

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

INTRODUZIONE

Il sistema binario di protezione del minore incentrato sulla dicotomia tra affidamento e adozione (legge n. 184/1983), per come tradizionalmente interpretato, non è in grado di cogliere la complessità del presente e la varietà delle situazioni di disagio familiare suscettibili di pregiudicare il suo interesse. Le difficoltà familiari presentano sempre più spesso caratteri sfumati e intermedi, tali da esigere una riflessione più attenta in ordine alla effettività del sistema di tutela dell'infanzia.

Emblematica è la fattispecie del c.d. semi-abbandono” (permanente o ciclico), di cui il presente studio intende indagare la rilevanza giuridica¹. La locuzione, elaborata dalla giurisprudenza

¹ Come spiegato da un illustre Maestro «il fatto giuridico non è semplicemente il fatto, ma il *fatto che esiste nel e per il diritto*. Nasce così l'esigenza di trascogliere, nella storia umana e nella realtà naturale, gli accaduti che hanno importanza giuridica». Questo significa che lo studio dei fatti «si traduce in ricerca del criterio, per il quale un accaduto assume rilevanza giuridica, mentre innumerevoli altri si disperdono nel fluire della natura e della storia» (così N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, 1-2, p. 4). In questa prospettiva, il fatto assume rilevanza giuridica nel momento logico nel quale un singolo caso può essere collocato entro uno schema normativo (c.d. sussunzione). È solo a valle di un siffatto giudizio classificatorio che il fatto diventa “efficace”: mentre «l'accadere del fatto provoca la sussunzione; (...) questa a sua volta è l'antecedente indeclinabile degli effetti». Sul significato del concetto di rilevanza giuridica v. A. LEVI, *Fatti e rapporti giuridici*, in *Saggi di teoria del diritto*, Bologna, 1924, 107 ss.; SALV. ROMANO, *Osservazioni sulle qualifiche “di fatto” e “di diritto”*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, IV, 1940, p. 150 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 340 ss.: il fatto giuridico «è espressione che, come già è noto, viene per comune accordo riferita al fatto produttivo di effetti giuridici. Che si suole contrapporre, ai fini di una ulteriore chiarificazione del concetto, al mero fatto materiale, privo di qualsiasi effetto giuridico e così rispetto al mondo del diritto irrilevante. Fattispecie ed effetti giuridici costituiscono, dunque, secondo la concezione riferita, i due poli intorno ai quali ruota la dinamica del diritto»; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957, p. 87 ss.; B.

za minorile e dalla dottrina² – e oggi avallata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 183/2023³ – viene riferita a quella molteplicità di situazioni di disagio familiare accomunate da un elemento: gli inadempimenti dei genitori biologici, pur dimostrativi di non idonee capacità di cura e di accudimento, non sono qualificabili né come “abbandono” ex art. 8 della legge n. 184/1983, né come “temporanea” carenza di un “ambiente familiare idoneo” ex art. 2 della legge n. 184/1983. La casistica giurisprudenziale annovera situazioni come quelle dei genitori affetti da tossicodipendenza che alternino periodi di disintossicazione a ricadute; oppure dei genitori affetti da patologie psichiatriche croniche o latenti, che si acutizzano solo in certe situazioni, con oscillazione tra momenti di piena lucidità e capacità di intendere e volere e momenti di incapacità di instaurare stabili relazioni con gli altri. Altre volte le carenze genitoriali non hanno un andamento ciclico, ma lineare nel tempo, con tendenza alla cronicizzazione, essendo imputabili a situazioni di difficoltà economica, di disagio sociale o di malattia, soprattutto mentale.

DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958; C. MAIORCA, voce *Fatto giuridico. Fattispecie*, in *Novissimo dig. it.*, 1961, VII, p. 112 ss.; A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del “fatto” nell’esperienza giuridica*, 1929, ora in *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963, p. 251 ss.; A. FALZEA, voce *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 941 ss., ora in *Id.*, *Ricerche di teoria generale di diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 331 ss.; N. IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, in *Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 104 ss.; A.P. UGAS, *Fatto e dinamica nel diritto*, Torino, 2011; V. SCALISI, *Per un’ermeneutica giuridica “veritativa”*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1266: l’interprete è tenuto a indagare «la carica di valore contenuta nel fatto e alla luce di essa interrogare il testo»; G. VETTORI, *Dovere di verità e pluralismo nel diritto civile*, in *Quad. fiorentini*, 2022, LI, p. 469: «la giuridicità è comprensiva del dato positivo e del dover essere portato dai fatti, osservato in base a ciò che scorre nella vita sociale».

² Per un primo studio sulla fattispecie del semi-abbandono v. A. BATÀ, A. SPIRITO, *Semiabbandono permanente e adozione mite*, in *Fam. e dir.*, 2003, 9, p. 301 ss.; F. LONGO, *Stato di abbandono del minore: una nozione da rimeditare?*, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 695 ss.; F. ASTIGGIANO, *Riflessioni in tema di stato di abbandono del minore*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 168 ss.; M. RENNA, *Forme dell’abbandono, adozione e tutela del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 1366 ss.; A. THIENE, *Semiabbandono, adozione mite, identità del minore. I legami familiari narrati con il lessico europeo*, in *Fam. dir.*, 2020, 11, p. 1067 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 830 ss.; C. SARTORIS, *La tutela del minore nelle ipotesi di c.d. semi-abbandono permanente*, in C. Angiolini, D. Santaripa, *La fattispecie «liquida»: quattro casi sintomatici*, Napoli, 2023, p. 105 ss.

³ Cfr. Corte Cost., 28 settembre 2023, n. 183, in *Foro it.*, 2023, 12, I, p. 3302.

In tutte le evocate situazioni, la oggettiva incapacità genitoriale di adempiere adeguatamente ai propri doveri non implica, necessariamente, la carenza di qualsivoglia legame affettivo con la prole. Per quanto non adeguati, questi genitori spesso dimostrano un attaccamento suscettibile di essere preso in considerazione e salvaguardato, ove conforme all'interesse del minore. Come più volte rilevato anche dalla Corte Edu⁴, proprio la positività di tale rapporto merita di essere promossa attraverso la individuazione di misure idonee a proteggere il minore nel rispetto di quel principio di conservazione dei legami familiari valorizzato dalla giurisprudenza alla luce tanto dell'art. 8 CEDU, quanto della *ratio* della legge n. 184/1983.

Il problema è che il sistema normativo vigente presenta una impostazione piuttosto rigida. Come è noto, trattasi di un sistema binario, apparentemente fondato sulla netta distinzione tra due diverse misure di protezione: l'affidamento extra-familiare, per le situazioni di temporanea inidoneità della famiglia a occuparsi della prole; l'adozione c.d. piena per le situazioni di originaria o sopravvenuta mancanza di assistenza morale e materiale. Nel primo caso, il minore viene collocato (preferibilmente) presso una coppia affidataria fintanto che i genitori non recuperino la capacità di assisterlo e di mantenerlo adeguatamente; nel secondo caso, il minore viene inserito in una nuova famiglia e assume un nuovo *status filiationis* a tutti gli effetti, interrompendo ogni rapporto con la famiglia d'origine.

Evidente appare la difficoltà di coniugare l'esigenza di realizzare l'interesse del minore a mantenere un rapporto con i genitori biologici con i rigidi presupposti applicativi delle descritte misure. Da tempo, invero, gli interpreti tentano di prospettare una lettura del sistema normativo all'insegna della costante ibridazione delle tecniche di tutela, al fine di temperare la rigidità della netta alternativa tra affidamento e adozione e offrire risposta adeguata alle situazioni di disagio più sfumate. Molteplici le soluzioni prospettate. La tesi prevalente inquadra il problema del semi-abbandono entro il "sotto-sistema" adozionale. Le alternative elaborate sono le più varie e oscillano tra il tentativo di in-

⁴ Cfr. spec. Corte Edu, 21 gennaio 2014 (ric. n. 33773/11), *Zhou c. Italia*, in *Minorigiustizia*, 2014, p. 268 ss., con nota di F. OCCHIOGROSSO, *Con la sentenza Cedu Zhou contro l'Italia l'adozione mite sbarca in Europa*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 2, p. 155 ss., con nota di A. PASQUALETTO, *L'adozione mite al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo tra precedenti giurisprudenziali e prospettive "de jure condendo"*.

interpretare in maniera più flessibile gli effetti (estintivi) dell'adozione c.d. piena (aperta) e la estensione della nozione di "impossibilità di affidamento pre-adoztivo" contenuta nella disciplina sull'adozione in casi particolari (c.d. mite). Minoritario, ma con interessanti potenzialità, è l'indirizzo che valorizza le norme in materia di affidamento extra-familiare attraverso una modulazione del requisito della temporaneità (affidamento c.d. di lunga durata o forte). Occorre, dunque, mettere ordine tra le varie soluzioni interpretative proposte.

Come si sarà intuito, la specifica questione della tutela dei minori in stato di semi-abbandono costituisce la cartina di tornasole delle tendenze evolutive che stanno interessando la legge n. 184/1983, la sua soluzione non potendo andare disgiunta dalla comprensione delle stesse. Non sorprenderà, pertanto, l'attenzione che verrà dedicata alla analisi dei più recenti orientamenti giurisprudenziali da inquadrare alla luce del sistema. Non senza rilevare e valorizzare le connessioni esistenti tra i vari istituti, secondo una lettura che propone di configurare la tutela del minore in chiave plurale e dinamica.

Se la cifra del post-moderno è il molteplice – come conferma l'esistenza di una pluralità di modelli e di relazioni familiari⁵ – di fronte alla complessità della realtà fattuale una tutela che

⁵ In tema, *ex multis*: L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, p. 6 ss.; F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago delle famiglie*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 4, 514 ss.; P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, 490 (già in *Rass. dir. civ.*, 1988, 601 ss.); N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Famiglia*, 2006, 1, p. 8 ss.; M. GORGONI, *Le formazioni sociali a valenza familiare*, in M. Gorgoni, M. Francesca (a cura di), *Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive*, Napoli, 2009, p. 14 ss.; L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 1105 ss.; P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*, tomo I, *Relazioni familiari, matrimonio, famiglia di fatto*, a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, Milano, 2011, p. 4 ss.; V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, 1043 ss.; F.D. BUSNELLI, M.C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, 767 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Genitori e figli nelle nuove famiglie*, in *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie*. Atti del convegno tenutosi a Genova il 4 maggio 2012, Milano, 2013, 104; A. GORGONI, *Famiglie e matrimonio. Profili evolutivi del diritto europeo*, in *Pers. e merc.*, 2013, 3, p. 241 ss.; ID., *Rapporti familiari tra doveri, diritti e responsabilità: alcuni profili di tutela*, in *Pers. e merc.*, 2021, 1, p. 120 ss.; G. COLLURA, «*Le famiglie degli affetti*» e le nuove genitorialità, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 1, p. 37 ss.; A. GORASSINI, *Relazioni affettive a struttura variabile non frattale: qual è il*

ambisca a essere effettiva non può condurre a esiti di destrutturazione del sistema nel tentativo di una illusoria *reductio ad unum*. Tutto al contrario, come si dimostrerà, all'interprete è richiesto di gestire il pluralismo sociale e giuridico individuando un criterio ordinante che mantenga insieme il molteplice nel rispetto della diversità⁶.

Il criterio idoneo a garantire una tutela effettiva non può che consistere nell'interesse del minore a una serena crescita psico-fisica⁷. È questo il parametro che informa l'intera disciplina in

confine ultimo del concetto giuridico di famiglia? in *Persona e mercato*, 2020, 4, p. 331 ss.

⁶ Illuminanti le parole di un autorevole Maestro: «La complessità non va eliminata, ma illuminata tramite un arricchimento dell'orizzonte ermeneutico e le nuove modalità della conversione del fatto in diritto. Il quale ha lo scopo di dirigere e orientare mentre l'ermeneutica è un'attività complessa. Sicché all'unità del moderno (e della fattispecie) come unico orizzonte di senso si oppone la diversità e il molteplice» (così G. VETTORI, *Dovere di verità e pluralismo nel diritto civile*, cit., p. 467). Si rinvia anche a: V. SCALISI, *Categorie giuridiche e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005; ID., *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della regola giuridica nell'epoca della post-modernità*, Milano, 2012; G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, p. 164-167, secondo il quale il diritto «ci rende liberi dalla prigione della *reductio ad unitatem*», così da rinvenire alternative all'interno di un «ordinamento sempre più complesso» a partire dalle «figure di verità e di certezza che emergono nell'esperienza giuridica»; P. COSTA, *Il "pluralismo" politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in *Quad. fiorentini*, 2021, L, p. 30 ss.; B. PASTORE, *Pluralismo giuridici e trasformazioni del diritto contemporaneo*, *ivi*, p. 400 ss.; P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia tra moderno e postmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, 2021; C. CAMARDI, *La scienza del diritto civile nell'ottica del pluralismo. Note brevi*, in *Quad. fiorentini*, 2022, LI, p. 436 ss.

⁷ Per una prima ricostruzione della clausola dell'interesse del minore v. S. PARKER, *The best interest of the child. Principles and problems*, in P. Alston (a cura di), *The best interest of the child. Reconciling culture and human rights*, Oxford, 1991, p. 26 ss.; P. POLLICE, *L'interesse del minore*, in *Dir. giust.*, 2003, 1, p. 17 ss.; C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di "best interest of the child"*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 981 ss.; M.G. RUO, *The best interest of the child nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Minorigiustizia*, 2011, 3, p. 39 ss.; R. RIVELLO, *L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, in *Minorigiustizia*, 2011, 3, p. 15 ss.; P. MARTINELLI, J. MOYERSON, *L'interesse del minore: proviamo a ripensarlo davvero*, in *Minorigiustizia*, 2011, 3, p. 7 ss.; G. SICCHERO, *La nozione di interesse del minore*, in *Fam e dir.*, 2015, 1, p. 72 ss.; L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 2, p. 98 ss.; ID., *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1, p. 86 ss.; S. SONELLI, *L'interesse superiore del minore. Ulteriori "tessere" per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, in *Riv. trim.*

esame: esso consente di attribuire rilevanza alle esigenze del bambino/a o del ragazzo/a attraverso una valutazione personalizzata delle circostanze del singolo caso concreto, così da garantire le condizioni morali e materiali più adatte alla tutela del suo benessere. Tanto significa che la scelta della misura non può prescindere dall'esame di una serie di elementi, quali la salute fisica e psichica, la sicurezza, la libertà e il diritto all'autodeterminazione, le aspirazioni e inclinazioni, le relazioni affettive in cui il minore è coinvolto.

Ebbene, la tutela effettiva di siffatto composito interesse esige una soluzione plurale e dinamica. Plurale perché tutte le misure esistenti possono concorrere a proteggere il minore secondo un approccio di graduazione e di proporzione. Dinamica perché deve adattarsi al mutare nel tempo dell'età e delle esigenze del minore.

Quanto sin qui osservato dovrebbe già far emergere gli esiti ricostruttivi del presente studio. La rilettura sistematica prospettata, lungi dal mettere in discussione il regime binario vigente, intende evidenziarne le potenzialità in termini di maggior flessibilità e graduazione. A tale esito si perviene seguendo due direttrici complementari. Per un verso, si valorizzerà l'istituto dell'affidamento extra-familiare, vera chiave di lettura a un tempo conservativa ed evolutiva del sistema. Per altro verso, si porranno in luce le connessioni tra quest'ultimo e la disciplina dell'adozione, soprattutto quella c.d. aperta, una volta chiarite le sue caratteristiche. Da questo punto di vista, l'indagine sui rapporti tra affidamento e adozione verrà condotta a trecentosessanta gradi. Occorrerà chiarire come si coordinino tra loro le varie misure adottionali, soprattutto quelle elaborate in sede interpretativa. Si evidenzierà, in questa prospettiva, il legame particolarmente proficuo tra affidamento e adozione c.d. piena e aperta. Quest'ultima, infatti, presenta potenzialità applicative particolarmente interessanti, a differenza dell'adozione c.d. mite; la cui valorizzazione rischia di creare una indebita inversione dei rapporti tra regola ed eccezione nel sottosistema adottionale. Non solo, ma l'indagine si estenderà a considerare anche il ruolo del più risalente istituto dell'adozione del maggiorenne, recentemente sottoposto a nuove spinte evolutive. La valorizzazione della di-

dir. proc. civ., 2018, 4, p. 1373 ss.; M. VELLETTI, *Interesse del minore e genitorialità*, in *Libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, 2018, p. 3 ss.; E. QUADRI, *Una riflessione sull'interesse del minore e la dimensione familiare della sua tutela*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 6, p. 1330 ss.

mensione solidale e assistenziale in cui oggi tende a essere collocato permette di attribuirgli rilevanza giuridica anche ai fini del problema del semi-abbandono, ove opportunamente coordinato con l'istituto dell'affidamento. Tanto nell'idea che la ricerca della misura protettiva più adeguata esiga un continuo coordinamento tra tutte le tutele esistenti e debba essere personalizzata in relazione alle circostanze e caratteristiche di ogni vicenda della vita.

Così interpretato, il sistema normativo fondato sulla dicotomia affidamento/adozione, a dispetto di un'apparenza monolitica, si dimostra ancora in grado di offrire una tutela effettiva.

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX