order*
6. Espatrio e cambiamento del cognome
7. Mantenimento dello *stepchild*
8. Profili di diritto successorio

1. Profili di comparazione tra il sistema italiano dell'adozione e quello inglese

L'esame del sistema giuridico italiano, in materia di adozione, ne ha messo in luce la portata ampia dell'istituto e la conseguente possibile vastità di trattazioni soprattutto in prospettiva comparativa. Si sceglie tuttavia, in questa

sede, di approfondire un solo ordinamento straniero che si ritiene maggiormente significativo ai fini dell'indagine in oggetto, l'ordinamento inglese.

Nell'ultimo decennio, il sistema giuridico britannico ha conosciuto una considerevole svolta: l'introduzione dello strumento della *Open Adoption* ha permesso a tutti i soggetti adottati di venire in contatto con le proprie origini e di contattare i propri genitori.

In una prima fase, infatti, il sistema inglese era favorevole ad una netta separazione tra il minore adottato e la famiglia di origine. Una scelta ritenuta indispensabile nell'interesse supremo del minore e, in particolar modo, per l'inserimento sereno dell'individuo all'interno del nuovo ambiente socio-familiare.

La prima legge relativa all'istituto dell'adozione era stata l'*Adoption of Children Act* del 1926, gradualmente sostituita dall'*Adoption Act* del 1958.

Negli anni Settanta, l'insoddisfazione provocata da tale normativa e le numerose critiche ricevute, condussero alla costituzione di un Comitato Ministeriale, definito *Houghton Committee*, le cui raccomandazioni furono pubblicate, a partire dal 1972, ed incorporate, nel 1975, nel *Children Act*. Solo l'anno successivo, nel 1976, quest'ultima normativa fu ulteriormente arricchita dall'*Adoption Act*.

Una possibile prova dell'iniziale preferenza del sistema inglese per una radicale separazione tra minore adottato e famiglia d'origine, può essere considerata la seguente citazione tratta dalle pubblicazioni del *Houghton Committee*:

“l’adozione comporta la completa cessazione dei rapporti legali fra i genitori naturali e il figlio e la nascita di un nuovo rapporto fra il minore e i genitori adottivi”

A tal proposito è evidente la completa coincidenza con gli effetti estintivi e costitutivi dell’art. 27 della legge 184; del resto sia l’*Act* del 1976, che il successivo *Children Act* del 1989, sono orientati in questa direzione.

Vanno segnalate, infine, l’esistenza delle c.d. Agenzie di Adozione, che hanno il compito sia di selezionare i potenziali adottanti sia di assegnare i minori per l’adozione al di fuori della loro famiglia. Le Agenzie di Adozione si dividono in:

- società riconosciute, altrimenti note come Agenzie volontarie;
- autorità locali, definite anche Agenzie statutarie.

Se in passato erano le Agenzie volontarie a farsi carico dell’organizzazioni delle adozioni, oggi sono le Agenzie statutarie ad occuparsi del maggior numero di casi.

L’esame della normativa inglese rivela l’esistenza di due principali riferimenti normativi relativi all’ottenimento dell’adozione contro il consenso dei genitori naturali. Attraverso il primo metodo della procedura del *freeing*, si “libera” il minore per l’adozione, come previsto dalla sez. 18 dell’*Act* del 1976.

La seconda procedura, invece, è prevista dalla sez. 16, che riguarda il caso del genitore naturale che mostra il proprio accordo anche senza conoscere l’identità degli adottanti.

Ulteriori disposizioni dell'*Act* del 1976, riprese dal *Children Act* del 1989, alla sez. 10, par. 3, definiscono l'ordinanza di adozione come una disposizione che conferisce la responsabilità di un minore agli adottanti. Ciò vuol dire che l'adottante gode di tutti i diritti e tutti i doveri che possiede il genitore di un figlio legittimo. I genitori adottivi possono prendere qualsiasi decisione, come i genitori naturali, incluse l'emigrazione e la nomina di un tutore testamentario. Inoltre, essi non sono soggetti alla supervisione del Tribunale o dell'Agenzia per l'adozione.

L'*Act* stabilisce che il minore adottato deve essere considerato come un figlio effettivamente nato dal matrimonio dei genitori adottivi e, per questa ragione, tali previsioni impediscono di reputare il minore adottato come un figlio illegittimo.

L'identità con la legge italiana n. 184 del 1983 è così completa, in quanto anche gli effetti legittimanti dell'adozione sono previsti sia in Italia che in Inghilterra con la formazione del nucleo adottivo: la nuova famiglia gode sotto tutti gli aspetti del rango di piena legittima.

Una particolare attenzione merita la continuazione del rapporto tra il minore e i genitori naturali, prevista dal progetto di legge del 1996, che avrebbe dovuto consentire una maggior apertura proprio in seguito ai cambiamenti ottenuti dalla *Open Adoption*. Infine, l'*Adoption Bill* riconosce al minore un ruolo di peculiare importanza per il suo supremo interesse: si pensi che il Tribunale non può emettere un'ordinanza d'adozione per un minore di età superiore ai 12 anni, senza il suo consenso.

Per quanto riguarda l'accesso ai documenti di nascita, dal 1954 la legge ha permesso a tutti gli individui adottati che abbiano compiuto la maggiore età di ottenere il loro certificato di nascita originale, a partire dalle numerose ricerche condotte intorno agli anni Sessanta e Settanta che hanno dimostrato che i soggetti adottati che non conoscono le proprie origini subiscono profondi traumi, difficili da superare durante l'età adulta.

In relazione a questo aspetto emerge la prima evidente distonia rispetto al sistema giuridico italiano. La possibilità da parte di tutti gli adottati di reperire informazioni sulla propria famiglia di origine è destinata a rivoluzionare l'istituto dell'adozione. Inoltre, alcune recenti ricerche hanno dimostrato che il 15% degli individui adottati durante l'infanzia cerca di rintracciare il proprio nucleo familiare in età adulta.

Nel 1989, in Inghilterra, è stato istituito un registro dell'adozione – continuamente aggiornato dal Segretario Generale – allo scopo di favorire i contatti fra famiglie adottive e nucleo d'origine. Tale registro contiene dati anagrafici, informazioni ed indirizzi dei parenti naturali dell'adottato, così da facilitare un eventuale incontro. Questo sistema è strutturato in modo tale da non violare la *privacy* di alcun soggetto interessato nell'adozione: ciascuno può esprimere il suo desiderio di contattare i propri parenti e le informazioni possono essere rilasciate solo previa autorizzazione dei soggetti coinvolti. Inoltre, in questo modo è garantito il diritto all'identità dell'adottato, che ha possibilità concrete di conoscere l'indirizzo attuale dei genitori senza perdersi in ricerche affannose.

A tale proposito è evidente la differenza con l'ordinamento italiano, improntato alla totale riservatezza dei registri. Proprio tenendo conto di queste

aperture, sarebbe opportuno cogliere nuove ispirazioni per il nostro sistema giuridico.

Il sistema appena descritto rappresenta il quadro generale per ciò che riguarda l'adozione di minori. Parte di questa disciplina, soprattutto per quanto riguarda i principi di trasparenza, è valida anche per ciò che attiene l'adozione di soggetti maggiorenni. Permangono, in questo caso, le considerazioni fatte rispetto all'ordinamento italiano.

In particolare, il legislatore, nel tentativo di armonizzare la posizione dello *stepparent*⁵⁰ con quella del genitore non affidatario, ha introdotto significative modifiche al codice civile relative all'adozione del soggetto maggiorenne.

Si è previsto che l'adottato acquisti il cognome dell'adottante, da anteporre al proprio e i diritti successori verso quest'ultimo. Tuttavia, nessun rapporto di parentela si instaura tra il minore e la famiglia d'origine dello *stepparent*, mentre viene preservato il vincolo con il genitore non affidatario e i parenti di questo verso cui l'adottato mantiene tutti i diritti ed i doveri.

Tuttavia, come parte della dottrina rileva, il contenuto di tali obblighi “sembra doversi circoscrivere ai soli aspetti patrimoniali perché, sotto il profilo personale, tale forma di adozione finisce per sostituire il genitore sociale a quello biologico non affidatario”.

⁵⁰ Edwards R., Gillies V., McCarthy JR., *Biological Parents and Social Families: Legal Discourses and Everyday Understandings of the Position of Stepparents*, cit., pag. 79; Herring J., *Family Law*, cit., pag. 285; un'esplicita statuizione giurisprudenziale in tal senso la si rinviene in *Re N* (1974), in *All England Law Reports*, 1, 1974, pag. 126.

L'art. 46 della legge in oggetto richiede, in realtà, il consenso del genitore biologico per poter dar luogo all'adozione. Non sembra tuttavia che questo sia un requisito posto a sua difesa, poiché un eventuale dissenso può essere sempre disatteso dal giudice se ritenuto ingiustificato o contrastante con l'interesse dell'adottando.

In concreto, la legge finisce per predisporre un meccanismo di sostituzione del genitore biologico con quello sociale, piuttosto che armonizzare i diversi ruoli. Questa scelta spiega perché l'adozione risulti inappropriata nei casi di affidamento congiunto ed alternato. Permanendo la potestà in capo ad entrambi i genitori, si esclude che l'istituto possa perseguire finalità integrative di tipo assistenziale⁵¹.

⁵¹ Per un inquadramento generale dell'istituto, alla luce anche della sua evoluzione storica, si rinvia a Ivone M. G., *Il modello dell'adozione nel diritto inglese*, in *Rassegna di diritto civile*, 3, 2002, pp. 575 ss.; Lowe N., *The Gift/Donation Model Versus the Contract/Services Model – The Changing Face of Adoption in England and Wales over the Last Fifty Years*, in EEKELAAR, NHLAPO, *The Changing Family: International Perspectives on the Family and Family Law*, Oxford, 1998; Lowe N., Douglas G., *Bromley's Family Law*, 9th ed, London-Edinburgh-Dublin, 1998, pp. 611ss.

2. Lo status giuridico dello *stepparent* nell'ordinamento inglese

Nell'ambito dell'ordinamento giuridico inglese, l'originaria condizione degli *stepparents* è stata definita dai sociologi “condizione di invisibilità”. Il genitore sociale non ha alcun rapporto giuridicamente rilevante con il proprio *stepchild*: la sua posizione risulta equiparabile a quella di un *babysitter* cui il titolare della potestà genitoriale ne abbia delegato l'esercizio.

Le famiglie ricostituite hanno individuato uno strumento efficace per attribuire rilievo formale al rapporto *stepparent-stepchild*, nell'istituto dell'adozione. Tale scelta è comprensibile se si considera il problema dalla prospettiva del genitore affidatario, desideroso di rinsaldare il nuovo nucleo familiare, lasciandosi alle spalle il passato e l'*ex-partner*. Si noti, infatti, che l'ordinamento inglese non riconosce la distinzione – tipica dei sistemi di *civil law* – tra adozione ordinaria e adozione speciale. L'unico modello qui vigente è il secondo, mediante il quale ciascun vincolo tra l'adottato e il genitore biologico viene cancellato.

L'istituto dell'adozione, disciplinato essenzialmente per finalità assistenziali, si rivela inidoneo a regolamentare i rapporti interni ad una famiglia ricomposta.

Sotto il profilo prettamente tecnico, l'applicazione dell'istituto alle *stepfamilies* appare piuttosto artificiosa. Infatti, poiché la legge impone ai coniugi l'adozione congiunta, nelle famiglie ricostituite l'istanza dovrà essere presentata

tanto dallo *stepparent* quanto dal coniuge affidatario al quale, in caso di accoglimento, verrà attribuito lo *status* di genitore adottivo.

In pratica, per rendere possibili le *stepparents'adoptions*, il genitore è costretto ad adottare il proprio figlio biologico. L'adozione è invece sostanzialmente preclusa alle famiglie ricostituite di fatto. I conviventi non sono legittimati a presentare istanza congiunta e, sebbene l'ordinamento ammetta l'adozione individuale da parte di persone non coniugate, è evidente che un provvedimento in tal senso non servirebbe allo scopo, determinando l'estinzione della potestà anche in capo al genitore affidatario. Infine, proprio questa drasticità di tali effetti rende l'istituto essenzialmente manchevole anche nell'ambito delle famiglie ricostituite coniugali.

Se da un lato l'adozione non può essere disposta senza il consenso del genitore non affidatario che sia titolare della potestà, dall'altro il genitore privo di tale potestà ha comunque il diritto ad essere ascoltato.

Resta tuttavia difficoltoso conciliare l'estinzione del legame tra il minore e il genitore non affidatario preservando un fondamentale diritto del bambino⁵².

Tale difficoltà spiega l'esistenza delle commissioni di studio e dei progetti di riforma succedutisi numerosi, fin dai primi decenni degli anni Settanta, e non risolti in interventi normativi adeguati⁵³. Per evitare queste difficoltà, il legislatore in materia di *stepparents'adoptions*, ha preferito affidare integralmente

⁵² Un primo *dictum*, in tal senso, sebbene in materia di diritti di visita del genitore (adottivo) non affidatario, lo si rinviene in *M v M* (1973), in *All England Law Reports*, 2, 1973, pag. 85.

⁵³ Hoggett B. M., Pearl D., *The Family, Law and Society: Cases and Materials*, cit., pp. 558-559; Standley F., *Cases and Materials on Family Law*, London, 1997, pp. 417-420; Cretney S. M., *Family Law*, 4th ed, London, 2000, pp. 356-358.

la tutela del benessere del minore alla discrezionalità dei giudici. Questi ultimi, inizialmente, si sono dimostrati poco propensi ad accogliere le istanze degli *stepparents*, non solo nei casi in cui si trattasse di prevaricare il dissenso genitoriale oppure di fronte al decesso dei membri del nucleo d'origine, bensì anche nelle ipotesi di assenso⁵⁴.

Se l'adozione persegue finalità integrative di tipo assistenziale, non se ne ravvisa la necessità nel momento in cui i bambini siano destinati a rimanere nello stesso ambiente ed abbiano acquisito, come *children of the family* del genitore naturale e dello *stepparent*, tutti i vantaggi materiali che l'adozione comporta⁵⁵.

Negli anni scorsi, le uniche eccezioni a questo orientamento sono state rappresentate dai casi in cui l'adottato era figlio illegittimo. A tale proposito, si è osservato⁵⁶ che laddove il bambino fosse nato nell'ambito di una duratura convivenza poi dissoltasi, il suo diritto a non vedersi privato dei legami con il genitore naturale acquisiva la stessa rilevanza dei casi di *stepparents' adoptions*.

Tuttavia, fintanto che l'ordinamento inglese ha mantenuto la disparità di trattamento tra figli legittimi e illegittimi, l'adozione ha comportato il vantaggio rilevante di ammettere il minore a godere dei benefici di legittimità, cosicché non sono stati attestati casi di rigetto delle istanze presentate dagli *stepparents*, in situazioni analoghe.

⁵⁴ Si rinvia al tal proposito alla ricognizione dei più importanti casi giurisprudenziali effettuata da Maidment, *Step-parents and Step-children: Legal Relationships in Serial Unions*, cit., pp. 429-433.

⁵⁵ *Re S* (1977), in *All England Law Reports*, 3, 1977, pag. 675. Si rinvia inoltre a *Re B* (1975), in *All England Law Reports*, 2, 1975, pp. 449 ss.

⁵⁶ Maidment, *Step-parents and Step-children: Legal Relationships in Serial Unions*, op. cit., pp. 432-433.

Inoltre, in *Re J* (1973)⁵⁷, i giudici avevano riconosciuto il diritto di visita di un padre naturale che desiderava mantenere contatto con il figlio dato in adozione. Sebbene il provvedimento doveva ritenersi eccezionale, proprio perché contrastante con l'essenza dell'istituto, tale decisione ebbe l'importanza di individuare nelle *open adoptions*, una strada percorribile nel tentativo di bilanciare gli interessi in gioco nell'ambito delle famiglie ricomposte. Allo stato attuale, le adozioni da parte di *stepparents* coprono oltre la metà del totale⁵⁸. Per la maggior parte di questi casi, inoltre, si tratta di provvedimenti definiti nell'ambito di *uncontested proceedings*, nei quali il genitore non affidatario non solleva opposizione.

Talvolta è possibile reperire pronunce⁵⁹ nelle quali si dispensa dal consenso del genitore non affidatario, nella considerazione che esso venga negato senza una ragione consistente, salvo poi garantirgli un rapporto fattuale con il minore mediante il diritto di visita. È in tali casi che acquistano un peso determinante le volontà dell'adottando che i giudici, per previsione normativa

⁵⁷ *Re J* (1973), in *All England Law Reports*, 2, 1973, pp.410ss.

⁵⁸ Nel 1996 si sono registrate in Inghilterra 5.962 adozioni, il 55% delle quali coinvolgenti *stepchildren*. A questo proposito si consideri, Lowe N., *The Gift/Donation Model Versus the Contract/Services Model – The Changing Face of Adoption in England and Wales*, op. cit., pp.583-584.

⁵⁹ Per alcuni significativi interventi della *Court of Appeal* in materia, cfr. *Re P-J (Minors)* (1998) EWCA Civ 836 (14th May, 1998); *Re G (A Minor)* (1998) EWCA Civ 1453 (24th November, 1998); *Re L (A Minor)* (1997)EWCA Civ 2859 (28th November, 1997); nonché *Re B (A Minor)* (1998) EWCA Civ 1829 (24th November, 1998) in cui si dispose l'adozione senza riconoscere il diritto di visita del genitore non affidatario in ragione dell'atteggiamento ossessivo da questi assunto verso il minore. Condannato più volte alla pena detentiva per aver sottratto il figlio alla madre affidataria, l'uomo aveva instaurato 140 procedimenti riguardanti il minore. Tutte le sentenze citate sono consultabili sul sito internet www.bailii.org.

esplicita, devono tenere in debita considerazione. Purtroppo però, proprio quando il minore desidera fortemente l'adozione, egli si oppone al mantenimento del rapporto con il genitore non affidatario. In questo caso le corti limitano il diritto di visita di quest'ultimo ad una forma di contatto indiretto, che abbia luogo a mezzo lettere, cartoline o telefonate, definendo le esigenze di tutela e promozione del ruolo che egli svolge ancora nella vita del minore.

Al genitore non affidatario, quindi, si chiede di accettare le conseguenze di una vera e propria “ghigliottina legale”⁶⁰, in nome dell' amore dei figli.

⁶⁰ È l'espressione utilizzata nella sentenza *Re B* (1975), op. cit., pag. 462.

3. Il *residence order*

Con il *Children Act* del 1989 si compie la riforma più significativa del diritto di famiglia inglese. Il nocciolo duro di tale testo normativo e della stessa disciplina in materia di *stepfamilies* è il nuovo concetto di responsabilità genitoriale⁶¹, il quale determina il superamento della previgente dottrina dei diritti genitoriali, concepita nel quadro delle elaborazioni legislative e giurisprudenziali della *common law*.

Nel 1984, la statunitense Bartlett⁶² sottolinea come, secondo l'impostazione tradizionale, la genitorialità sia uno *status* esclusivo, essendo esclusivi ed indivisibili i diritti e gli obblighi che la legge riconosce ai genitori legittimi verso i propri figli. Tale esclusività è da imputare al fatto che questi ultimi sono gli unici titolari di tali diritti ed obblighi, non ammettendo nessun altro al loro esercizio.

⁶¹ Il termine è stato introdotto per la prima volta introdotto nell'ordinamento giuridico inglese dalla sezione 3, paragrafo 1, della legge in esame. Esso viene definito come l'insieme di "tutti i diritti, doveri, poteri, responsabilità ed autorità che per legge il genitore di un bambino ha in relazione al bambino stesso e alla sua proprietà".

Il concetto è infatti il portato delle interpretazioni più innovative fornite dalle corti riguardo ai previgenti "diritti genitoriali". Standley F., *Family Law*, 3rd ed, New York, 2001, pp. 220-224; Lowe N., *The Meaning and Allocation of Parental Responsibility, A Common Lawyer's Perspective*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, II, 1997, pp. 196, 212. L'autore ritiene meritevole di considerazione la definizione fornita a livello legislativo dal *Children (Scotland) Act 1999*, sezione 1, paragrafo 1.

⁶² Bartlett, *Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: the Need for Legal Alternatives when the Premise of the Nuclear Family has Failed*, in *Virginia Law Review*, 70, 1984, pp. 879ss.

L'indivisibilità, invece, è dovuta al fatto che a ciascun genitore spettano tutti i diritti e tutti i doveri che la legge assume e che essi debbano essere esercitati da ciascuno di concerto con l'altro. Ne consegue che qualsiasi rapporto instaurato dal minore con adulti diversi dai propri genitori è irrilevante per il diritto.

L'idea di una genitorialità esclusiva sembra muovere dalla premessa che la famiglia nucleare rappresenti il contesto in grado di promuovere il benessere del bambino. Tuttavia è evidente che da ciò possono scaturire delicati problemi allorquando la famiglia originaria, a causa dell'intervenuta dissoluzione, non sia più in grado di provvedere al benessere del minore. In queste situazioni emerge, come preminente, l'interesse del minore alla continuità nei rapporti per lui maggiormente rilevanti. Ciò richiede la tutela del legame genitori-figli oltre il disfacimento del nucleo familiare.

Il *Children Act* 1989 persegue tale obiettivo concependo la responsabilità dei genitori biologici come permanente.

Solo la madre, in realtà, consegue la responsabilità in virtù del proprio *status* biologico. Il padre, se non coniugato con costei, dovrà invece addivenire alla stipula di un accordo o altrimenti presentare apposita istanza alla corte. Una volta conseguita, tuttavia, la responsabilità dei genitori biologici permane fino al raggiungimento della maggiore età del figlio e, si noti, nonostante il mancato conseguimento dell'affidamento nei casi di divorzio o cessazione della convivenza.

L'innovazione, rispetto al sistema previgente, è fondamentale. Fino al *Children Act 1975*⁶³, l'ordinamento inglese aveva distinto i diritti inerenti la persona del minore (*custody*), spettanti al solo genitore affidatario una volta che fosse venuta meno la convivenza, e i diritti sulla proprietà del minore (*guardianship*), permanenti in capo ad entrambi.

Con il *Children Act 1989* si dispone invece che il *residence order*, cioè il provvedimento mediante il quale l'affidamento viene attribuito, si limiti ad individuare la persona con la quale il bambino deve vivere. Lo stesso sostantivo utilizzato è finalizzato a porre l'accento sulla residenza piuttosto che sull'affidamento, rafforzando così il concetto che entrambi i genitori conservino invariati tutti i diritti e i doveri relativi al loro *status*. *Status* che, tuttavia, non può più considerarsi esclusivo. Se infatti il benessere del minore richiede che siano preservati i suoi rapporti più significativi e se si ammette che, venuta meno la famiglia nucleare, tali rapporti possano essere instaurati con adulti diversi ed ulteriori rispetto ai genitori biologici, deve allora concludersi che anche la funzione assolta da tali soggetti debba ritenersi meritevole di tutela. Il legislatore dell'89 ha provveduto in tal senso ammettendo i non genitori al conseguimento della responsabilità; ancorché non in alternativa ai genitori biologici, come nell'adozione, bensì in aggiunta a costoro, secondo quella che la Bartlett aveva definito genitorialità multipla o non più esclusiva⁶⁴.

⁶³ Maidment, *Child Custody and Divorce. The Law in Social Context*, London-Sydney, 1984.

⁶⁴ Si noti, però, che già con il *Children Act 1975* si era cercato di attribuire rilievo formale al ruolo del genitore sociale mediante la cosiddetta *custodianship*, un provvedimento di attribuzione dei diritti genitoriali inerenti la sola persona del minore, non ricomprendenti quelli sulla proprietà.

L'istituto principalmente preposto a questo scopo è il citato *residence order*⁶⁵. Il *Children Act* 1989 prevede infatti che, laddove esso sia pronunciato a favore di un non genitore, questi debba avere la responsabilità nei confronti del bambino fintanto che il provvedimento resti in vigore. L'affidamento costituisce, dunque, il presupposto per il conseguimento della responsabilità. Esso tuttavia determina, una volta conseguito, una sostanziale equiparazione tra il genitore sociale e quello biologico. Al non-genitore resta infatti precluso il solo potere di acconsentire all'adozione e quello di nominare *guardians*⁶⁶ per il minore.

Ma, salvo che per specifiche questioni di particolare rilevanza, egli godrà di piena autonomia nell'esercizio della responsabilità genitoriale, giacché la legge espressamente esclude un obbligo di consultazione tra i titolari della stessa⁶⁷.

Non ogni terzo risulta però legittimato a presentare istanza per un *residence order*. Il *Children Act* 1989 individua anzi in modo analitico i requisiti necessari a tal fine, ravvisandoli in quelle circostanze atte a garantire, quantomeno in astratto, l'esistenza di un rapporto di genitorialità psicologica tra l'istante e il minore. Si abilita così, *in primis*, qualsiasi persona che sia o sia stata parte di un matrimonio "rispetto al quale il minore è un *child of the family*"⁶⁸. L'espressione

⁶⁵ Lowe N., Douglas G., *Bromley's Family Law*, op. cit., pp. 412-416.

⁶⁶ *Children Act* 1989, sezione 12, paragrafo 3. In merito al ruolo del *guardian* nell'ordinamento inglese si rinvia al paragrafo successivo.

⁶⁷ *Children Act* 1989, sezione 2, paragrafo 7. Edwards R., Gillies V., McCarthy JR., *Biological Parents and Social Families: Legal Discourses and Everyday Understandings of the Position of Stepparents*, op. cit., pag. 83, sottolineano la filosofia individualista sottesa alla norma e il tentativo con essa compiuto dal legislatore di applicare le regole di scambio, caratteristiche dei rapporti economici, anche ai rapporti personali.

⁶⁸ *Children Act* 1989, sezione 10, paragrafo 5, lettera a.

child of the family, come si vedrà, è caratteristica anche di altri testi normativi e presuppone l'esistenza di una famiglia coniugale. La giurisprudenza reputa inoltre necessaria l'instaurazione di una convivenza, anche breve, tra le parti e richiede che durante tale periodo entrambi i coniugi abbiano trattato il minore come figlio della famiglia. Il trattamento rilevante, ai fini dell'applicazione della norma, dovrà essere valutato alla luce delle circostanze del caso concreto. Si ritiene tuttavia che un minore sia *child of the family*⁶⁹ quando entrambi i coniugi provvedano o abbiano provveduto ai suoi bisogni morali e materiali, comportandosi come genitori agli occhi della comunità. Si ha riguardo, dunque, al comportamento concretamente posto in essere dalle parti, essendo irrilevanti tanto l'eventuale riserva mentale di non ritenere il minore *child of the family*, tanto un'esplicita dichiarazione in tal senso, se seguita da un comportamento difforme. Che la disposizione sia stata pensata con specifico riferimento alle famiglie ricostituite appare evidente, tuttavia essa si presta a ricomprendere i soli *stepparents* coniugati. Per quanto attiene ai conviventi, invece, essi risulteranno legittimati all'istanza solo a seguito di un periodo di convivenza almeno triennale con il minore. Può però prescindersi dai presupposti di legge ove vi sia il consenso delle persone a favore delle quali sia già stato pronunciato un *residence order* o, in sua assenza, di tutti i titolari della responsabilità genitoriale. Infine, chiunque, compreso il minore, può presentare istanza per un *residence order* mediante apposita autorizzazione della corte adita, la quale dovrà valutare, a tal fine, la

⁶⁹ Lowe N., Douglas G., *Bromley's Family Law*, op. cit., pp. 288-289. La giurisprudenza esclude che possa ritenersi *child of the family* il già concepito non ancora nato in ragione del comportamento tenuto dal non genitore nei confronti della madre durante la gravidanza, se a tale comportamento segua un totale disinteresse verso il minore dopo la nascita: *A v A (Family: Unborn Child)* (1974), in *All England Law Reports*; 1, 1974, pp. 755 ss.

natura del rapporto tra l'istante e il bambino e il rischio che quest'ultimo possa essere pregiudicato dall'instaurazione del procedimento⁷⁰.

L'attribuzione del *residence order* allo *stepparent* che viva con il genitore affidatario ed eserciti già di fatto e quotidianamente i doveri e le responsabilità proprie di un genitore non sembra abbia sollevato particolari questioni in giurisprudenza, poiché il presupposto della convivenza permette in tali casi di intervenire nella forma di un *joint residence order* che, attribuendo ad entrambi i *partners* l'affidamento, contestualmente investe il genitore sociale della responsabilità. Come detto, resta in ogni caso ferma la potestà del genitore non affidatario.

Di più difficile definizione è apparso, invece, il ruolo dello *stepparent* a seguito della dissoluzione della famiglia ricostituita per cessazione della convivenza o scioglimento del matrimonio. Si consideri che, in tali situazioni, il *residence order* rappresenta l'unico mezzo mediante il quale conseguire la potestà nei confronti dello *stepchild*.

È tuttavia evidente che, in un procedimento per l'affidamento, la forte presunzione a favore del genitore biologico, e in particolare della madre, quale soggetto meglio in grado di provvedere alle esigenze del minore, appare difficilmente superabile⁷¹. Un'alternativa perseguibile la si è ravvisata

⁷⁰ *Children Act* 1989, sezione 10, paragrafi 5, lettere (b) e (c), 8 e 9.

⁷¹ O'Halloran K., *The welfare of the Child*, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sidney, 1999, pag.218. Per un'applicazione giurisprudenziale di tale presunzione si rinvia a *O and H (Children)* (1999) EWCA Civ 1585 (15th June, 1999), in www.bailii.org, ove l'istanza per l'affidamento venne presentata dallo *stepfather*, che di fatto aveva avuto l'affidamento dei minori dopo l'abbandono della casa coniugale da parte della moglie, dalla madre e dal padre dei minori. Stante il comportamento assunto dalla donna verso i figli, il *residence order* fu concesso a

nell'affidamento alternato, disposto mediante *shared residence orders*. Ma, anche in Inghilterra, la giurisprudenza si è dimostrata particolarmente restia a ricorrere a tale istituto, e questo già nei procedimenti tra genitori biologici, reputandolo foriero di eccessiva instabilità nella vita del minore. Di qui l'idea di pronunciare *shared residence orders*, comprimendo gli effettivi periodi di affidamento spettanti allo *stepparent*, in modo da contemperare l'esigenza di istituzionalizzare il ruolo di quest'ultimo con quella di garantire una residenza stabile al minore. Chiamata a pronunciarsi sulla questione (*Re WB* 1995)⁷², la *Court of Appeal* ha tuttavia respinto tale soluzione come artificiosa, avendo l'effetto di snaturare il *residence order* della sua funzione primaria che resta quella di stabilire con chi il minore debba vivere.

È vero che mediante il *residence order* lo *stepparent* acquisterebbe voce in capitolo rispetto a quelle questioni, quali l'espatrio, il cambiamento del cognome del minore o il matrimonio del sedicenne, per le quali la legge richiede il consenso di tutte le persone responsabili.

E' anche vero che, in virtù di tale provvedimento, il minore sarebbe legittimato ad adire le corti onde inibire l'attuazione di decisioni inerenti il minore, poste in essere dagli altri titolari della responsabilità, o onde imporre a

quest'ultimo. Sullo stesso sito, si rinvia inoltre a *Re R (Minors)* (1998) EWCA Civ 1616 (26th October, 1998).

⁷² Con tale argomentazione la *Court of Appeal* respinse l'istanza per uno *shared residence order* presentata da uno *stepfather* che aveva scoperto, praticamente un attimo prima dell'udienza, che la bambina avuta dall'ex convivente e che egli aveva cresciuto, non era sua figlia. Il caso è commentato in Lowe N., Douglas G., *Bromley's Family Law*, op. cit., pag. 413.

questi ultimi l'adozione di determinate misure: si pensi a questioni quali educazione scolastica o trattamenti sanitari⁷³.

La regola generale secondo la quale ciascuno è libero di muoversi autonomamente nell'esercizio della responsabilità genitoriale, senza consultare gli altri titolari, impedisce allo *stepparent* l'occasione di intervenire nelle scelte quotidianamente poste in essere dal genitore affidatario. L'unico vantaggio derivante da uno *shared residence order*, configurato in questo modo, si sostanzierebbe nella previsione di brevi periodi di affidamento a favore del genitore sociale. Non meraviglia allora che la *Court of Appeal* abbia ritenuto sufficiente, al raggiungimento di un tale scopo, il semplice riconoscimento del diritto di visita dello *stepparent*, garantendo in tal modo la possibilità di mantenere il rapporto instaurato con lo *stepchild* ed assicurando contestualmente a quest'ultimo la stabilità di una fissa dimora. Inoltre, il diniego dei poteri connessi alla responsabilità genitoriale, poteri che nella stessa misura competono al genitore non affidatario, riduce al minimo i focolai di tensione nel triangolo degli adulti coinvolti. Ciò in considerazione del fatto che il novero di tali adulti potrebbe anche aumentare, laddove il genitore affidatario successivamente procedesse all'instaurazione di una nuova unione.

La *Court of Appeal* ha tuttavia ammesso che, in precise circostanze, il rapporto *stepparent-stepchild* possa necessitare una maggiore tutela. In *Re H* del 1995, uno *shared residence order*, benché con previsione del periodo prevalente

⁷³ I provvedimenti inibitori di poteri rientranti nel concetto di responsabilità genitoriale e quelli finalizzati ad autorizzarne l'esercizio nonostante il dissenso degli altri titolari vanno sotto il nome, rispettivamente, di *prohibited step orders* e *specific issue orders*; *Children Act 1989*, sezione 8, paragrafo 1.

di affidamento alla madre, fu pronunciato rispetto ad un adolescente di quattordici anni allevato nella convinzione che lo *stepfather* fosse suo padre. A fronte del profondo trauma determinato dalla verità sulle sue origini, la corte ritenne che il provvedimento dovesse considerarsi non artificioso ma terapeutico, nella misura in cui avrebbe risolto la confusione del ragazzo, sanzionando l'effettivo coinvolgimento dello *stepfather* nella sua vita. Tuttavia la *Court of Appeal* qualificò il provvedimento come insolito, confermando la regola generale.

4. La *guardianship*

La *guardianship*, di chiara derivazione medievale, pervenuta attraverso le numerose riforme nell'impianto del *Children Act* del 1989, rappresenta un ulteriore istituto attraverso il quale il non genitore ottiene la responsabilità del minore. Tale responsabilità si rivela maggiore di quella derivante dal *residence order*, poiché il *guardian* guadagna anche il diritto di consentire all'adozione oltre che quello di nominare a sua volta ulteriori *guardians*.

Per esplicita previsione normativa, il *guardian* non è da considerarsi obbligato al mantenimento del minore. Il legislatore ha evitato in questo modo di determinare un incentivo al rifiuto della nomina.

Tale istituto conosce tuttavia un ambito di applicazione alquanto circoscritto. Onde assicurare la presenza di una persona ordinata e legittimata a prendersi cura del minore in caso di decesso prematuro del genitore affidatario, la nomina del *guardian* risulta praticabile alle corti solo se il minore si ritrovi privo di genitori titolari della responsabilità nei suoi confronti o se sia deceduto il genitore o il *guardian* che aveva conseguito inizialmente l'affidamento.

In realtà lo stesso genitore responsabile può provvedere alla nomina e in tali casi non si prevedono restrizioni o controlli circa la correttezza della designazione⁷⁴. Nulla impedisce, di conseguenza, che si investa del ruolo di

⁷⁴ La *Law Commission* aveva preso in considerazione l'opportunità di limitare il potere di nomina onde ridurre il rischio di designazione di persone inidonee. Tra le varie proposte si suggerì

guardian il nuovo *partner*. Per norma generale, tuttavia, la nomina diventerà effettiva solo a seguito del decesso di entrambi i genitori responsabili. Solo se l'altro genitore risulti privo della responsabilità o se colui che ha provveduto alla designazione aveva conseguito un *residence order* a suo favore, la nomina acquisterà efficacia immediatamente dopo la sua morte.

In ragione del carattere permanente della responsabilità del genitore biologico, si è osservato, in quest'ultimo caso, che la disciplina legale crea incertezza in merito a chi debba ritenersi legittimato all'affidamento del minore. La pretesa del genitore superstite e quella del *guardian* risultano infatti avere la stessa rilevanza. In concreto, l'onere di instaurare un procedimento incomberà sulla persona desiderosa di modificare la situazione esistente, con l'esito, laddove ad adire la corte sia il genitore sopravvissuto, di porre quest'ultimo nel ruolo di un *outsider*, responsabile di intervenire nella vita del bambino, anziché in quello di genitore coinvolto e desideroso di occupare il ruolo del genitore estinto.

Un'ulteriore valutazione riguarda i casi in cui il genitore che provvede alla nomina non abbia raggiunto un *residence order* e tuttavia eserciti l'affidamento perché l'altro genitore, sebbene responsabile, ha abbandonato la famiglia. Si amplia qui l'applicazione della regola secondo la quale la nomina del *guardian* diventa concreta alla morte di tutti e due i genitori, con palese frustrazione dello scopo cui l'istituto è preposto. Infatti è proprio nei casi in cui il genitore sopravvissuto si disinteressa della prole che la *guardianship* compirebbe al meglio i suoi effetti vantaggiosi. Può tuttavia osservarsi come nulla impedisca

di ricomprendere tra i soggetti suscettibili di nomina solo coloro che, al pari di parenti, *stepparents* e *foster parents*, fossero già legati al minore.

al genitore sociale di inoltrare istanza per un *residence order*, con il vantaggio di reintrodurre una sorta di setaccio giurisdizionale in merito all'idoneità del richiedente a conseguire la responsabilità.

Si è rivelata un'incoerenza nell'impianto del *Children Act* del 1989. Come sostiene Lowe⁷⁵, un genitore è libero di scegliere chiunque affinché prenda il suo posto in caso di decesso e nondimeno non è libero di assegnare la responsabilità genitoriale alla persona che sposa o con cui convive.

L'autore propone (si dispone in) un piano di riforma, volto ad autorizzare gli *stepparents* coniugati con il genitore affidatario ad ottenere la responsabilità a prescindere dall'affidamento. A tal fine, si prevede la possibilità di richiedere alla corte un *parental responsibility order*, analogo a quello previsto per i padri non coniugati con la madre al momento della nascita del figlio, o di addivenire ad un accordo con il genitore affidatario, richiedendosi il consenso di quello non affidatario solo se anch'egli è responsabile.

Il ricorso ai *parental responsibility orders* consentirebbe di ovviare, a fronte della dissoluzione della famiglia ricostituita, alle problematiche connesse all'affidamento alternato.

La proposta di conseguire la responsabilità genitoriale sulla base di un mero accordo, al contrario, solleva qualche insicurezza. Viene da chiedersi, in particolare, se i requisiti del matrimonio con il genitore affidatario e del consenso del genitore responsabile rappresentino un filtro sufficiente ad evitare abusi nell'esercizio di tale potere di investitura della potestà o se non si rischi in tal

⁷⁵ Lowe N. , *The Meaning and Allocation of Parental Responsibility—A Common Lawyer's Perspective* cit., pag. 209.

modo, vista anche la grave instabilità che caratterizza le famiglie ricostituite, di incorrere in un'eccessiva espansione del meccanismo di genitorialità multipla con successiva deresponsabilizzazione dei legittimi titolari.

5. Diritti di visita. Il *contact order*

Nell'attuale impianto del *Children Act* del 1989, i diritti di visita sono appannaggio di un numero imprecisato di individui. In origine erano stati progettati soltanto a favore dei genitori non affidatari, ma progressivamente sono stati estesi anche ai non genitori, i nonni *in primis*⁷⁶. Possono conseguire il relativo provvedimento non solo i genitori ma anche i *guardians* e quelle persone motivate a richiedere un *residence order*. Vigge inoltre, anche in questa materia, la clausola generale secondo cui chiunque può richiedere alla corte l'autorizzazione alla consegna dell'istanza.

Il provvedimento mediante il quale i giudici intervengono a riconoscere e disciplinare le modalità di esercizio del diritto di visita è il *contact order*, con il quale si richiede al titolare dell'affidamento “di permettere al bambino di visitare, intrattenersi o mantenersi altrimenti in contatto con la persona individuata dall'ordinanza”⁷⁷. Il *contact order* garantisce, cioè, il permanere di un rapporto fattuale, diretto o indiretto, con il minore. Esso non ricomprende il potere di prender parte alle scelte per lui più significative, né quello di adire l'autorità

⁷⁶ Per un esame della disciplina vigente in materia di diritti di visita prima dell'entrata in vigore del *Children Act* 1989, cfr. Maidment, *Child Custody and Divorce. The Law in Social Context*, cit., pp. 40-42.

⁷⁷ *Children Act* 1989, sezione 8, paragrafo 1.

giurisdizionale ove siano state assunte decisioni pregiudizievoli al suo interesse⁷⁸.

Tali poteri costituiscono prerogativa esclusiva della responsabilità genitoriale.

Nondimeno, si è scritto, il contenzioso relativo al riconoscimento del diritto di visita simboleggia le difficoltà di assestamento successive al divorzio in maniera superiore a quello relativo all'affidamento. Principalmente nei casi in cui il genitore affidatario abbia nel frattempo istituito una nuova relazione, il diritto di visita del precedente compagno interferisce con le esigenze di ripristino della normalità del nuovo nucleo familiare. In particolare, le madri, spesso pronte ad astenersi alle erogazioni economiche a favore dei figli pur di non acconsentire ad un tale riconoscimento, acquistano maggior sicurezza dal sostegno finanziario fornito dal nuovo *partner* e questo tende ad ampliare il loro desiderio di troncare definitivamente con il passato.

Per quanto concerne i diritti di visita dei genitori biologici, tale esigenza contrasta con la presunzione secondo la quale la compagnia di un genitore è, in circostanze ordinarie, di così immenso significato per il bambino da poter essere considerata un diritto fondamentale⁷⁹.

⁷⁸ È possibile opporsi alle decisioni assunte nei confronti del minore dai titolari della responsabilità genitoriale mediante due ulteriori istituti presenti nell'ordinamento in esame. Trattasi della *Wardship*, mediante la quale il minore è posto sotto la tutela della corte che assumerà tutte le decisioni più rilevanti per il suo interesse, e *Inherent Jurisdiction*, per via della quale si rimette alla corte adita la determinazione di una specifica questione inerente il minore. La legittimazione attiva è generale, con la sola eccezione delle autorità locali. Tuttavia gli istituti hanno valenza residuale, essendone ammesso il ricorso solo nei casi in cui gli strumenti predisposti dal *Children Act* 1989 non siano idonei a sopperire allo scopo. Cfr. Herring J., *Family Law*, op. cit., pp. 435-440.

⁷⁹ *M v M* (1973), cit., pag. 85; in argomento cfr. anche Standley F., *Family Law*, cit., pp. 256-261.

Di qui la generale riluttanza delle corti a lasciarsi persuadere dall'implacabile ostilità, come viene definita, del genitore affidatario che irragionevolmente si oppone alla pronuncia di un *contact order* a favore dell'ex *partner*. Cosicché il diritto di visita del genitore biologico viene generalmente riconosciuto ed anzi si ammette, sebbene come estrema *ratio*, che laddove il genitore affidatario ne ostacoli o impedisca l'esercizio la corte potrebbe anche decidere di togliergli l'affidamento.

L'ostilità gratuita del genitore affidatario deve essere distinta dal timore che la relazione possa nuocere al bambino. Il problema si pone, in particolare, rispetto ai casi di violenza domestica o abuso sessuale. Non esiste un orientamento giurisprudenziale consolidato contrario al riconoscimento dei diritti di visita in tali circostanze. Con la conseguenza che *contact orders* sono stati sovente pronunciati, sebbene nella forma di contatto indiretto - e cioè a mezzo lettere, telefonate, cartoline - o imponendo che le visite avessero luogo alla presenza di un terzo. Contro le critiche sollevate dalla dottrina, secondo cui si è addivenuti all'imposizione di criteri troppo rigidi ai fini del diniego dei diritti di visita, la giurisprudenza ha sostenuto l'alta desiderabilità del contatto indiretto, in tali casi, onde permettere al minore di crescere nella consapevolezza delle proprie origini e, soprattutto, dell'amore e dell'interesse del genitore assente, anche ai fini di un ristabilimento del contatto diretto⁸⁰.

⁸⁰ Un'ampia analisi di questa materia, elaborata dal *Children Act Sub-Committee of the Advisory Board on Family Law*, è stata utilizzata dalla *Court of Appeal* nelle pronunce *Re L, V, M and H (Children)*(2000) EWCA Civ 194 (19th June, 2000) ed è, assieme a queste ultime, consultabile sul sito www.bailii.org

Alla luce di tale orientamento, appare singolare la sia pure sporadica disponibilità delle corti a disconoscere il diritto di visita del genitore non affidatario quando esso rischi di destabilizzare il nucleo familiare ricostituito. In *Re B* (1997)⁸¹ la *Court of Appeal* ritenne di dover dare credito alle minacce di uno *stepfather* di abbandonare la moglie e lo *stepchild* se il padre avesse conseguito il *contact order*. Nel corso del procedimento era stato infatti ampiamente provato che tale attitudine risultava diffusa tra i membri della comunità asiatica cui l'uomo apparteneva. In questo caso il padre avrebbe potuto esercitare il suo diritto di rado: tale circostanza ha avuto indubbiamente un peso determinante nella decisione dei giudici di non pronunciare il *contact order*. Può inoltre osservarsi come l'orientamento sembra risultare coerente con quello affermatosi nei procedimenti relativi all'affidamento dei figli. Il *case law* evidenzia che le *chances* di conseguire l'affidamento aumentano se il genitore biologico ha un rapporto stabile con una persona disposta e capace di prendersi cura del minore. Parallelamente, tali *chances* si riducono ove lo *stepparent* risulti decisamente inidoneo a svolgere tale ruolo⁸².

Incoraggiare il minore a crescere in un nucleo domestico solido sembra confliggere con il dato empirico che vede le famiglie ricostituite caratterizzate da una rilevante temporaneità. Tale instabilità trova conferma nella legittimazione degli *stepparents* a presentare istanza per un *contact order*. Non esistono

⁸¹ *Re B* (1997) EWHC Admin 547 (11th June, 1997) in www.bailii.org

⁸² Hudson K.R., *The New Partner after Divorce*, in *Family Law*, February, 1998, pag. 68. Per alcuni *leading cases* in materia, cfr. *Allen v Allen* (1974), in *All England Law Reports*, 3, 1974, pp. 385ss.; *Re F (An Infant)* (1969), in *All England Law Reports*, 2, 1969, pp. 776ss. Per alcune più recenti applicazioni, si rinvia, invece, a *Re T (A Minor)* (1998) EWCA Civ 893 (22nd May, 1998) e *Re R (A Minor)* (1996) EWCA Civ 584 (16th August, 1996) in www.bailii.org

nell'ordinamento giuridico inglese precedenti giurisprudenziali a favore dell'individuazione dei diritti di visita di questi ultimi. Mentre il diritto di visita del genitore biologico risponde alla basilare esigenza di ciascun ragazzo di crescere nella consapevolezza delle proprie origini, tali analisi non si rilevano rispetto al genitore sociale. Ne consegue che quest'ultimo avrà l'onere di provare che il provvedimento risponde concretamente all'interesse del minore.

Le possibilità di buona riuscita dell'istanza presentata dallo *stepparent* non riposano unicamente sulla profondità del vincolo di genitorialità psicologica instaurato. Tra la pluralità di fattori che le corti sono tenute ad esaminare, vi è l'esigenza di tutelare la solidità del mondo affettivo dell'adottato. Questi limiti sono alla base dei contrasti rinvenibili in seno alle pronunce della *Court of Appeal*.

Giunta ad ammettere il diritto di visita di uno *stepfather*, sebbene la madre affidataria avesse ripreso la convivenza con il padre del minore (*Re H* 1994)⁸³, la stessa corte si è opposta alla decisione di un *contact order* nel caso in cui la madre, dopo lo scioglimento del matrimonio dallo *stepfather*, aveva fissato una convivenza dapprima con il padre della bambina e successivamente con un nuovo *partner* (*Re C* 1992). Nella prospettiva della *Court of Appeal*, in tali circostanze, l'identificazione del diritto di visita dello *stepfather* non poteva ritenersi adatta all'interesse del minore, essendo troppo elevato il rischio di causare disordine ed indeterminatezza di ruoli nella vita del bambino.

⁸³ La sentenza è commentata in Wiertz-Wezenbeek, *Visitation Rights of Nonparents in England and the Netherlands*, in *Family Law Quarterly*, 31(2), 1997, pag. 373.

6. Espatrio e cambiamento del cognome

L'autonomia dei singoli nell'esercizio della responsabilità genitoriale si scontra col limite delle risoluzioni di maggior importanza per il benessere del minore, per le quali la legge prescrive l'accordo di tutti i soggetti titolari della responsabilità o l'autorizzazione della corte. Tra le questioni oggetto di maggiore discussione acquistano specifico rilievo, in riferimento alle famiglie ricostituite, il problema dell'espatrio e la modifica del cognome del bambino.

Nel primo caso, la giurisprudenza si è trovata a valutare l'opportunità di permettere al genitore affidatario di trasferirsi risolutivamente all'estero con il minore, al fine di convivere con il nuovo *partner*. Quando il genitore non affidatario abbia ottenuto il riconoscimento del diritto di visita, è chiaro come un provvedimento in tal senso ne frustri l'esercizio, con violazione del diritto alla propria vita privata e familiare riconosciuto dall'art. 8 della Convenzione Europea per i diritti umani. Diritto del quale, nondimeno, lo stesso genitore affidatario è titolare. Di conseguenza, le corti hanno affermato che quest'ultimo debba considerarsi legittimato a scegliere il luogo di residenza dei propri figli e che tale scelta non sia discutibile, a meno che non risulti chiaramente incompatibile con il benessere del minore. Così, laddove la richiesta sia razionale e non presentata al solo scopo di concludere qualsiasi rapporto tra il minore e il genitore non affidatario, essa deve essere accordata. Parte della dottrina ha disapprovato tale

posizione, accusando le corti di essere smisuratamente disposte a favorire i sentimenti egoistici delle madri e dei secondi coniugi⁸⁴.

Più complessa è la problematica relativa al cambiamento del cognome del minore. In Inghilterra è prassi largamente estesa che la moglie e i figli adoperino il cognome del marito ma nessuna normativa impone che alla nascita il minore debba essere registrato in tal modo. La madre e, se ha la responsabilità genitoriale, il padre sono liberi di preferire qualsiasi cognome da scrivere sul certificato. Tuttavia, la giurisprudenza⁸⁵ ha affermato che l'unico cognome legalmente pertinente è quello attraverso il quale il bambino è solitamente conosciuto e che non deve corrispondere necessariamente con quello registrato alla nascita. È possibile utilizzare nella quotidianità un cognome dissimile da quello che c'è sul certificato, in quanto quest'ultimo non può essere modificato.

Ne consegue che il mutamento del cognome di un bambino non è una questione giuridica ma di pratica sociale. Se, in seguito alla conclusione della convivenza o del divorzio, la madre instaura una nuova relazione, è piuttosto comune che essa acquisti il cognome del nuovo *partner*. Se ha l'affidamento dei figli, vorrà variare anche il loro cognome. Tanto per la madre, quanto per lo *stepfather*, tale cambiamento si carica di elevato valore simbolico ma risponde anche all'esigenza pratica di sottrarre spiegazioni alle autorità amministrative, scolastiche e sociali sulla diversità dei cognomi tra i componenti la famiglia.

⁸⁴ Secondo la visione accettata dalla giurisprudenza, obbligare la madre affidataria a risiedere lontano dal proprio compagno, laddove questi sia bloccato all'estero per ragioni di lavoro, sembrerebbe una restrizione troppo onerosa.

⁸⁵ Re T (Otherwise H) (An Infant)(1962), in All England Law Reports, 3, 1962, pag. 970.

Queste necessità sono in conflitto con quelle del padre, il quale tende ad intendere la modifica come rivolta a cancellare le tracce del proprio vincolo biologico con il figlio.

Il *Children Act* del 1989, anche grazie a decisioni giurisprudenziali volte a colmare le mancanze⁸⁶, ha imposto l'accordo del genitore non affidatario e di qualsiasi altro soggetto dotato di responsabilità al fine di ottenere la modifica. Altrimenti sarà, anche in questo caso, necessaria l'autorizzazione dei giudici. Questi, dopo anni di ostilità giurisprudenziali relative alla definizione della reale importanza che ha il cognome come segno distintivo e l'effettiva idoneità di un cambiamento atto a caldeggiare il benessere del minore⁸⁷, si rivelano particolarmente restii a concedere l'autorizzazione. Considerando l'attuale diffusione delle famiglie ricostituite, si argomenta che la difformità tra i cognomi non può più ritenersi fonte di imbarazzo o disagio nei rapporti con i terzi. Inoltre, legittimando tale modifica, si rischia di ingenerare confusione nel minore laddove la madre instauri in seguito una nuova relazione cambiando il proprio cognome nuovamente.

⁸⁶ Freeman, *Disputing Children*, in Beekelaar, Maclean, *Cross Currents: Family Law and Policy in the United States and England*, Oxford, 2000, pp. 455-456; cfr. anche l'intervento della House of Lords nel caso Dawson v Wearmouth (1999), in *All England Law Reports*, 2, 1999, pp. 353ss.

⁸⁷ Per le posizioni che tendevano a negare l'opportunità della modifica, v.: *Y v Y* (1973), in *All England Law Reports*, 2, 1973, pp. 574ss; *W v A* (1981), in *All England Law Reports*, 1981, pp.100ss. La si è ammessa, invece, in *R (BM) v R (DN)* (1978), in *All England Law Reports*, 2, 1978, pag. 33ss.; *D v B* (1979), in *All England Law Reports*, 1, 1979, pag. 92ss. Una ricognizione dei più significativi casi giurisprudenziali precedenti l'entrata in vigore del *Children Act 1989* la si rinviene in Maidment, *Stepparents and Stepchildren: Legal Relationships in Serial Unions*, op. cit., pp. 422-426.

A fronte di queste valutazioni resta tuttavia il fatto che, se il cognome è una questione di pratica sociale, il mancato conseguimento degli assenti non impedisce al genitore affidatario di ottenere una modifica fattuale, sebbene illegittima. Infatti la maggior parte dei casi nei quali i giudici si trovano a dover intervenire non riguardano richieste di autorizzazione da parte della madre affidataria bensì richieste di reimposizione del cognome originario da parte del padre. Sulla base dell'assunto che pervenire ad un ulteriore cambiamento non risponda all'interesse del minore in quanto idoneo ad ingenerare problemi di identità, le corti tendono in tali casi a sanzionare la situazione fattuale, soprattutto se tra la modifica e la presentazione dell'istanza sia intercorso un arco di tempo rilevante⁸⁸. È indubitabile come questa posizione finisca col privare di qualsiasi forza vincolante il dettato normativo, a conferma della dubbia capacità delle corti di affrontare un'usanza così profondamente radicata nel tessuto sociale. Come sostiene Maidment⁸⁹, “sebbene i cognomi non abbiano rilevanza giuridica essi hanno un grande significato sociale e in qualunque senso vadano le norme, dalla parte del padre o dello *stepfather*, ci sarà sempre insoddisfazione. È a dir poco sorprendente che una così importante questione di politica sociale, che simboleggia l'intero processo di ricostruzione della famiglia a seguito del divorzio, debba essere rimessa ai giudici.”

⁸⁸ Per un'applicazione giurisprudenziale, si rinvia a *Re T (Minors)* (1998) EWCA Civ 854 (19th May, 1998) in www.bailii.org. Ma per un caso difforme si veda *Re C (A Child)* (1999) EWCA Civ 1746 (2nd July, 1999) in www.bailii.org, ove, a fronte dell'istanza presentata da un padre onde reimporre al figlio il cognome originario, la *Court of Appeal* ha confermato la sentenza del giudice di primo grado che aveva preferito addivenire ad una terza modifica.

⁸⁹ Maidment, *Child Custody and Divorce: The Law in Social Context*, cit., pag. 54.

7. Mantenimento dello *stepchild*

Attraverso il *Child Support Act* del 1991, come emendato dal *Child Support Act* del 1995 e dal *Child Support, Pensions and Social Security Act* del 2000, il legislatore ha condotto una risolutiva riforma della disciplina attinente agli obblighi di tutela del genitore non affidatario⁹⁰ (secondo la definizione normativa *non resident parent*)⁹¹. Prima di tutto si è assegnata la competenza a specificare le somme da questi dovute, nonché a garantirne l'effettiva erogazione, ad un ente amministrativo: la *Child Support Agency*. Il ruolo delle corti ha acquistato così carattere marginale. Si è previsto che l'importo di tale assegno periodico debba essere definito sulla base di percentuali di reddito netto del *non*

⁹⁰ Genitori, per le leggi in esame, sono quelli biologici, a prescindere dal conseguimento della responsabilità genitoriale, quelli adottivi, nonché quelli considerati tali dallo *Human Fertilisation and Embryology Act* 1990. Quest'ultimo testo normativo, con cui si è intervenuti a disciplinare la travagliata materia della fecondazione assistita e della maternità surrogata e portante, stabilisce che, nel primo caso, madre dovrà ritenersi colei che ha portato avanti la gravidanza mentre padre sarà il marito di lei (a meno che non avesse negato il proprio assenso al trattamento) o il compagno (non si richiede però il presupposto della convivenza). Nei casi di maternità surrogata e portante, invece, posto che non sussista violazione delle norme di cui al *Surrogacy Arrangements Act* 1985, genitori saranno i coniugi committenti nel caso in cui abbiano conseguito un *parental order*, altrimenti sarà madre colei che ha portato a termine la gravidanza e il bambino avrà un padre, quello genetico, solo nei casi di madre in affitto.

⁹¹ Herring J., *Family Law*, op. cit., pp. 151-219; Robinson M, Smith D., *Step by Step. Focus on Stepfamilies*, Harvester, 1993, pp. 113-118.

*resident parent*⁹², fissate legislativamente al fine di impedire l'esercizio di qualunque forma di discrezionalità durante il procedimento.

Nella definizione del *quantum debeat* non assume importanza il reddito del genitore affidatario. Tale soluzione segna il superamento dell'impostazione previgente ed introduce un senso di responsabilità per le azioni individuali a prescindere dal concreto esercizio della genitorialità e, a maggior ragione, delle risorse economiche del genitore affidatario.

Il legislatore ha scelto una formula che renda ovvie le conseguenze economiche della genitorialità e le coppie più giudiziose nelle decisioni. Ovviamente, il reddito del nuovo *partner* del genitore affidatario ricade sull'assegno di mantenimento dovuto al *non resident parent*. Tuttavia il legislatore ha considerato che uno *stepchild* partecipi automaticamente al contributo economico fornito dallo *stepparent* a supporto della famiglia. Tale apporto, solitamente percepito come osservanza di un dovere morale, può ritenersi un obbligo nei casi in cui il genitore sociale consegua la responsabilità del minore. Muovendo da tale consapevolezza il legislatore ha cercato di addivenire ad un bilanciamento economico tra le esigenze delle prime e delle seconde famiglie,

⁹² Il reddito netto è quello che si ricava a seguito della deduzione dal reddito lordo complessivo, che è solo quello derivante dallo svolgimento di attività lavorativa, degli importi dovuti a titolo di tasse, assicurazioni obbligatorie e contributi previdenziali. Il *Child Support, Pensions and Social Security Act 2000* prevede che laddove il *non resident parent* abbia un reddito settimanale netto superiore a £ 200, egli debba destinare il 15% al mantenimento del figlio. Se i bambini sono due la somma percentuale sale al 20% e se sono tre o più al 25%. Tali percentuali si riducono progressivamente per chi abbia un reddito inferiore alle £ 200, fino ad addivenire al totale esonero dei nullatenenti. A prescindere dal reddito, ulteriori riduzioni delle percentuali dovute si prevedono nei casi in cui il minore pernotti presso il genitore non affidatario per almeno 52 notti nel corso dell'anno.

prevedendo che il reddito netto del *non resident parent*, sulla base del quale calcolare gli importi periodici dovuti, debba essere ridotto in presenza di figli o *stepchildren* residenti con lui, anche qui secondo parametri legislativamente fissati⁹³. Si riconosce infine al genitore non affidatario la facoltà di ricorrere ad un tribunale speciale, per discostarsi dai risultati conseguenti l'applicazione della formula, nei casi in cui egli debba sostenere particolari spese per i propri *stepchildren*.

Gli accordi relativi al divorzio – che le corti hanno incoraggiato favorendo il ricorso alla mediazione nei relativi procedimenti - possono essere recepiti in provvedimenti giurisdizionali (*consent orders*). Diversamente, saranno supportati dalla disciplina dei contratti.

Qual che ne sia la fonte, nell'ottica del legislatore, sono dunque i genitori i principali responsabili del mantenimento del minore, anche laddove quest'ultimo, a seguito dello scioglimento del matrimonio o della cessazione della convivenza, sia entrato a far parte di una famiglia ricostituita. In un sistema che opta per la genitorialità multipla, il legislatore non poteva non prevedere la possibilità di imporre un obbligo di mantenimento anche a quei terzi che esercitino la genitorialità sociale.

E' infatti questo uno dei settori in cui si riepande la competenza residuale delle corti. Ai sensi del *Matrimonial Causes Act 1973*, del *Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978* e del *Children Act 1989*, esse hanno il potere di imporre obblighi di mantenimento in capo a qualsiasi persona

⁹³ La presenza di minori che risiedono con il *non resident parent* riduce il reddito settimanale netto del 15%, nel caso di un solo bambino, del 20%, se i minori sono due, e del 25% se sono tre o più.

abbia trattato il minore come *child of the family*; potere che sussiste tanto in costanza di matrimonio, laddove il coniuge trascuri di provvedere ai bisogni del minore, tanto in caso di separazione, divorzio o annullamento. Il fatto che il minore sia stato trattato come *child of the family* costituisce presupposto necessario ma non di per sé sufficiente ai fini dell'attribuzione di un obbligo di mantenimento.

A tale scopo, le corti dovranno innanzitutto accertare se lo *stepparent* avesse in precedenza effettivamente mantenuto il minore, determinando in tal caso il *quantum* versato, e il periodo a partire dal quale egli aveva declinato tale responsabilità. Come chiarito dalla giurisprudenza⁹⁴, in mancanza di un'espressa dichiarazione contraria, la contribuzione al mantenimento dello *stepchild* si presume dal pagamento delle spese necessarie al soddisfacimento dei bisogni del nucleo familiare, anche nei casi in cui il minore possa contare sulla disponibilità di altre risorse. Dovrà però considerarsi anche se, nell'assumere e disconoscere tale responsabilità, il coniuge avesse agito nella consapevolezza che il minore non fosse suo figlio. Il fatto che un marito provveda a mantenere un bambino nell'erronea convinzione di esserne il padre, disinteressandosi poi delle sue sorti una volta accertata la verità sulle sue origini, non osta di per sé alla qualificazione del minore come *child of the family*.

Nondimeno, nel caso in cui tale erronea convinzione sia stata frutto dell'inganno perpetrato dalla moglie, l'imposizione di un obbligo di mantenimento potrebbe apparire profondamente ingiusta. La legge statuisce

⁹⁴ Snow v Snow (1971), in All England Law Reports, 3, 1971, pag. 848; Roberts v Roberts (1962), in All England Law Reports, 2, 1962, pag. 969.

tuttavia che, nei procedimenti in esame, il benessere del minore debba essere la suprema considerazione delle corti. Ne consegue che laddove non sussistano persone responsabili e in grado di provvedere ai suoi bisogni – dovendosi ricomprendere nel novero di soggetti responsabili anche chiunque avesse in precedenza trattato il minore come *child of the family*⁹⁵– i giudici potranno imporre un obbligo di mantenimento anche al coniuge ingannato circa la sua paternità⁹⁶.

In tal modo, la normativa in esame si rivela coerente con la *ratio* del *Child Support Act* 1991, che individua i genitori quali principali responsabili del mantenimento dei figli, ma ne completa la disciplina garantendo che in assenza di genitori in grado di far fronte alle esigenze del minore vi sia sempre qualcuno tenuto ad assicurargli una fonte di sostentamento.

Laddove le corti concludano a favore dell'imposizione di un obbligo di mantenimento allo *stepparent*, esse potranno disporre l'erogazione di versamenti periodici (*periodical payments*) o di una somma *una tantum* (*lump sum order*). Quest'ultimo provvedimento si considera particolarmente opportuno quando il rapporto tra lo *stepparent* e lo *stepchild* sia destinato a non avere alcun seguito, come tendenzialmente si verifica nei casi di disconoscimento della paternità.

Durante le procedure per la separazione, il divorzio o l'annullamento del matrimonio, nonché in quelle relative alla pronuncia, modifica o revoca di un *residence order*, si espande ancora il potere delle corti di proseguire ad una

⁹⁵ *Snow v Snow* (1971), cit., pp. 833ss.; *Bowlas v Bowlas* (1965), in *All England Law Reports*, 3, 1965, pag.45; *Roberts v Roberts* (1962), cit., pp.970-971.

⁹⁶ *W (RJ) v W (SJ)* (1971), in *All England Law Reports*, 3, 1971, pp. 303 ss.

distribuzione della proprietà tra i coniugi (*property orders*) o al passaggio di beni a favore del minore, mediante *statutory trusts*.

8. Profili di diritto successorio

È da rinvenire nell'autonomia dispositiva dei privati il principale mezzo per il riconoscimento delle aspettative successorie degli *stepchildren*. L'ordinamento giuridico britannico si distingue per un'assistenza estesa della libertà dei singoli nel disciplinare la devoluzione *mortis causa* dei beni. Si tratta di un obiettivo raggiunto non solo attraverso la previsione di una quota di riserva, bensì mediante l'individuazione dell'eventualità di ricorrere ad accordi negoziali *inter vivos*. Più che con il testamento, poco appetibile a causa dell'onerosità fiscale e delle sue formalità, è attraverso i *discretionary trusts* o la *joint ownership*⁹⁷ che la maggior parte delle famiglie inglesi si preoccupa della devoluzione del patrimonio familiare. Si ricordi che gli stessi accordi paramatrimoniali, di convivenza e i *maintenance agreements* – stipulati al fine di pensare ai bisogni della prole – sono capaci di accogliere clausole contemplanti l'eventualità del decesso del *partner* o del genitore.

L'importanza di questi istituti emerge nel momento in cui si esaminano le norme relative alla successione intestata ignorano la realtà delle famiglie

⁹⁷ La *joint ownership* consente, in caso di decesso di uno dei contestatari di un bene, di trasferire automaticamente la sua quota al sopravvissuto senza necessità di aprire alcuna procedura successoria. Nelle famiglie con redditi non troppo elevati, esso viene preferito al *trust* al fine di definire i criteri di devoluzione della casa familiare. In argomento, Panforti, *Privilegio ed eguaglianza nell'evoluzione del modello familiare di common law. Riflessioni comparative sulla trasmissione intergenerazionale dei beni*, in *Famiglia*, 2002, pp.434-435. Con specifico riguardo al modo in cui il *trust* opera nell'allocazione della ricchezza familiare, si rinvia a Herring J., *Family Law*, cit., pp.126-133.

ricostituite e producono risultati a dir poco discutibili. Risale infatti all'*Administration of Estates Act* del 1925 l'introduzione della regola secondo cui il coniuge del *de cuius* debba ricevere una quota di importo indipendente dal valore dell'asse ereditario, che finisce col corrispondere con la quasi totalità del patrimonio stesso⁹⁸. Ai figli spetta il rimanente. Solo in assenza del coniuge si presume che l'eredità debba essere devoluta ad essi per intero⁹⁹. Tale impostazione, ritenuta maggiormente adatta al sentire sociale, non pregiudica in linea di principio i diritti della prole nei casi in cui il coniuge più longevo sia anche loro genitore. Quest'ultimo, infatti, dovrà comunque provvedere al loro mantenimento, quantomeno nel corso della minore età. Alla sua morte saranno proprio i figli ad ereditarne i beni. È chiaro, però, che tali discussioni non risultano valide nell'ambito delle famiglie ricostituite, laddove il coniuge erede sia, rispetto ai figli del *de cuius*, un *stepparent*. Egli potrebbe non sentirsi vincolato a collaborare al loro mantenimento, sebbene una rivendicazione in tal

⁹⁸ Se l'ereditando lascia figli o loro discendenti, al coniuge spetta uno *statutory legacy* di importo pari a £ 125.000 e un *life interest* su metà del patrimonio residuo. L'altra metà spetta alla prole o ai discendenti di questa. In assenza di prole, se all'ereditando sopravvivono i genitori, i fratelli o i discendenti dei fratelli, al coniuge spetta uno *statutory legacy* di £ 200.000 e un *absolute interest* su metà del patrimonio residuo. In ogni caso, egli avrà diritto ai beni strettamente personali del *de cuius*. Se nessuno dei parenti sopra elencati sopravvive all'ereditando, al coniuge spetta l'intero patrimonio. Sulla nozione di *interest*, v. de FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, Milano, 1984, pp. 280,854-859, 959.

⁹⁹ In assenza sia del coniuge che della prole, l'*Administration of Estates Act* 1925 prevede che il patrimonio ereditario debba essere devoluto secondo il seguente ordine: 1) genitori; 2) fratelli germani; 3) fratelli consanguinei o uterini; 4) nonni; 5) zii (che siano fratelli germani dei genitori dell'ereditando); 6) zii (che siano fratelli consanguinei o uterini dei genitori dell'ereditando). In mancanza, l'intero patrimonio sarà devoluto alla Corona, la quale potrà attribuirlo in parte a persone che non rientrano nell'elencazione legislativa. Si tratta di un potere generalmente utilizzato a favore dei conviventi. Herring J., *Family Law*, cit., pag.575.

senso potrebbe presentarsi nei casi in cui avesse conseguito l'affidamento. A fronte del suo decesso, la prole del coniuge deceduto, per primo, non potrebbe far valere alcun diritto nei confronti del suo patrimonio, nonostante questo risulti per la maggior parte costituito dei beni del proprio genitore. A tutto vantaggio dei figli del coniuge più longevo, cui l'eredità sarà devoluta per intero.

La predilezione permessa ai diritti successori del coniuge sottolinea per di più come le norme non conoscano la realtà delle convivenze *more uxorio*. In tali contesti, sarà la prole ad ereditare l'intero patrimonio, con buona pace delle aspettative non solo degli *stepchildren* ma particolarmente del *partner*.

La disciplina relativa alla successione genera soluzioni totalmente opposte a seconda della situazione di fatto sulla quale va a ricadere, sostenendo precisati soggetti a discapito di altri, senza riuscire ad addivenire ad un effettivo contemperamento degli avversi interessi in gioco. Emerge, più in generale, la dualità esistente tra una legislazione risalente che ancora muove dal postulato della famiglia coniugale indissolubile e che determina l'ordine dei successibili facendo esclusivo riferimento al vincolo di parentela ed una realtà sociale distinta dall'aumentare di modelli familiari alternativi a quello tradizionale ma accomunati dalla percezione della famiglia come nucleo affettivo¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Circa il contrasto esistente tra la struttura rigidamente monista del sistema successorio nel nostro ordinamento e il pluralismo e la complessità della società post-industriale, si rinvia a Scalisi, *Persona umana e successioni. Itinerari di un percorso ancora aperto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, pp. 387 ss. Osserva l'illustre Autore: "la persona umana in quanto tale e i suoi valori sono ben lungi dall'aver trovato il giusto riconoscimento anche in quest'area del diritto privato" e, movendo dalla considerazione delle successioni c.d. anomale, prospetta un regime che individui l'ordine dei successibili in base alle condizioni personali, sociali e patrimoniali di ciascuno ed attribuisca diritti successori anche a persone estranee, quando ad esigerlo siano rapporti preesistenti e particolarmente qualificati con il *de cuius*.

Tuttavia bisogna ammettere che nessun sistema di regole può garantire una risposta adeguata alle molteplici circostanze familiari del tessuto sociale. Muovendo da tale consapevolezza, la scelta del legislatore inglese, inaugurata con l'*Inheritance (Family Provision) Act* 1938 rispetto alla successione testamentaria e con l'*Intestates' Estates Act* 1952 rispetto a quella intestata, si è concretizzata nel ricorso alla discrezionalità dei giudici onde ovviare almeno ai casi di palese iniquità.

Le clausole testamentarie o le norme sulla successione intestata finiscono con il lasciare le persone prive dei mezzi necessari al proprio mantenimento, le corti, su istanza dell'interessato, potranno ricavare dal patrimonio ereditario quanto riterranno ragionevole onde provvedere ai suoi bisogni, pronunciando a tal fine quegli stessi provvedimenti previsti dalla normativa in materia di mantenimento.

Il legislatore individua diverse categorie di soggetti legittimati all'esercizio dell'azione. Tra queste, evidenzia il riferimento a qualunque persona trattata dal deceduto come *child of the family*¹⁰¹. La norma fa riferimento al rapporto instaurato dall'attore con il deceduto, non con entrambi i coniugi. Inoltre

¹⁰¹ Parafrasando la normativa in materia di mantenimento, l'*Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* 1975 richiede, in tali casi, alle corti di prendere in considerazione: a) il modo in cui l'attore era stato o ci si aspettava fosse educato o preparato professionalmente; b) se il deceduto aveva assunto la responsabilità per il mantenimento dell'attore e, in tal caso, l'importo erogato, le ragioni per le quali il deceduto aveva assunto tale responsabilità e il periodo durante il quale l'aveva disconosciuta; c) se, nell'assumere e disconoscere tale responsabilità, il deceduto aveva agito nella consapevolezza che l'attore non era suo figlio; d) l'obbligo di qualsiasi altra persona di mantenere l'attore.

la giurisprudenza¹⁰² ha ritenuto che la legittimazione all'azione sussista anche laddove il rapporto rilevante sia stato instaurato dall'attore solo in età adulta e a prescindere dal fatto che il convenuto avesse contribuito o meno al suo sostentamento. Ciò nonostante, l'espressione si riferisce alle sole famiglie ricostituite coniugali.

Per quanto riguarda gli *stepchildren* di famiglie ricostituite, l'unico appiglio normativo è rappresentato da una norma più generale che era stata ideata per i conviventi. La disposizione abilita all'esercizio dell'azione qualsiasi persona mantenuta dall'ereditando prima del decesso. Si richiede che il contributo versato dal deceduto sia di importo considerevole e rivolto ai bisogni equilibrati dell'individuo.

È una limitazione coerente con quella posta alla discrezionalità dei giudici nella determinazione degli importi erogabili. Non si attribuisce alle corti un generico potere redistributivo in spregio della volontà del testatore o delle norme di legge. Si può solo ricavare dal patrimonio ereditario quanto necessario all'attore per mantenersi in modo dignitoso del secondo le specifiche circostanze¹⁰³. Nell'ambito della successione testamentaria, tale soluzione può

¹⁰² In *Re Callaghan (deed)* (1984), in *All England Law Reports*, 3, 1984, pp. 750ss., la corte accolse l'istanza di uno *stepson* di 47 anni, ravvisando la manifestazione del rapporto di genitorialità psicologica nelle cure che l'attore aveva prestato al deceduto nel corso della sua ultima malattia. V. anche *Re Leach (deceased)* (1985), in *All England Law Reports*, 2, 1985, pag. 672, ove Slade LJ osserva: “ Non vedo ragioni per cui un adulto non possa ritenersi legittimato ai sensi della subsezione, posto che il deceduto abbia (...), assunto il ruolo di genitore verso l'attore con le relative responsabilità e privilegi di questo rapporto. Se le cose seguono il loro normale corso, i privilegi del quasi-genitore ben possono aumentare e le responsabilità diminuire con il trascorrere degli anni”.

¹⁰³ *Re Coventry (deed)* (1979), in *All England Law Reports*, 3, 1979, pp. 819-820.

apparire motivata dall'esigenza di tutelare l'autonomia dispositiva del testatore. Essa perde la sua ragion d'essere¹⁰⁴ nei casi in cui la devoluzione dei beni sia affidata ad un sistema normativo che, per unanime ammissione, è incapace di fornire una risposta adeguata alla pluralità di situazioni familiari odierne.

Nell'ambito delle famiglie ricostituite, in particolare, raramente l'istanza dello *stepchild* sarà finalizzata al conseguimento dei mezzi necessari al proprio sostentamento. La sua sarà una richiesta di giustizia, che muove all'esigenza di un riconoscimento del rapporto di genitorialità psicologica instaurato con il *de cuius*.

¹⁰⁴ Cretney, *Reform of intestacy: the best we can do?*, cit., pag.97.

BIBLIOGRAFIA

Autorino G., Stanzone P., *Le adozioni nella nuova disciplina. Legge 28 marzo 2001, n. 149*, Giuffrè Editore, Milano 2001;

Baviera I., *Diritto Minorile, I soggetti - Le istituzioni, Vol. I*, Giuffrè, Milano 1975;

Cassano G., *Manuale del nuovo diritto di famiglia*, Dedalo, Bari 2003;

Chistolini M., *Motivazioni ed indicazioni nel decreto di idoneità, ovvero l'embricarsi di aspetti giuridici e psicologici nell'operatività*, in *Minorigiustizia*, n. 1, 2003;

Cretney S. M., *Family Law*, 4th ed, London 2000;

Degni F., *Adozione*, in *Nuovo digesto italiano*, UTET, Torino 1937;

Dogliotti M., *Affidamento condiviso e diritti dei minori (Legge 8 febbraio 2006, n. 54)*, G. Giappichelli Editore, Torino 2008;

Dosi G., *L'avvocato del minore*, G. Giappichelli Editore, Torino 2010;

Edwards R., Gillies V., McCarthy JR., *Biological Parents and Social Families: Legal Discourses and Everyday Understandings of the Position of Stepparents*;

Eramo F., *Manuale pratico della nuova adozione. Commento alla legge 28 marzo 2001, n. 149*, Cedam, Padova 2002;

Fadiga L., *L'adozione*, Il Mulino, Bologna 1999;

- Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, Ed. ESI, Napoli 2004;
- Gulotta G., *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico*, Giuffr  Editore, Milano 2002;
- Hoggett B. M., Pearl D., *The Family, Law and Society: Cases and Materials*;
- Hudson K.R., *The New Partner after Divorce*, in *Family Law*, February 1998
- Ivone M. G., *Il modello dell'adozione nel diritto inglese*, in *Rassegna di diritto civile*, 3, 2002;
- Lenti L. *L'accesso alla conoscenza delle proprie origini genetiche nella prospettiva legislativa*, in *Minorigiustizia*, n. 2 1997;
- Lombardi R., Valvo G., *Il percorso istituzionale dell'adozione: realt  e prospettive*, SEAM, Roma 1999;
- Lowe N, Douglas G., *Bromley's Family Law*, 9th ed, London-Edinburgh-Dublin 1998;
- Lowe N., *The Gift/Donation Model Versus the Contract/Services Model – The Changing Face of Adoption in England and Wales over the Last Fifty Years*, in EEKELAAR, NHLAPO, *The Changing Family: International Perspectives on the Family and Family Law*, Oxford 1998;
- Moro A. C., *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, Bologna 2000;
- O'Halloran K., *The welfare of the Child*, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sidney 1999;
- Orsingher L., *L'adozione. Questioni sostanziali, processuali, internazionali, amministrative*, Halley editrice, Avellino 2007;

- Pazè P., *Il mito delle adozioni semplici*, in *Minorigiustizia*, n. 4, 2000c;
- Pazè P., *La stagione delle riforme sbagliate e la crisi delle politiche per i minori*, in *Minorigiustizia*, FrancoAngeli, Milano 1/2003;
- Petrone M., *Il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, Giuffrè Editore, Milano 2004;
- Robinson M, Smith D., *Step by Step. Focus on Stepfamilies*, Harvester 1993;
- Ronfani P., *Conoscenza delle origini e altri problemi dell'adozione sociologica e antropologica*, in *Minorigiustizia*, n. 2, 1997;
- Ruperto C., *Adozione, diritto civile*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1958;
- Russo Ruggeri C., *La datio in adoptionem, II, Dalla pretesa influenza ellenocristiana alla riforma giustiniana*, Giuffrè Editore, Milano 1995;
- Scarpati M., *Enti autorizzati e tribunali per i minorenni: la strana storia dei decreti di idoneità e della trasformazione fattane*, in *Minorigiustizia*, n. 1, 2001;
- Standley F., *Cases and Materials on Family Law*, London 1997;
- Thomas R., *L'adozione nazionale – internazionale in casi particolari ordinaria di maggiorenni procedure ed effetti giuridici aspetti socio-psicologici*, Giuffrè Editore, Milano 2006.

