

Capo V  
***Adozione***  
di Sara Tonolo



## ART. 38

### *Adozione*

*I presupposti, la costituzione e la revoca dell'adozione sono regolati dal diritto nazionale dell'adottante o degli adottanti se comune o, in mancanza, dal diritto dello Stato nel quale gli adottanti sono entrambi residenti, ovvero da quello dello Stato nel quale la loro vita matrimoniale è prevalentemente localizzata, al momento dell'adozione. Tuttavia si applica il diritto italiano quando è richiesta al giudice italiano l'adozione di un minore, idonea ad attribuirgli lo stato di figlio legittimo.*

*È in ogni caso salva l'applicazione della legge nazionale dell'adottando maggiorenne per la disciplina dei consensi che essa eventualmente richieda.*

SOMMARIO: 1. Ambito d'applicazione dell'art. 38. – 2. Aspetti problematici. – 3. La legge applicabile: il criterio della cittadinanza. – 4. Il criterio della residenza comune e il collegamento del luogo in cui la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata. – 5. Applicabilità della legge italiana.

**Legislazione** L. 31.5.1995, n. 218 – l. 22 maggio 1974, n. 357, esecuzione Conv. Strasburgo 24.4.1967 in materia di adozione dei minori – l. 24.10.1980, n. 742, esecuzione Conv. L'Aja 5.10.1961, concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori – l. 4.5.1983, n. 184 – l. 27.5.1991, n. 175, esecuzione Conv. New York 20.1.1989 sui diritti del fanciullo – l. 15.1.1994, n. 64, norme di attuazione Conv. L'Aja 5.10.1961, concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori – l. 28.3.2001, n. 149, "Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, nonché al Titolo VIII del Libro Primo del codice civile".

**Bibliografia** Davi 1981 – Ballarino 1996 – Bariatti 1996a – Bonomi 1996a – Cafari Panico 1996b – Franchi 1996 – Pietrangeli 1997 – Picone 1998 – Ballarino 1999 – Cafari Panico 2001 – Cafari Panico 2002 – Pineschi 2002 – Vismara 2002 – Ricci 2004 – Mosconi e Campiglio 2006 – Tonolo 2007.

#### **1. Ambito d'applicazione dell'art. 38**

La disciplina dell'adozione contenuta all'interno della legge italiana di diritto internazionale privato (artt. 38-41) modifica profondamente la regolamentazione previgente (art. 20, 2° co., disp. prel. c.c.) e si inserisce nel quadro della più complessa regolamentazione dell'adozione disposta dalla **L. 184/1983**, così come modificata dalla **L. 476/1998** in seguito all'adattamento dell'ordinamento

italiano alla **Convenzione de l'Aja del 29.5.1993** per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, e dalla **l. 149/2001** (v. sul punto Cafari Panico 2001, 885 ss.).

L'applicazione delle norme di cui agli artt. 38-41 della l. 218/1995 richiede pertanto una necessaria opera interpretativa di coordinamento con la disciplina complessiva della materia (Mosconi e Campiglio 2006, 114 ss.).

Al riguardo, pare innanzitutto possibile affermare che l'art. 38 regola gli aspetti, classificati in dottrina come requisiti soggettivi (ad es. legame matrimoniale degli adottanti, differenza di età tra adottante e adottato) e oggettivi (ad es. stato di abbandono del minore, affidamento preadottivo), che valgono come condizioni necessarie affinché il procedimento di adozione possa iniziare, e come elementi costitutivi (ad es. il presupposto negativo della mancanza di qualità di figlio naturale di uno degli adottanti in capo all'adottando), cui l'ordinamento individuato dalla norma di conflitto riconduce la possibilità di emanazione dell'atto di adozione (Franchi 1996, 1215 ss.). È prevista inoltre una disposizione speciale relativamente ai consensi richiesti per l'adozione (art. 38, 2° co.).

## **2. Aspetti problematici**

Alcune incertezze riguardano invece la **dichiarazione di adottabilità** del minore. Tale dichiarazione, pronunciata dal Tribunale per i minorenni, costituisce per l'ordinamento italiano un presupposto particolare dell'adozione; essa ha carattere preliminare rispetto al procedimento di adozione ed è quindi difficile individuare la legge ad essa applicabile, perché nel momento in cui viene posta in essere non è ancora possibile conoscere l'identità dei futuri adottanti. Nel vigore del sistema previgente, la soluzione offerta in dottrina per tale questione consisteva nell'applicazione della legge nazionale dell'adottando (Davi 1981, 146 ss.); si tratta però di una soluzione non più attuabile in considerazione del contenuto della disposizione dell'art. 38, 1° co. (v. *infra*, par. 4). Attualmente la soluzione per tale questione può tuttavia essere raggiunta tramite l'estensione dell'art. 37-*bis* della l. 476/1998, ed il conseguente richiamo della legge italiana alla fattispecie della dichiarazione di adottabilità di minori stranieri che si trovino in Italia in situazione di abbandono, di competenza dei giudici italiani secondo quanto prevede l'art. 40 (Ballarino 1999, 478). Ad analoghi risultati si giungerebbe peraltro seguendo l'altra soluzione suggerita al riguardo in dottrina, e cioè considerando la dichiarazione di adottabilità come un istituto di protezione dei minori cui si applicherebbe pertanto la legge di residenza abituale del minore in base a quanto dispone l'art. 42, che richiama in materia la Convenzione de L'Aja del 5.10.1961 sulla protezione dei minori (Bonomi 1996a, 373; Pietrangeli 1997, 579).

L'art. 38 si può inoltre ritenere applicabile a provvedimenti stranieri che

producono effetti analoghi all'adozione, quale ad es. l'istituto islamico della *kafalah* (accoglimento del minore da parte di un affidatario che assume l'obbligo di provvedere al mantenimento, all'educazione e alla protezione dello stesso), secondo un orientamento ormai consolidato (Mosconi e Campiglio 2006, 115), peraltro fondato sui principi della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 (Trib. Min. Trento, decr. 11.3.2002, *RIPP*, 2002, 1056 e ss.; App. Bari, decr. 16.4.2004, *FD*, 2005, 61).

### 3. La legge applicabile: il criterio della cittadinanza

L'art. 38 stabilisce tre criteri di collegamento applicabili alle diverse fattispecie di adozione, ad eccezione dell'adozione legittimante, richiesta al giudice italiano, per la quale è prevista in ogni caso l'operatività della legge italiana dalla disposizione dell'art. 38, 1° co., 2ª parte (v. *infra*, par. 6). Occorre inoltre considerare la possibilità del **rinvio** (art. 13) al diritto italiano, oppure all'ordinamento di uno Stato terzo, ad opera della legge individuata in base all'art. 38, ma solo in relazione alle adozioni di maggiorenni e alle adozioni non legittimanti di minori, dato che in ordine alle adozioni legittimanti resta comunque ferma l'applicazione del diritto italiano (Franchi 1996, 1218).

La **cittadinanza** dell'adottante o degli adottanti, se comune, è il primo criterio indicato dalla disposizione in esame, in conformità all'impostazione generalmente seguita nella nuova legge di diritto internazionale privato che considera la cittadinanza come collegamento principale. Tale criterio è applicabile anche alle adozioni poste in essere da una persona sola, dal momento che, anche se la l. 1983/184 ammette le adozioni di minori da parte di un solo adottante solo in casi particolari e con effetti non legittimanti (sul punto v. Corte cost. ord. 12-27.3.2003, *FD*, 2003, 327, e per un'applicazione di questa disciplina con riguardo a un'adottante italiana, si v. Trib. minorenni Catanzaro 27.9.2004, *RIPP*, 2007, 779 ss.), è possibile che previsioni di segno diverso siano contenute nella legge nazionale o nella legge di residenza dell'adottante (solo per le fattispecie di adozione non legittimante). Ciò anche alla luce della norma dell'art. 6.1 della **Convenzione di Strasburgo del 24.4.1967**, elaborata sotto gli auspici del Consiglio d'Europa in materia di adozione dei minori (in vigore dal 25.8.1976), che consente l'adozione da parte di un solo adottante (Ballarino 1996, 33; Pietrangeli 1997, 581).

Nelle ipotesi in cui l'adottante singolo sia apolide o titolare di più cittadinanze, è comunque possibile individuare la legge applicabile sulla base di quanto dispone l'**art. 19**, e quindi fare riferimento per l'apolide alla legge dello Stato del domicilio o di residenza, e per il pluricittadino alla legge dello Stato con il quale egli ha il collegamento più stretto, oppure, se sussiste, a quella italiana (Franchi 1996, 1211). L'operatività della disposizione dell'art. 19, in base alla quale la cittadinanza italiana prevale in ordine alla disciplina di fattispecie in cui siano coinvolti soggetti con più cittadinanze, potrebbe invece creare al-

cune incertezze applicative in ordine alle adozioni poste in essere da coniugi aventi una comune cittadinanza straniera, pur essendo uno di essi cittadino italiano. La dottrina ha però escluso, in questo caso, la possibilità di preferire la cittadinanza italiana: si applica pertanto il criterio di collegamento della cittadinanza comune in quanto elemento di collegamento più vicino alla materia familiare (Bariatti 1996a, 181 ss.).

Nei casi in cui la cittadinanza conduca a un ordinamento plurilegislativo viene in rilievo l'art. 18, l. 218/1995 (su cui v. Ricci 2004).

#### ***4. Il criterio della residenza comune e il collegamento del luogo in cui la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata***

In mancanza di una legge nazionale comune degli adottanti, operano, in ordine successivo, i criteri di collegamento della residenza comune o del luogo in cui la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata, evidenziando pertanto la caratterizzazione “a cascata” della disposizione dell'art. 38, 1° co., 1ª parte (Picone 1998, 463; Franchi 1996, 1211; Cafari Panico 1996b, 197). Relativamente a tale scelta, si è giustamente osservato che risulta curiosa la previsione della localizzazione della vita matrimoniale come criterio sussidiario rispetto a quello della residenza dei coniugi nello stesso Stato, a differenza di quanto stabilito dall'art. 29 per i rapporti personali tra coniugi (Bonomi 1996a, 367). Tuttavia, in linea generale, è possibile affermare che tale disposizione non produce conseguenze concrete di rilievo, dal momento che nel caso in cui i coniugi risiedano nello stesso paese si deve ritenere ivi localizzata la loro vita matrimoniale.

Alcune **incertezze** potrebbero sorgere invece nelle ipotesi in cui i coniugi abbiano più residenze comuni in Stati diversi, oppure qualora essi siano residenti in paesi differenti. In entrambi i casi, assume rilievo il criterio della localizzazione della vita matrimoniale, nell'individuazione della quale possono concorrere vari indizi, quali ad es. la durata dei periodi trascorsi presso ogni residenza, il carattere eventualmente provvisorio di una residenza, il luogo in cui abitano i figli, ecc. Per i coniugi residenti in Stati diversi, l'accertamento del luogo in cui si svolge la vita familiare diventa più difficile, e basato su indizi di carattere psicologico, come ad es. le prospettive di lavoro dei coniugi, l'esistenza di una casa di proprietà comune o la decisione di acquistarla (v. in generale Vismara 2002, 961 ss.).

Infine, non pare che dalla previsione di tale criterio sia possibile dedurre la circostanza che il nostro ordinamento stabilisca che solo le coppie unite in matrimonio siano idonee ad adottare minori, soprattutto perché tale conclusione sarebbe contrastante con il principio ormai generalmente affermato della necessità di considerare l'interesse del minore (Pineschi 2002, 929; Mosconi e Campiglio 2006, 119). Alla luce di ciò, sembra possibile affermare che il giudice italiano può pronunciare un'adozione a favore di adottanti non coniugati

se così è previsto dalla legge nazionale comune o da quella dello Stato in cui entrambi risiedono (Tonolo 2007, 154 ss.).

### **5. Applicabilità della legge italiana**

L'art. 38 stabilisce l'applicazione della legge italiana

«quando è richiesta al giudice italiano l'adozione di un minore idonea ad attribuirgli lo stato di figlio legittimo»

(art. 38, 1° co., l. 218/1995).

Si tratta pertanto di una disposizione che richiama la disciplina prevista dalla l. 184/83, così come modificata dalla l. 476/1998, in ordine a due gruppi di ipotesi: da un lato le adozioni dei minori stranieri che si trovano in stato di abbandono in Italia e dall'altro le adozioni dei minori stranieri già adottati all'estero o comunque provenienti dall'estero per essere adottati in Italia da parte di coniugi italiani (anche se residenti all'estero) e di coniugi stranieri residenti in Italia. L'esteso ambito d'applicazione della disposizione in esame riduce pertanto notevolmente l'operatività dei criteri di collegamento previsti dall'art. 38, 1° co. (Cafari Panico 1996b, 196 ss.; Picone 1998, 465).

Non pare possibile seguire l'interpretazione secondo cui il rapporto tra le disposizioni contenute nell'art. 38, 1° co., va risolto attribuendo priorità e prevalenza alla norma di conflitto tradizionale (art. 38, 1° co., 1<sup>a</sup> parte), al fine di limitare al massimo l'operatività della c.d. "eccezione" (Pietrangeli 1997, 565 ss.). Si tratta, infatti, di una soluzione contraria alla *ratio* della **disciplina materiale italiana**, rivolta esclusivamente ad evitare che possano pronunciarsi in Italia adozioni legittimanti sulla base di una legge diversa da quella italiana (Picone 1998, 465; Cafari Panico 2002; Pineschi 2002).

Il **coordinamento** tra le disposizioni in esame va dunque raggiunto in altro modo, e cioè attribuendo alle stesse un differente campo d'applicazione che consenta però di raggiungere l'**uniformità di trattamento** tra minori italiani e minori stranieri, prevedendo per tutti la sottoposizione a idonee garanzie (Picone 1998, 467). Appare allora evidente che l'art. 38, 1° co., 1<sup>a</sup> parte, si riferisce alle adozioni non legittimanti, e l'art. 38, 1° co., 2<sup>a</sup> parte, regola invece le adozioni legittimanti da pronunciare in Italia.

## ART. 39

### *Rapporti tra adottato e famiglia adottiva*

*I rapporti personali e patrimoniali fra l'adottato e l'adottante o gli adottanti ed i parenti di questi sono regolati dal diritto nazionale dell'adottante o degli adottanti se comune o, in mancanza, dal diritto dello Stato nel quale gli adottanti sono entrambi residenti, ovvero da quello dello Stato nel quale la loro vita matrimoniale è prevalentemente localizzata.*

SOMMARIO: 1. Ambito d'applicazione della disciplina: esclusione dell'adozione legittimante. – 2. Aspetti regolati dall'art. 39. – 3. Operatività delle Convenzioni internazionali. – 4. La disciplina dei rapporti tra l'adottato e la famiglia adottiva.

**Legislazione** L. 31.5.1995, n. 218. – l. 24.10.1980, n. 742, esecuzione Conv. L'Aja 5.10.1961, concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori, art. 3 – l. 24.10.1980, n. 745 esecuzione Conv. L'Aja 2.10.1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari – l. 4.5.1983, n. 184, art. 27, art. 35 – l. 15.1.1994, n. 64, norme di attuazione Conv. L'Aja 5.10.1961, concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori – l. 28.3.2001, n. 149, "Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, nonché al Titolo VIII del Libro Primo del codice civile".

**Bibliografia** Davi 1988a – Badiali 1994 – Ballarino 1995 – Conetti 1995 – Mori 1995 – Bonomi 1996a – Cafari Panico 1996b – Franchi 1996 – Pietrangeli 1997 – Poletti di Teodoro 1997 – Ballarino 1999 – Cafari Panico 2002 – Pineschi 2002 – Mosconi e Campiglio 2006.

#### ***1. Ambito d'applicazione della disciplina: esclusione dell'adozione legittimante***

L'art. 39 richiama i criteri di collegamento previsti dall'art. 38, per regolare i rapporti personali e patrimoniali tra l'adottato e la famiglia adottiva. Sembra pertanto che tale disposizione intenda ricondurre ad un'unica disciplina tutti gli aspetti del rapporto di adozione, senza distinzioni inerenti alle diverse tipologie di adozione, ai soggetti adottati e all'oggetto dei rapporti in esame.

Tuttavia occorre rilevare che alcune perplessità sono state manifestate in dottrina sull'applicabilità della norma dell'art. 39 alle **adozioni legittimanti**, per le quali l'art. 38, 1° co., 2ª parte, richiama, come si è visto, la legge italiana

(Conetti 1995, 322; Bonomi 1996a, 376; Cafari Panico 1996b, 199-200; Franchi 1996, 1221; Pietrangeli 1997, 574 ss.; Ballarino 1999, 492-493).

La dottrina appare infatti quasi concordemente orientata a negare l'operatività dell'art. 39 alle adozioni legittimanti (per l'applicabilità dell'art. 39 in materia si veda tuttavia Mosconi e Campiglio 2006, 124 s.), seppure con argomentazioni diverse. Secondo alcuni, il richiamo alla legge italiana di cui all'art. 38, 1° co., 2ª parte, dovrebbe valere non solo per regolare la costituzione dell'adozione legittimante, ma anche per disciplinare gli effetti che da tale adozione derivano, direttamente sottoposti alle norme di applicazione necessaria della l. adozione (ad es. acquisto del cognome dei genitori adottivi da parte dell'adottato). Pertanto l'art. 39 potrebbe ricevere attuazione soltanto in relazione alle ipotesi di adozione non legittimante (Bonomi 1996a, 376-377; Pietrangeli 1997, 576; Ballarino 1999, 493). Secondo altri (Mori 1995, 1247; Cafari Panico 1996b, 199-200; Franchi 1996, 1221), in conformità all'interpretazione che, nel vigore delle disp. prel. c.c., aveva ricondotto i rapporti tra adottante e adottato alla disciplina prevista in generale per i rapporti tra genitori e figli (Davì 1988a, 152), è possibile anche oggi limitare, sulla base delle stesse considerazioni, l'operatività dell'art. 39 ai rapporti tra adottante e famiglia adottiva in caso di adozione non legittimante.

La conferma di tale ultima soluzione si può peraltro leggere nell'**art. 35** della l. adozione, che stabilisce il principio secondo il quale l'adozione pronunciata all'estero produce nell'ordinamento italiano gli effetti di cui all'art. 27, e cioè il fatto che l'adottato acquista lo stato di figlio legittimo degli adottanti, dei quali assume e trasmette il cognome, e la cessazione dei rapporti dell'adottato con la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali. Di conseguenza, ai rapporti tra il minore adottato e la famiglia adottiva risulta applicabile l'art. 36, l. 218/1995, assicurando così al minore adottato la parità di trattamento con i figli legittimi (Poletti di Teodoro 1997, 448-449).

## 2. *Aspetti regolati dall'art. 39*

Per quanto concerne l'ambito d'applicazione materiale dell'art. 39, è significativo il riferimento sia ai rapporti personali sia ai rapporti patrimoniali. Esso consente infatti di ricondurre alla medesima disciplina varie questioni.

Si regolano così, in base alla legge individuata dall'art. 39, alcuni aspetti, quali ad es. il **diritto al nome**, la definizione dello *status* di figlio adottivo, la mancata costituzione di parentela civile tra l'adottato e la famiglia dell'adottante, l'obbligo di convivenza. Relativamente al diritto al nome, si ricorda che la sottoposizione alla disciplina prevista dall'art. 39 si determina in base a quanto dispone l'art. 24, 1° co., 2ª parte (v. *supra*, *sub* art. 24).

Si sottraggono invece all'operatività della disciplina in esame i c.d. **effetti ex lege** dell'adozione, come ad es. gli effetti sui rapporti con la famiglia d'origine e sulla cittadinanza dell'adottato. Per quanto concerne la disciplina dei

rapporti con la **famiglia d'origine** è stata segnalata l'opportunità di colmare la lacuna della l. 218/1995 tramite la norma dell'art. 38 (Mosconi e Campiglio 2006, 126). In considerazione del fatto che la conoscenza dei rapporti tra l'adottando e la famiglia d'origine costituisce un fattore importante nella determinazione dell'adozione, ad es. ai fini dei consensi che devono essere prestati dagli interessati, appare logico ricondurre tale materia alla legge che regola la costituzione dell'adozione e al momento in cui essa avviene.

Nell'ambito dei **rapporti patrimoniali**, regolati dall'art. 39, rientrano altri aspetti, quali ad es. gli obblighi di mantenimento, la rappresentanza legale e i poteri di amministrazione sul patrimonio dell'adottato, l'usufrutto legale che l'adottante ha su tale patrimonio. Relativamente a quest'ultimo istituto, è possibile osservare che la disciplina in esame corrisponde, peraltro, a quanto prevede l'art. 51, 2° co., l. 218/1995, perché l'adozione rientra nei rapporti di famiglia che consentono di derogare alla *lex rei sitae* in ordine all'acquisto dei diritti reali.

### **3. Operatività delle Convenzioni internazionali**

L'ambito d'applicazione dell'art. 39 viene poi ulteriormente circoscritto dall'operatività di alcune Convenzioni internazionali, prevalenti sulla base di quanto dispone l'art. 2, in ordine alla disciplina di determinati aspetti.

Si è rilevato, ad esempio, che la potestà parentale sull'adottato minore (in caso di adozione non legittimante), riconducibile in linea di principio all'art. 39, viene regolata in altro modo dall'art. 3 della **Convenzione de L'Aja del 1961** sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, che richiama la legge nazionale del minore per i rapporti di autorità costituiti *ex lege*, ovvero per i rapporti la cui costituzione non richiede l'emanazione di un provvedimento da parte di un'autorità (Ballarino 1995, 492), come ad es. la potestà degli adottanti sul figlio adottivo dopo la costituzione dell'adozione (Bonomi 1996a, 377).

Anche gli obblighi alimentari tra l'adottato e i membri della famiglia adottiva, teoricamente riconducibili all'art. 39, sono sottoposti ad una disciplina convenzionalmente prevista. La **Convenzione de L'Aja del 1973**, richiamata dall'art. 45 (Bonomi 1996a, 377; Bonomi 1995, 622 ss.; Ballarino 1999, 493) a regolare "in ogni caso" le obbligazioni alimentari della famiglia, conduce tuttavia ad una soluzione diversa da quella prevista dall'art. 39 in ordine alla disciplina di tale materia (Badiali 1994, 40 ss.), in quanto prevede alcuni criteri di collegamento "a cascata" per assicurare la tutela del creditore di alimenti (Franchi 1996, 1224).

Infine sono sottratti all'art. 39 gli effetti successori dell'adozione, regolati dall'art. 46, l. 218/1995 (Cafari Panico 1996b, 201; Bonomi 1996a, 377; Franchi 1996, 1223).

#### **4. La disciplina dei rapporti tra l'adottato e la famiglia adottiva**

L'art. 39 non contiene alcuna **precisazione di carattere temporale** in ordine all'applicabilità dei criteri di collegamento in esame, a differenza di quanto dispone l'art. 38 che li riconduce al momento in cui l'adozione viene posta in essere (Bonomi 1996a, 376; Cafari Panico 1996b, 201; Franchi 1996, 1221 ss. Cafari Panico 2002; Pineschi 2002).

Pertanto, in relazione ai rapporti tra l'adottato e la famiglia adottiva, si ritiene che la legge applicabile possa variare seguendo eventuali modificazioni del criterio di collegamento (cittadinanza, residenza, localizzazione della vita matrimoniale), conformemente a quanto previsto per la disciplina di altri rapporti familiari, quali ad es. i rapporti tra coniugi e i rapporti tra genitori e figli (v. *supra*, *sub* artt. 29, 30, 36). Si tratta di una scelta criticabile dal momento che la situazione di diritto, ben valutata al momento della costituzione dell'adozione, mediante la presenza del richiamo temporale fisso, si trova a subire le vicende relative agli eventuali cambiamenti di una sola parte del rapporto adottivo, con il pericolo che l'adottato sia privato delle garanzie che riteneva esistenti al momento della costituzione dell'adozione (Franchi 1996, 1222).

## ART. 40

### *Giurisdizione in materia di adozione*

*I giudici italiani hanno giurisdizione in materia di adozione allorché:*

*a) gli adottanti o uno di essi o l'adottando sono cittadini italiani ovvero stranieri residenti in Italia;*

*b) l'adottando è un minore in stato di abbandono in Italia.*

*In materia di rapporti personali o patrimoniali fra l'adottato e l'adottante o gli adottanti ed i parenti di questi i giudici italiani hanno giurisdizione, oltre che nelle ipotesi previste dall'articolo 3, ogni qualvolta l'adozione si è costituita in base al diritto italiano.*

SOMMARIO: 1. Ambito di applicazione della disciplina. – 2. I criteri di giurisdizione. – 3. Osservazioni critiche.

**Legislazione** L. 31.5.1995, n. 218 – l. 4.5.1983, n. 184, art. 29 *bis* – l. 28.3.2001, n. 149, “Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, nonché al Titolo VIII del Libro Primo del codice civile”.

**Bibliografia** Mori 1995 – Bonomi 1996a – Cafari Panico 1996b – Franchi 1996 – Poletti di Teodoro 1997 – Cafari Panico 2002 – Mosconi e Campiglio 2006.

#### **1. Ambito di applicazione della disciplina**

L'art. 40 disciplina la giurisdizione in materia di adozione in maniera completa e organica, con riferimento sia alla **costituzione** del rapporto di adozione (art. 40, 1° co.) sia ai **rapporti personali e patrimoniali** tra adottante e adottato (art. 40, 2° co.).

Relativamente al primo aspetto, si è rilevato che i criteri indicati dall'art. 40, 1° co., non valgono soltanto per la pronuncia dell'adozione, ma possono essere invocati anche per i provvedimenti che si inseriscono in modo strumentale nel procedimento di adozione (dichiarazione dello stato di adottabilità del minore, dichiarazione di idoneità dei coniugi all'adozione, pronuncia di affidamento preadottivo) e per la revoca dell'adozione nei casi in cui essa sia consentita dalla legge regolatrice del rapporto (Bonomi 1996a, 359). Con particolare riguardo alla revoca, si osserva che la mancanza di un espresso richiamo della stessa nell'art. 40 (richiamo presente invece del progetto di riforma del

diritto internazionale privato italiano) non può condurre ad escluderla dall'ambito d'applicazione dell'art. 40, 1° co. (Mori 1995, 1247).

Per quanto concerne poi la giurisdizione in materia di rapporti personali e patrimoniali fra adottante e adottato, è opportuno sottolineare che l'art. 40, 2° co., non può ritenersi applicabile anche nelle ipotesi di adozione legittimante. Ciò sulla base delle argomentazioni di logica sistematica che sono state evidenziate relativamente all'interpretazione dell'art. 39 (v. *supra*, *sub* art. 39), e che appaiono ispirate dalla *ratio* di regolare in maniera uniforme la situazione dei figli legittimi e dei minori adottati con adozione legittimante. In questo caso, si ritiene pertanto preferibile definire la competenza del giudice italiano in ordine ai rapporti tra adottato e adottante in base all'art. 37, che regola la giurisdizione in materia di filiazione.

## 2. I criteri di giurisdizione

I criteri di giurisdizione utilizzati dall'art. 40 delineano in maniera abbastanza ampia la competenza del giudice italiano.

Per quanto riguarda la **costituzione** del rapporto di adozione, si può notare che l'art. 40, 1° co., individua diversi criteri di giurisdizione, dei quali quello previsto dalla lett. b) riguarda esclusivamente le adozioni dei minori stranieri, mentre quelli indicati dalla lett. a) operano indifferentemente per le adozioni di minori e maggiori.

Per la costituzione del rapporto di adozione è dunque sufficiente la cittadinanza o la residenza italiana degli adottanti o anche di uno solo di essi (come nel caso deciso da Trib. Minorenni Catanzaro, 27.9.2004, *RIPP*, 2007, 779 ss.), oppure la cittadinanza italiana dell'adottando, realizzandosi così l'estensione dei criteri di competenza territoriale previsti dall'art. 29-*bis* l. adozione per le adozioni legittimanti di minori stranieri alla generalità delle fattispecie di adozione. Infatti in questi casi, l'art. 29-*bis* prevede la giurisdizione italiana se l'adozione è richiesta da coniugi residenti in Italia nei confronti di un minore straniero residente all'estero o da cittadini italiani residenti all'estero: nella prima fattispecie, è competente il tribunale per i minorenni del distretto di residenza; nella seconda ipotesi, il tribunale per i minorenni del luogo di ultima residenza o in mancanza, il tribunale per i minorenni di Roma (si veda tuttavia App. Messina, decr. 5.7.2000, *FD*, 2001, 563 ss., in cui si dà applicazione al criterio del luogo in cui uno dei coniugi ha avuto l'ultima residenza nel caso in cui l'altro coniuge non sia cittadino italiano e non abbia mai avuto residenza in Italia).

In particolare, il riferimento dei collegamenti in esame a "uno" degli adottanti può consentire di affermare l'operatività dei criteri di giurisdizione in esame anche in ordine alle fattispecie di adozioni poste in essere da parte di una persona singola (Mori 1995, 1247; Franchi 1996, 1226; Poletti di Teodoro 1997).

Con la disposizione dell'art. 40, 1° co., lett. b), viene ampliata ulteriormente la giurisdizione italiana con riferimento al caso del minore straniero che, non residente in Italia, vi si trovi in stato di abbandono.

Relativamente ai **rapporti personali e patrimoniali** tra adottante e adottato, l'art. 40, 2° co., prevede, oltre ai criteri di cui all'art. 3, la circostanza che l'adozione si sia costituita in base al diritto italiano, collegamento specifico per la materia della giurisdizione volontaria nella legge italiana di diritto internazionale privato (art. 9 sul quale v. *supra*). Si realizza pertanto, con questa disposizione, la continuità di disciplina della fattispecie in esame da parte dell'ordinamento italiano già competente in relazione al momento costitutivo della stessa (Cafari Panico 2002).

### 3. Osservazioni critiche

L'esame dei criteri definiti dall'art. 40 evidenzia pertanto l'estensione molto ampia della giurisdizione italiana in materia di adozione, cui si sottrae soltanto la domanda di stranieri non residenti nei confronti di adottando straniero non presente in Italia. Tale estensione è suscettibile di alcune critiche, rivolte ad evidenziare il carattere esorbitante dei criteri previsti dall'art. 40 soprattutto in relazione alla pronuncia diretta di provvedimenti adottivi, che potrebbero così incontrare notevoli difficoltà per essere riconosciuti nei paesi con cui la situazione presenta contatti ben più significativi (Bonomi 1996a, 361).

A tale riguardo, ha suscitato non poche perplessità l'impiego del criterio di collegamento dello "stato di abbandono", circostanza, che, seppur corrispondente all'art. 37-*bis* della l. adozione (Mosconi e Campiglio 2006, 115), appare tuttavia suscettibile di valutazione discrezionale e dunque difficilmente in grado di individuare il giudice competente con sufficiente certezza e prevedibilità, se non interpretato piuttosto con riferimento alla dichiarazione di adottabilità (Franchi 1996, 1228).

ART. 41

*Riconoscimento di provvedimenti stranieri  
in materia di adozione*

*I provvedimenti stranieri in materia di adozione sono riconoscibili in Italia ai sensi degli articoli 64, 65 e 66.*

*Restano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei minori.*

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Il coordinamento tra la disciplina prevista dalla l. 476/1998 e la l. 218/1995: l'adozione di minori italiani. – 3. Altri limiti all'operatività dell'art. 41, 2° co. – 4. Il riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione ai sensi della legge italiana di diritto internazionale privato.

**Legislazione** L. 31.5.1995, n. 218. – l. 4.5.1983, n. 184, art. 29-*bis*, art. 35, art. 36 – l. 28.3.2001, n. 149, “Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, nonché al Titolo VIII del Libro Primo del codice civile” – Regolamento (CE) 2201/2003 del Consiglio del 27.11.2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, art. 1.3.

**Bibliografia** Luzzatto 1965 – Picone 1969 – Baratta 1985 – Picone 1986 – Davì 1988b – Attardi 1995 – Bariatti 1996b – Bariatti 1996c – Bonomi 1996a – Cafari Panico 1996b – Luzzatto 1997 – Picone 1998 – Ballarino 1999 – Mosconi e Campiglio 2006.

### **1. Osservazioni introduttive**

L'art. 41 costituisce un'**innovazione** rispetto alla disciplina previgente, in cui la disciplina del riconoscimento dei provvedimenti in materia di adozione era contenuta nella **l. 184/1983** (Baratta 1985, 782-816; Davì, 1988b, 481 ss.).

Attualmente invece la norma fondamentale cui fare riferimento per regolare il riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione è **l'art. 41**, che va tuttavia coordinato con le **leggi speciali** in materia di adozione dei minori, come prevede espressamente la disposizione dell'art. 41, 2° co.

Ne deriva pertanto l'applicabilità delle norme della l. 1983/184, così come modificata dalla l. 476/1998 e dalla l. 149/2001 (v. ad es. Cass. 18.3.2006, n. 6079, *RIPP*, 2007, 166 ss.).

Pertanto la disciplina generalmente prevista dalla legge italiana di diritto internazionale privato, che assicura il riconoscimento automatico dei provvedimenti stranieri, si applicherà soltanto nei casi in cui non operino gli artt. 35 e 36 della l. sull'adozione. Occorre poi distinguere l'ipotesi in cui i **provvedimenti** stranieri sono pronunciati in un **paese aderente alla Convenzione** (art. 35) da quella in cui sono pronunciati in un **paese terzo** (art. 36).

Nel primo caso essi hanno **efficacia automatica**, in presenza delle condizioni previste dalla Convenzione, che tuttavia regola in maniera diversa le seguenti fattispecie. Nell'ipotesi in cui l'adozione sia stata pronunciata in un altro Stato contraente, prima dell'arrivo del minore in Italia, il Tribunale per i minorenni del luogo di residenza in Italia dei coniugi al momento dell'ingresso verifica che nel provvedimento straniero risulti: la sussistenza delle condizioni delle adozioni internazionali previste dall'art. 4 della Convenzione; la non contrarietà dell'adozione ai principi fondamentali che regolano nell'ordinamento italiano il diritto di famiglia e dei minori, valutati in relazione al superiore interesse del minore; l'esistenza della certificazione di conformità alla Convenzione rilasciata dalle autorità dello Stato d'origine e l'autorizzazione all'ingresso e alla permanenza del minore in Italia, rilasciate dalla Commissione per le adozioni internazionali (Ballarino 1999, 486). Dopo aver effettuato tali accertamenti, il Tribunale per i minorenni ordina la trascrizione del provvedimento straniero nei registri dello stato civile (art. 35, 2° e 3° co., l. adozione). Nell'ipotesi in cui l'adozione si concluda dopo l'arrivo del minore in Italia, il Tribunale per i minorenni riconosce il provvedimento straniero come affidamento preadottivo, se non è contrario ai principi fondamentali che regolano in Italia il diritto di famiglia e dei minori, e ne stabilisce la durata per un periodo non superiore ad un anno dal momento in cui il minore viene inserito nella nuova famiglia (art. 35, 4° co.). Decorso tale periodo, il Tribunale per i minorenni pronuncia l'adozione, se ritiene che la permanenza del minore nella famiglia che lo ha accolto sia conforme al suo interesse, e ne dispone la trascrizione nei registri dello stato civile, al fine di consentire l'acquisto della cittadinanza italiana da parte del minore. In caso contrario, anche prima che sia decorso il periodo di affidamento preadottivo, lo revoca e adotta le misure di cui all'art. 21 della Convenzione de L'Aja.

Se il provvedimento di adozione è stato pronunciato in un Paese terzo, è necessario **l'intervento del tribunale per i minorenni** per la pronuncia con cui si accertino le condizioni di cui all'art. 36: la condizione di abbandono del minore o il consenso dei genitori naturali ad un'adozione che determini l'acquisizione dello stato di figlio legittimo e la cessazione dei rapporti con la famiglia d'origine; il decreto di idoneità degli adottanti; l'intervento della Commissione per le adozioni internazionali nella procedura di adozione; il rispetto delle indicazioni contenute nel decreto di idoneità; la concessione dell'autorizzazione all'ingresso del minore da parte della Commissione (per il superamento dei dubbi di costituzionalità della disciplina appena considerata, si veda Corte Cost., ord. 31.7.2002, n. 415, *RDIn*, 2002, 1089 ss.).

## 2. *Il coordinamento tra la disciplina prevista dalla l. 476/1998 e la l. 218/1995: l'adozione di minori italiani*

Le differenze tra il procedimento di riconoscimento previsto dalla l. adozione e quello di cui agli artt. 64, 65 e 66 (sul quale v. *infra*), evidenziano l'importanza di delimitare con certezza il raggio d'azione delle due discipline.

In linea generale è possibile affermare che il procedimento di riconoscimento di cui alla **l. adozione** riguarda i provvedimenti di adozione relativi a **minori stranieri**. Già prima dell'entrata in vigore di tale legge la dottrina aveva infatti rilevato l'opportunità di circoscrivere l'operatività del richiamo di cui all'art. 41, 2° co., a tali provvedimenti di adozione; le adozioni di minori italiani realizzate all'estero dovevano, nel silenzio della legge, essere riconosciute in base alle disposizioni richiamate nel 1° co. dell'art. 41 (Bonomi 1996a, 381 ss.; Cafari Panico 1996b, 206 ss.).

È tuttavia ipotizzabile che si verifichi la necessità di un **riconoscimento in-cidentale** del provvedimento straniero di adozione di un minore italiano nel caso in cui ad esempio il Tribunale per i minorenni venga investito di una procedura di adozione dello stesso minore. In questo caso l'accertamento compiuto dal Tribunale per i minorenni avrà efficacia limitata al procedimento di adozione in oggetto, secondo quanto dispone l'art. 67, 3° co. Tuttavia è sempre possibile che i soggetti nei cui confronti è stata pronunciata l'adozione chiedano l'accertamento in via principale dei requisiti del riconoscimento in base all'art. 67, 1° co., in caso di contestazione o di mancata ottemperanza di tale provvedimento (Attardi 1995, 776; Bonomi 1996a, 382).

## 3. *Altri limiti all'operatività dell'art. 41, 2° co.*

Un'altra ipotesi in cui non sembra possa applicarsi l'art. 41, 2° co. della legge italiana di diritto internazionale privato riguarda le adozioni di **minori stranieri**, che non presentano legami significativi con l'ordinamento italiano, come ad esempio nel caso in cui vengano poste in essere da parte di persone straniere residenti all'estero.

Per quanto concerne invece **le adozioni** effettuate **da cittadini stranieri** residenti in Italia, sembra che la lettera dell'art. 29-*bis*, 1° co. della l. adozione determini la necessità di estendere l'operatività della disciplina prevista da quest'ultima anche in ordine a tali categorie di provvedimenti. Analoghe considerazioni possono essere svolte anche relativamente alle adozioni poste in essere a favore di adottanti italiani residenti all'estero; l'art. 29-*bis*, 2° co., dispone in tal senso, e richiede pertanto che tali adottandi ottengano dal Tribunale per i minorenni del luogo della loro ultima residenza in Italia la dichiarazione di idoneità all'adozione. L'applicazione delle nuove norme ai provvedimenti di adozione ad esse sottoposti risulta del resto esclusiva, anche al fine di evitare gli inconvenienti che una diversa soluzione determinerebbe in pratica. Si

pensi infatti ai tentativi di elusione cui darebbe luogo la possibilità di rivolgersi alla Corte d'Appello, in base alle norme della legge italiana di diritto internazionale privato, in tutti i casi di adozioni "irregolari" (Cafari Panico 1996b, 208).

#### **4. *Il riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione ai sensi della legge italiana di diritto internazionale privato***

Alla luce delle considerazioni sino ad ora svolte, è pertanto possibile affermare che le adozioni sottratte all'operatività della nuova disciplina vengono riconosciute in base alle norme degli artt. 64, 65 e 66 della legge italiana di diritto internazionale privato: le adozioni di minori italiani pronunciate all'estero; le adozioni di minori stranieri emesse dal giudice straniero nei confronti di cittadini stranieri residenti all'estero; le adozioni dei maggiori, italiani o stranieri (Trib. min. Roma, decr. 9.1.1999, *DFP*, 1999, 715 ss.); le adozioni in "casi particolari" di cui all'art. 44 della l. 184/1983 (Trib. min. Bari 12.7.2000, *SCI*, 2000, II, 820). Non rilevano invece, in materia, le norme del **Regolamento (CE) 2201/2003** relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che esclude dal proprio ambito applicativo le decisioni relative all'adozione (art. 1.3, lett. b).

Relativamente al procedimento per riconoscere i provvedimenti di adozione appena considerati, vengono in rilievo le norme degli artt. 64, 65 e 66.

Gli artt. 65 e 66 regolano il riconoscimento delle sentenze e dei provvedimenti stranieri in materia di rapporti di famiglia e di volontaria giurisdizione che abbiano conseguito effetti nell'ordinamento applicabile secondo le norme di diritto internazionale privato, facendo riferimento a condizioni agevolate rispetto a quelle richieste dall'art. 64 per il riconoscimento delle sentenze straniere in genere. Nell'ambito degli artt. 65 e 66 si richiede infatti solo la non contrarietà del provvedimento straniero all'ordine pubblico e il rispetto dei diritti essenziali della difesa nel procedimento straniero da cui è scaturito (Attardi 1995, 755 ss.; Bariatti 1996b, 29-51; Bariatti 1996c, 331; Luzzatto 1997, 81-105; Picone 1998, 478 ss.; Ballarino 1999, 147 ss.). In questo modo, la nuova disciplina ha ripreso l'orientamento accolto, nel vigore del sistema previgente, sia dalla giurisprudenza (Cass. Sez. U. 15.7.1974, n. 2126, *RIPP*, 1975, 113; Cass. 24.3.1981, n. 1717, *RIPP*, 1983, 844, con nota di Fumagalli, *RIPP*, 1984, 269-282; Cass. 25.5.1985, n. 3187, *RIPP*, 1985, 871-877; Cass. 9.4.1990, n. 2966, *RIPP*, 1991, 742 ss.), che dalla dottrina (Picone 1969, 146 ss.; Picone 1986, 158; Luzzatto 1965, 151 ss.), secondo cui se un provvedimento straniero aveva validamente conseguito effetti in un paese straniero, non era necessario il riconoscimento di tale provvedimento se l'ordinamento, ove già avesse avuto effetto, fosse risultato quello applicabile alla fattispecie in forza delle norme di

diritto internazionale privato del foro. Tuttavia la legge italiana di diritto internazionale privato ha ristretto l'ambito d'applicazione di tale riconoscimento limitandolo alla capacità delle persone, ai rapporti di famiglia e ai diritti della personalità.

Occorre inoltre evidenziare, in tale contesto, il rilievo del richiamo all'**art. 66**, secondo cui il provvedimento straniero di volontaria giurisdizione in materia di adozione potrà produrre i suoi effetti in Italia se emanato oppure se riconosciuto nello Stato la cui legge è richiamata dalle norme italiane di diritto internazionale privato (art. 38), oppure se pronunciato da un'autorità che sia competente in base a criteri corrispondenti a quelli propri dell'ordinamento italiano, sempre che siano rispettate le condizioni di cui all'art. 65, e quindi non ricorra la contrarietà all'ordine pubblico. A tale riguardo, è stato inoltre opportunamente segnalata la necessità di coordinare tale limite con il principio fondamentale in tema di adozione della tutela del superiore interesse del minore, al fine di evitare che il giudice italiano ritenga imprescindibili le soluzioni adottate all'interno del proprio ordinamento (v. Mosconi e Campiglio 2006, 130 e s., e in giurisprudenza, ad es. App. Torino, 30.10.2000, *GM*, 2001, 636 ss.).