

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

STEFANIA STEFANELLI

Stato giuridico e parentela del minore adottato in
casi particolari: limiti applicativi e istanze di tutela
dei nati da p.m.a. in coppia femminile e g.p.a.

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
07 aprile 2023

Stato giuridico e parentela del minore adottato in casi particolari: limiti applicativi e istanze di tutela dei nati da p.m.a. in coppia femminile e g.p.a.

Sommario

1. Evoluzione dell'adozione in casi particolari. – 2. Regime della parentela e conseguenze rispetto ai rapporti personali, ai diritti patrimoniali e successori dell'adottato. – 3. Alternatività e *rationes* specifiche dell'adozione in casi particolari. – 4. Valutazione dell'interesse del minore alla dichiarazione di adottabilità ovvero all'adozione mite. – 5. Valorizzazione dell'affettività del minore. – 6. Evoluzione di diritto positivo. – 7. Difficoltà o impossibilità di accedere all'adozione piena. – 7.1. Il procedimento alla luce della riforma Cartabia e l'acquisizione dei consensi. – 7.2. Ipotesi di applicazione dell'art. 44, comma 1, lett. d). – 8. Residuali criticità del ricorso all'adozione in casi particolari, con particolare riguardo alla filiazione da due donne o attraverso gestazione per altri.

Abstract

Il saggio analizza l'evoluzione interpretativa e normativa che ha condotto l'adozione in casi particolari a fungere da clausola di garanzia del diritto del minore ad avere uno stato giuridico coerente con la sua consolidata affettività, nonché a vedersi riconosciuto il pieno inserimento nella rete parentale dell'adottando. Conclusivamente, l'autrice evidenzia i limiti e le residuali criticità evidenziati dall'applicazione di tale istituto giuridico all'accerto dello stato di figlio del nato in Italia attraverso la procreazione medicalmente assistita praticata all'estero su richiesta di coppie femminili, oppure grazie alla gestazione per altri.

The essay analyzes the evolutionary interpretation that led adoption in special cases to serve as a guarantee clause for the child's right to a legal status consistent with his or her established affectivity, as well as to be granted full inclusion in the adoptee's parental network. In conclusion, the author highlights the limitations and residual critical issues highlighted by the application of this legal institution to the formation of child status for those born in Italy through medically assisted procreation practiced abroad at the request of female couples, or through surrogacy.

* Associata di diritto privato, Università di Perugia. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Evoluzione dell'adozione in casi particolari

Una analisi critica sull'applicazione e sulle prospettive evolutive dell'adozione in casi particolari prende necessariamente le mosse da una nota pronuncia, di incostituzionalità dell'art. 55 l. 184/1983 sulla parentela dell'adottato in casi particolari¹, con cui la Consulta ha consacrato l'opinione dottrinale secondo cui tale prototipo adottivo – originariamente caratterizzato nella l. 184/1983 da spiccata residualità rispetto alla forma che si diceva legittimante, perché recidendo i rapporti con la famiglia di origine costituiva al minore lo stato giuridico di figlio legittimo degli adottanti – ha finito per veder «rovesciarsi» l'ordine di priorità, in quanto il diritto vivente «ha iniziato a valorizzare alcune specificità di tale adozione e ad ampliarne gradualmente il raggio applicativo», soprattutto attraverso l'estensione, in via ermeneutica, della nozione di impossibilità di affidamento preadottivo, di cui all'art. 44, lett. d)².

- 1 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, in *G.U.*, I serie spec., 30 marzo 2022, n. 13, in *Questione giustizia*, con commento di G. Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*; in *Osservatorio AIC*, 2022, con nota di M.C. Errigo, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*; in *Biodiritto*, 2022, con nota sintetica di T. Andreani; in *Famiglia*, 2022, con note di R. Trezza, *I correttivi "funzionali" all'istituto dell'adozione in casi particolari*, e N. Chiricallo, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*; in *Giustizia civile*, 2022, con commento di G. Pacini, *L'estensione dei legami di parentela tra adottato in casi particolari e parenti dell'adottante, alla luce della decisione della Corte costituzionale*; L. Spoletini, *Bambini adottati: il diritto alla parentela con la famiglia dell'adottante*, in *Riv. dir. famiglia successioni*, 2022, 105. Per la dottrina che ha preparato la pronuncia cfr. almeno G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Dir. successioni famiglia*, 2017, 79 ss.; A. Sassi, S. Stefanelli, *Artt. 591-609*, in *Commentario c.c. Schlesinger Busnelli*, Milano, 2014, 117 ss.; S. Stefanelli, *Adozione del figlio del partner*, in questa *Rivista*, 2016, 102 ss.
- 2 A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, II ed., Torino, 2018, 302 ss.; S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Milano, 2021, 223 ss.; M.C. Ebene Cobelli, *Art. 44*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1984, 172 ss.; Id., *Le adozioni. Prospettive di una riforma ed esperienze giuridiche europee*, Padova, 1981, 54 ss.; L. Rossi Carleo, *Il diritto del minore a una famiglia*, in *Tratt. Lipari-Rescigno-Zoppini*, Milano, 2009, 1.2, 477 ss., con riferimento alla «offerta di disponibilità da parte del singolo (...) presa in considerazione in ipotesi residuali e con effetti "meno pieni"», e per questo «di rilievo residuale», che ritiene confermato (492) anche dalla collocazione nel titolo IV, «a chiusura del micro-sistema che concerne l'adozione dei minori, quasi a testimoniare la residualità che il legislatore considera estremamente circoscritta e nella quale si determina una sorta di raccordo tra la disciplina specifica dell'adozione del minore e l'adozione codicistica, secondo l'espresso rinvio operato dall'art. 55». Secondo l'A. (494), non è residuale «bensì concorrente rispetto all'adozione legittimante» solo il caso inserito dalla novella del 2001 all'art. 44, lett. c), nel quale unicamente con riferimento al minore disabile non è richiesto un tentativo infruttuoso di adozione piena, in accordo con quanto sostiene M. Dogliotti, *La riforma dell'adozione*, in *Famiglia e dir.*, 2001, 251. Conf. Corte di cassazione, 27 settembre 2013, n. 22292, in *Guida al dir.*, 46/2013, 34, «l'adozione legittimante appresta, nella visione del legislatore, una migliore realizzazione dell'interesse del minore con il suo inserimento a pieno titolo nel nucleo familiare dei genitori adottivi». È essenziale ricordare che tale pronuncia è stata resa sull'opposizione degli affidatari avverso l'adozione parentale del minore da parte di coppia diversa, nella quale dunque il minore era stato dichiarato adottabile ed era stato disposto l'affidamento preadottivo. In tal senso la Corte statuisce «è contrario alla *ratio legis* dell'art. 44 dilatare la nozione di "impossibilità di affidamento pre-adottivo" ricomprendendovi non solo l'ipotesi del mancato reperimento (o del rifiuto) di aspiranti all'adozione legittimante ma anche l'ipotesi del contrasto con l'interesse del minore, in quanto criterio guida di tutta la normativa sull'adozione. La valutazione dell'interesse del minore non è affatto esclusa da una interpretazione coerente alla volontà del legislatore di configurare un istituto specifico e destinato ad operare solo in casi particolari ma trova la sede propria di valutazione nel giudizio relativo allo stato di adottabilità e nel procedimento di adozione. Ne deriva che l'ipotesi dell'adozione per impossibilità di affidamento preadottivo rappresenta una ipotesi subordinata al mancato esito dell'adozione legittimante e non può essere

Nel sistema della l., l'elisione dello *status* originariamente goduto consegue, infatti, unicamente alla sentenza di adozione *ex art. 27*, comma 3, mentre l'impossibilità di vederselo attribuito con titolo giudiziale consegue già alla dichiarazione di adottabilità con affidamento preadottivo, in ragione dell'accertamento dell'abbandono morale e materiale³, *ex art. 11*, comma 7. E proprio in ciò stava la netta ed esplicita inversione di tendenza dettata dalla l. cit. rispetto alla disciplina codicistica, già riformata nel 1967, che nella sua applicazione pratica aveva consentito di vestire di rilievo giuridico veri e propri episodi di illegittima sottrazione dei bambini al loro ambiente familiare⁴.

La novella del 1983 innovò dunque il regime degli effetti dell'adozione, affermando la parentela dell'adottato con la famiglia degli adottanti, mentre conservò gli impedimenti matrimoniali con quella di origine. Fino alla declaratoria di incostituzionalità in commento, tale era il principale effetto differenziale rispetto all'adozione in casi particolari: in ragione del rinvio contenuto nell'art. 55 all'art. 300 c.c., sull'adozione di maggiorenni, il minore la cui adozione sia pronunciata ai sensi del Titolo IV, non conserva intatto lo statuto giuridico che lo lega alla propria famiglia, ma, proprio per tale ragione, non acquistava legami di parentela con la famiglia dell'adottante. Derivava che questo minore restasse estraneo alla successione dei parenti dell'adottante, in ragione dell'applicabilità dell'art. 304 c.c., che a propria volta rinvia all'art. 567 c.c., evidenziando l'indissolubile legame tra disciplina della filiazione e della successione legittima⁵.

Nella vigenza della disposizione dichiarata incostituzionale, alla previsione di requisiti meno rigidi degli adottanti ed alla semplificazione procedimentale, corrispondeva dunque una diversa e più limitata efficacia con riguardo all'inserimento del minore nella famiglia dell'adottante, della cui compatibilità con il principio costituzionale di pari trattamento di tutti i figli, attuato dal legislatore del 2012-2013 e sancito anche dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, si interrogavano, assieme alla dottrina⁶, i giudici rimettenti, oggi che l'art. 315 c.c. afferma l'unico *status filia-*

messa sullo stesso piano e comparata con la concreta possibilità di un affidamento-preadottivo. Vi è in sostanza nel sistema normativo una scelta del legislatore per l'adozione legittimante che può essere disattesa solo nel caso in cui il suo esito sia negativo».

- 3 Lo stato di abbandono che giustifica la dichiarazione di adottabilità sussiste allorché i genitori non siano in grado di assicurare al minore quel minimo di cure materiali, calore affettivo, aiuto psicologico indispensabile per lo sviluppo e la formazione della sua personalità, e tale situazione non sia dovuta a forza maggiore di carattere transitorio: così da ultimo Corte di cassazione, 10 luglio 2013, n. 17096, cit. La riforma del 2013 ha inserito nel comma 3 dell'art. 8 l'ulteriore precisazione per cui non sussiste la causa di forza maggiore allorché i genitori o i parenti rifiutino le misure di sostegno offerte dai servizi sociali, a meno che il rifiuto sia ritenuto dal giudice giustificato. In dottrina v. almeno S. Ciccarello, *Della dichiarazione di adottabilità*, cit., 82; L. Rossi Carleo, *Adozione dei minori*, in *Enc. dir., Agg.*, Milano, 1997, 10; P. Morozzo della Rocca, *Adozione*, in *Digesto civ., Agg.*, Torino, 2003, 39 ss.; M. Dogliotti, *Affidamento e adozione*, in *Tratt. dir. civ. Cicu Messineo*, Milano, 1990 269 ss.; A. Giusti, *Affidamento e adozione di minori di età*, in *Tratt. Bonilini Cattaneo*, III, II ed., Torino, 2007, 430 ss.; L. Fadiga, *L'adozione legittimante di minori*, in G. Collura, I. Lenti, M. Mantovani (a cura di), *Filiazione*, nel *Tratt. Zatti*, II, II ed., Milano, 2012, 830 ss.
- 4 Sebbene l'art. 314, comma 4, c.c. richiedesse esplicitamente, per avviare il procedimento che avrebbe condotto a quella che definiva "adozione speciale", l'accertamento del fatto che la mancanza di assistenza morale e materiale in cui visse il minore di otto anni non fosse «dovuta a forza maggiore», e il comma 11 prescriveva la verifica giudiziale del «persistere della mancanza di assistenza morale e materiale e la impossibilità di ovviarvi», i casi lamentati erano tutt'altro che rari.
- 5 Cfr. *Editoriale*, in *Dir. succ. e famiglia*, 2015, 1 ss.; A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., 704 ss.
- 6 Cfr., per primo, A. Palazzo, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. it. dir. civ.*, 2013, 245 ss., in forza della considerazione per cui: «Si potrebbe affacciare un dubbio di legittimità costituzionale posto che è incostituzionale il divieto di adozione *ex art. 291 c.c.* quando risulti il consenso dei figli maggiorenni, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, e "non sono ipotizzabili profili di incompatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima che giustifichino un trattamento norma-

tionis.

La Consulta era chiamata a «valutare se il diniego di relazioni familiari tra l'adottato e i parenti dell'adottante determinasse, in contrasto con gli artt. 3 e 31 Cost., un trattamento discriminatorio del minore adottato rispetto all'unicità dello *status* di figlio e alla condizione giuridica del minore, avendo riguardo alla *ratio* della normativa che associa a tale *status* il sorgere dei rapporti parentali».

Necessita, a questo punto, chiarirsi anche rispetto ai termini, in quanto, all'esito della riforma di unificazione dello *status* che spetta a i figli di genitori coniugati e non, non può più discutersi di adozione legittimante⁷, posto che il titolo matrimoniale della filiazione ha perso quel rilievo il quale, per il tramite dell'art. 27, comma 1, l. 184/1983, spettava anche al minore adottato, e lo distingueva dall'adottato in casi particolari, cui si riconosceva invece il titolo di «figlio adottivo». Ed era proprio per l'esclusione della parentela dell'adottato con la famiglia dell'adottante, che avevamo preferito definire l'adozione in casi particolari come solo genitoriale, definendo invece parentale quella disciplinata dai Titoli II e III della l. adozione⁸.

All'esito della pronuncia di incostituzionalità, ed in ragione del canone generale dettato dall'art. 315 c.c., tutti coloro cui sia stato costituito lo *status* di figlio, con l'atto di autoresponsabilità dei genitori o con un titolo giudiziale godono, dunque, dei medesimi diritti e sono soggetti ad identici doveri nei confronti di coloro che, in forza degli stessi titoli, ne sono genitori⁹. Ed è sempre stato uno *status filiationis*, in questo senso inteso, quello che consegue all'adozione in casi particolari, come nota la Consulta in ragione «della tendenziale stabilità e permanenza, nonché dell'indisponibilità, come è tipico di uno *status*»¹⁰: premessa da cui discende la pronuncia di accoglimento della sollevata questione di co-

tivo differenziato" secondo quanto statuito da Corte costituzionale, 26 maggio 2004, n. 245, non ha senso escludere, in questi casi il vincolo di parentela, pena la violazione dell'art. 30 Cost. Si verifica anzi, spesso, in questi casi la sussistenza di un rapporto di affettività più concreto rispetto all'adozione di un bambino che non si conosce e con cui il rapporto è tutto da costruire, mentre l'adozione di maggiorenne si fonda sulla volontà di dare forma giuridica ad un rapporto personale affettivo consolidato». Così S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, cit., 46 ss., 255 s., 267 ss.

⁷ Mantiene tale definizione, seppure imprecisa in ragione dell'abrogata distinzione della categoria della filiazione legittima cui si riferisce, oggi definita matrimoniale, Corte di cassazione, 22 giugno 2016, n. 12962, in *Giur. It.*, 2016, 2573, con nota di A. Spadafora, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità e rischi di eclissi della volontà legislativa*, e di I. Rivera, *La sentenza della Corte di cassazione n. 21692/2016 e il superiore interesse del minore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1135; in *Corr. giur.*, 2016, 1203, con nota critica di P. Morozzo della Rocca, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, e di L. Attademo, *La «stepchild adoption» omoparentale nel dettato dell'art. 44 comma 1, lett. d), L. n. 184/1983 e nella L. n. 218/1995*; in *Famiglia e dir.*, 2016, 1025, con nota di S. Veronesi, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*; in *Foro it.*, 2016, I, 2342; su cui M. SESTA, *La disciplina dell'unioni civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Famiglia e dir.*, 2016, 881 ss.; sul tema v. G. Ferrando, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 12962 del 2016*, cit., 1213 ss.; S. Stefanelli, *Status discendenza e affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Famiglia e dir.*, 2017, 83 ss.

⁸ A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., 39, 379, 303 s.;

⁹ Se, infatti, i diritti ed i doveri dettagliati dagli artt. 315 bis e ss., che costituiscono la responsabilità da procreazione, spettano in ragione della nascita, si specificano nel rapporto tra il nato e soggetti determinati solo in conseguenza dell'accertamento della filiazione nei confronti di entrambi i genitori, ovvero anche di uno solo. Lo riconosce Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., già al par. 7, indagando sulla «*ratio* della normativa che associa a tale *status* il sorgere dei rapporti parentali».

¹⁰ Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., par. 8.1., che prosegue ricordando il lessico inequivoco che identifica il rapporto tra l'adottante e il figlio; l'assunzione della responsabilità genitoriale; l'obbligo di mantenere, istruire ed educare conformemente all'art. 147 c.c.; l'assunzione del cognome dell'adottante; l'operatività della revoca del testamento di costui per sopravvenienza di figli; la qualità di legittimario dell'adottato; il suo essere ricompreso tra i familiari ai fini della com-

stituzionalità.

L'affermazione conseguente, secondo cui «l'unicità della famiglia si tramuta in un dogma, che tradisce il retaggio di una logica di appartenenza in via esclusiva: ... il figlio nato fuori dal matrimonio ha, infatti, a ben vedere, due distinte famiglie, tra loro non comunicanti»¹¹, merita di essere ricordata, esprimendo la sensibilità della Corte all'evoluzione sociale e normativa. E non stupisca la coincidenza col proverbio africano secondo cui «per crescere un figlio serve un intero villaggio», giacché sono la stessa origine e lo sviluppo dell'adozione in casi particolari a dimostrarlo, nella direzione dell'individualismo degli *status*, teorizzata da attenta dottrina¹².

Così per il minore, riconosciuto o dichiarato figlio matrimoniale dei propri genitori biologici, adottato dal/lla nuovo/a coniuge di uno di essi¹³, oppure da un parente, in conseguenza della loro morte, che si trova di conseguenza ad essere inserito, di fatto e oggi anche giuridicamente, in più aggregati familiari, o nello stesso ma per titoli differenti, e ad essere cresciuto da più di due figure genitoriali di riferimento.

L'attenzione a tale canone si rivela fondamentale anche per risolvere le questioni attinenti all'esercizio della responsabilità genitoriale¹⁴, col giustificare l'argomentazione della pronuncia in commento, secondo cui tale adozione «vede, dunque, il genitore adottivo, che esercita la responsabilità genitoriale, affiancarsi a quello biologico»¹⁵.

Al contempo, elisa la disparità di trattamento in questione, la differenza dei presupposti e degli effetti dei due prototipi adottivi è valorizzata dalla Consulta quale ispirazione per guidare la scelta dei Tribunali tra adozione c.d. piena e adozione in casi particolari, in tutti i casi in cui, essendo entrambe concretamente percorribili, sia questo ultimo prototipo a garantire il diritto del minore a conservare rapporti – anche giuridici – con la propria famiglia di origine, a mente dell'art. 1 l. cit., e in ossequio criterio fondamentale del suo *best interest*. Il riferimento è all'adozione c.d. mite, rispetto alla quale la Corte Costituzionale non ha timore di citare l'orientamento della Corte di Strasburgo¹⁶ a tutela del di-

misurazione del diritto di abitazione; la rilevanza del legame ai fini dei divieti matrimoniali; l'insorgenza di reciproci obblighi alimentari.

11 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., par. 8.3.

12 Secondo la ricostruzione originale di A. Sassi, *Tutele crescenti della persona e status familiari in Italia e nell'Unione Europea*, in *Urbe et ius*, 2015, 62 ss., e sulle orme di G. Dalla Torre, *Famiglia senza identità?*, in *Iustitia*, 2012, 129, per cui «sembra esservi una tendenza sempre più forte al superamento del matrimonio come luogo costitutivo degli *status*», su cui cfr. anche A. Sperandio, *Individualismo dello status*, in *Diritto e processo*, 2021, 733 ss.

13 In questo senso argomenta Corte di cassazione, ord. 5 aprile 2022, n. 10989, in *Osservatoriofamiglia.it*, e in *Riv. dir. famiglia successioni*, 2022, 234; rispetto a domanda di adozione ex art. 44 lett. b), ritenendo che la coesistenza di significativi rapporti della minore col padre non osti all'accoglimento della domanda avanzata dal marito della madre, in applicazione dell'esegesi della norma fornita da Corte costituzionale n. 79/2022, cit., in quanto «l'adozione, da parte del ricorrente, della figlia della moglie, realizza appieno il preminente interesse della minore, anche attraverso la creazione di legami parentali con la famiglia del genitore adottivo, e dunque sulla base della coesistenza dei legami sia con la famiglia di quest'ultimo che con quelli della famiglia del padre biologico».

14 Cfr. A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., 334 ss.; S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, cit., 256 ss., in ragione dell'applicazione del canone generale di cui all'art. 316 c.c., che svincola l'esercizio della responsabilità dalla convivenza col minore, mentre l'art. 48 l. adozione, in quanto norma speciale, trova applicazione solo all'ipotesi di cui all'art. 44, lett. b), in cui il coniugio è parte della fattispecie.

15 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, par. 8.3.

16 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 gennaio 2014, ric. 33733/11, *Zhou c. Italia*, par. 60; Id., G.C., 10 settembre 2019, *Strand Lobben e a. c. Norvegia*, parr. 202-213; Id., 13 ottobre 2015, *S.H. c. Italia*, parr. 48-50, 57, su cui E. Battelli, *Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione alla luce della giurisprudenza CEDU*, in *Dir. fam. pers.*, 2021, 838 ss.; J. Long, *Il diritto*

ritto alla vita familiare ex art. 8 Conv. EDU, che «cautamente suggerisce» questo percorso per garantire al minore, in condizioni di «semi-abbandono permanente», di «sfuggire al destino del ricovero in istituto o al succedersi di affidamenti temporanei»¹⁷. È questa una delle ipotesi in cui, secondo la Consulta, si realizza la *ratio* acquisita dal modello adottivo in esame attraverso l'evoluzione normativa, che ha introdotto la lett. c) nell'art. 44, di pari passo con quella di diritto vivente, che ha letto in senso giuridico l'impossibilità di affidamento preadottivo, di cui alla lett. d).

2. Regime della parentela e conseguenze rispetto ai rapporti personali, ai diritti patrimoniali e successori dell'adottato

Adozione parentale e genitoriale sono, nella prospettiva dell'adottante, parimenti funzionali a soddisfare l'aspirazione alla genitorialità. Nella prospettiva filiale, invece, solo i bambini adottati ai sensi del Titolo II, l. cit., vedevano costituirsi, per conseguenza dello *status* di figlio matrimoniale degli adottanti, anche i vincoli con le loro famiglie, ai sensi del novellato art. 74 c.c.¹⁸.

L'adozione in casi particolari era retta, invece, dalle regole dettate per l'adozione di maggiorenni, in ragione del rinvio operato dall'art. 55, l. cit. all'art. 300 c.c., e dunque costituiva il vincolo solo nei riguardi dell'adottante, con effetti che si estendevano alle tutele patrimoniali e ai diritti successori, disciplinati dall'art. 304 c.c., il quale limita (tuttora, non essendo inciso dalla declaratoria di incostituzionalità) i diritti dell'adottato alla successione dell'adottante attraverso il riferimento all'art. 567, cpv., c.c. escludendolo dalla successione dei parenti dell'adottante, e viceversa i parenti dell'adottante non nutrono speranze successorie rispetto all'adottato.

In tal senso si esprimevano la giurisprudenza costituzionale¹⁹, il massimo organo di nomofi-

to italiano della famiglia e minorile alla prova della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 1096 ss.; R. Conti, *I giudici e il biodiritto*, Ariccia, 2015, 109 ss.; A. Pasqualetto, *L'adozione mite al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo tra precedenti giurisprudenziali e prospettive de jure condendo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 155 ss.; F. Occhiogrosso, *Con la sentenza CEDU Zhou contro l'Italia l'adozione mite sbarca in Europa*, in *Minorigiust.*, 2014, 268 ss.; G. Ferrando, *Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Fam. dir.*, 2009, 1049 ss.; Ead., *Matrimonio e famiglia: la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed i suoi riflessi sul diritto interno*, in G. Iudica, G. Alpa (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli, 2006, 131 ss.; Ead., *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 263 ss.; F. Pesce, *La tutela dei diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2016, 5 ss.; S. Praduroux, *L'attualità del contributo della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nell'evoluzione del diritto privato italiano e francese*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 705 ss.; P. Rescigno, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 325 ss.; F. Uccella, *La filiazione nel diritto italiano e internazionale*, Padova, 2001; Id., *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo su alcune tematiche del diritto di famiglia e suo rilievo per la disciplina interna*, in *Giur. it.*, 1997, 125 ss. Per una recentissima applicazione, cfr. Corte d'Appello di Roma, sez. min., n. 1/2022, su cui E. Battelli, *Il difficile, ma necessario, sforzo per perseguire in concreto il superiore interesse del minore: un'ipotesi di adozione aperta*, in *Giustiziasieme.it*. Nello stesso senso, cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 13 ottobre 2015, ric. 52557/2014; *S.H. c. Italia*; Id., 16 luglio 2015, ric. 9056/14, *Akinnibosun c. Italia*; Id., 10 aprile 2012, ric. 19554/09, *Pontes c. Portogallo*; Id., 10 gennaio 2008, ric. 35991/04, *Kearns c. Francia*; Id., 26 febbraio 2002, ric. 46544/99, *Kutzner c. Germania*.

¹⁷ Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, par. 5.2.1.

¹⁸ Cfr. M. Mantovani., *Lo stato di figlio, artt. 231-249*, in *Commentario c.c. Schlesinger Busnelli*, Milano, 2022, 16 ss.

¹⁹ Corte costituzionale, 22 novembre 2017, n. 272, in *Foro it.*, 2018, I, 5, che discute di «un legame giuridico col genitore (...) diverso da quello derivante dal riconoscimento», su cui v. M. Mantovani., *Lo stato di figlio*, cit., 35 s. e *ivi* nt. 81; C. Ingenito,

laccia²⁰, la più recente giurisprudenza di legittimità²¹, e anche quella di merito²².

Eppure, nota la pronuncia in commento, «la riforma del 2012-2013, nel valorizzare i legami parentali attratti dalla filiazione, ha disegnato un complesso di diritti e di doveri facenti capo ai parenti, che accompagnano il percorso di crescita del minore con l'apporto di relazioni personali e di tutele patrimoniali»²³.

Dal sorgere di legami di parentela dipendono, infatti, anche il diritto a mantenere rapporti significativi, di cui all'art. 315 *bis* c.c., anche a prescindere dalla sussistenza o dalla permanenza di legami tra i genitori, *ex art.* 336 *ter* c.c.; l'obbligo dei nonni di concorrere, in via sussidiaria, al mantenimento dei nipoti *ex art.* 316 *bis* c.c.; e il rispettivo diritto a mantenere rapporti significativi coi nipoti minorenni, di cui all'art. 317 *bis* c.c.

Escludere dalla parentela l'adottato in casi particolari significava realizzare l'unica eccezione, vera e propria, allo *status filiationis* unificato in ossequio agli artt. 3, 30 e 31 Cost, essendo solo apparente l'altra, relativa alla pronuncia *ex art.* 279 c.c., nella quale l'accertamento della discendenza è solo incidentale, non costituisce lo *status* ed è funzionale alla condanna al mantenimento, nonché alle spese per l'educazione e l'istruzione²⁴.

Parte della dottrina aveva ritenuto di poter superare il dubbio di incostituzionalità per impari trattamento – già denunciato all'alba dell'approvazione della l. 219/2012²⁵ – in ragione della tacita riforma dell'art. 74 c.c., che definisce la parentela come discendenza da uno stipite anche «nel caso in cui il figlio è adottivo» con esclusione espressa dei soli «casi di adozione di maggiori di età», e soprattutto per ragioni di ordine sistematico²⁶. La delega, contenuta nell'art. 2, comma 1 della l. 219/2012, si dirigeva, infatti, all'introduzione di modifiche alle «disposizioni vigenti in materia di filiazione e dichiarazione dello stato di adottabilità per eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi».

La pronuncia in commento e il giudice rimettente respingono tale interpretazione, valorizzando la «presenza di un ostacolo chiaro e inequivoco, qual è il rinvio della disposizione censurata all'art. 300, comma 2, c.c., la sua mancata inclusione nell'art. 106 d.lgs. 154/2013 ... nonché il carattere forte-

Il diritto all'identità dei figli in due recenti pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione, in questa Rivista, 2021, 337 ss.

- 20 Corte di cassazione, S.U. 8 maggio 2019, n. 12193, cit., con riferimento a un legame «diverso da quello previsto dall'art. 8 della l. n. 40 del 2004». In senso diverso sembrerebbe diretta l'espressione, contenuta nel §13.4, secondo cui le disposizioni della l. adozione «parificano la posizione del figlio adottivo allo stato di figlio nato nel matrimonio»
- 21 Corte di cassazione, ord. 29 aprile 2020, n. 8325, sui cui F. Ferraro, *La legge "presa sul serio". Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale*, in *Forum di Quaderni cost.*, 2020, 533 ss.
- 22 *Ex multis*, da ultimo, Corte d'Appello di Roma, decr. 27 aprile 2020, n. 1453, cit., per cui l'adottato potrebbe vedersi immotivatamente privato della possibilità di diventare erede degli ascendenti della madre intenzionale.
- 23 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., par. 7.1.1.
- 24 Cfr. A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., 402 ss.
- 25 A. Palazzo, *La riforma dello status di filiazione*, cit., 258 s.
- 26 J. Long, *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina dell'adozione dei minorenni*, cit., 256 ss.; L. Lenti, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II; G. Ferrando, *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Jus civile*, 2013, 528; P. Morozzo della Rocca, *Il nuovo status di figlio e adozione in casi particolari*, in *Famiglia e dir.*, 2013, 202, sul fondamento del carattere tutt'altro che eccezionale dell'adozione in casi particolari, sia per numerosità – costituendo circa un terzo delle adozioni di minori pronunciate ogni anno – che per funzione, dirigendosi a realizzare il diritto del minore ad una famiglia e non la semplice trasmissione di patrimonio e cognome che caratterizzano l'adozione di maggiorenni, ritiene che sarebbe altrimenti pleonastico il riferimento all'adozione inserito nell'art. 74 c.c.; in termini analoghi, B. De Filippis, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, *ivi*, 2013, 292; F. Prospero, *Unicità dello status filiationis e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 278.

mente innovativo della previsione di rapporti civili tra il minore adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante»²⁷.

Ulteriore conferma può desumersi dalla relazione della Commissione ministeriale allo schema del decreto attuativo, secondo cui dall'equiparazione dei figli adottivi a quelli nati nel matrimonio operata da tale legge dovevano essere esclusi gli adottati maggiore di età nonché, in ragione dell'analogia con tale ultima categoria di soggetti, anche coloro che siano stati adottati nei casi particolari, atteso che in entrambe le ipotesi si conservano i legami tra adottato e famiglia d'origine²⁸.

Conforme interpretazione era stata già precedentemente offerta dalla Consulta, che la definiva «un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella "legittimante"»²⁹, e l'orientamento è stato ribadito più volte dalla giurisprudenza di nomofilachia³⁰.

Il riferimento al figlio adottivo contenuto nel testo dell'art. 74 c.c., doveva, dunque, essere ancora non ad uno *status* peculiare, posto che dalla sentenza che pronuncia l'adozione parentale deriva la costituzione dello stato di figlio matrimoniale degli adottanti, ma piuttosto al titolo di quello stato, che si specifica nella sentenza di cui al Capo IV, l. cit., che è titolo giudiziale da cui scaturiscono effetti parificati a quelli che l'atto volontario di riconoscimento o la dichiarazione di nascita, ovvero i corrispondenti titoli giudiziali (artt. 269, 239, 240 c.c.), producono per la nascita in matrimonio o fuori di esso. La norma poteva dunque intendersi nel senso per cui il figlio parentale ha legami con la famiglia dei genitori: sia che la sua nascita – ovvero il suo concepimento, ai sensi dell'art. 231 c.c. – siano avvenuti durante il loro matrimonio; sia quando sia nato da genitori non coniugati; sia, infine, quando la sua generazione biologica risulti inconoscibile per effetto della sentenza che ne ha pronunciato l'adozione, ai sensi dell'art. 27, l. citata, ma non altrettanto può dirsi con riferimento all'adozione *ex art. 44*.

Non si comprendeva, altrimenti, la ragione per cui non sarebbe stato abrogato tacitamente anche l'art. 304 c.c., con particolare riferimento al comma 2³¹: tale quadro normativo rispondeva, infatti, alla medesima limitazione della parentela al solo adottante.

Conseguiva che, in applicazione dell'art. 567 c.c., i figli adottati in casi particolari vantavano diritti successori verso la propria famiglia di origine, e quindi anche verso i parenti in linea collaterale e gli ascendenti, mentre le loro pretese si arrestavano alla successione dell'adottante, restando esclusi da quella di eventuali altri suoi figli, biologici o adottivi, ascendenti o altri parenti. L'adottante, inoltre, non succede al figlio adottivo premorto (art. 304, comma 1, c.c.).

Il risultato era chiaramente paradossale e palesemente discriminatorio: non solo nell'adozione c.d. incrociata in coppia di donne del figlio partorito dall'altra ai sensi dell'art. 44, lett. d), ma anche

27 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., par. 6.

28 Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti alla famiglia e l'elaborazione di proposte di modifiche alla relativa disciplina, *Relazione conclusiva*, cit., 149 ss.; conformi C.M. Bianca, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 2 ss.; M. Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, cit., 231 ss.; Id., *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., 2 ss. Critica sul modo di procedere della Commissione M. Dossetti, *I nuovi successibili e il diritto intertemporale nella riforma della filiazione*, in AA.VV., *Le «nuove famiglie» e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219 del 2012*, cit., 93.

29 Corte costituzionale, 7 ottobre 1999, n. 383, cit.

30 A partire da Corte di cassazione, 22 luglio 2016, n. 12962, cit., per la quale «l'adozione in casi particolari si caratterizza per una radica differenza di disciplina in ordine alle condizioni di accesso (oltreché di rilievo anche quanto agli effetti, il cui esame è però superfluo)».

31 Così J. Long., *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina delle adozioni dei minorenni*, cit., 259, e nt. 34, in considerazione dell'ispirazione della norma ad evitare il rischio di utilizzo distorto dell'adozione da parte degli adottanti, per lucrare aspettative successorie sul patrimonio dell'adottato.

nell'adozione funzionale a costituire rilevanza giuridica ai rapporti affettivi nelle famiglie ricomposte ai sensi della lett. b), coloro che crescono «come fratelli e sorelle in una comunità familiare, sono tra loro degli estranei, in quanto parenti del coniuge del genitore»³², nonostante l'atto costitutivo di *status*, conseguente all'apprezzamento positivo della domanda di colui che, per tutti, è genitore. I figli di costui restavano dunque, tutt'al più affini tra di loro, nella sussistenza di vincolo matrimoniale tra il genitore dell'uno e quello dell'altro, ma non in caso di unione civile, poiché la l.76/2016 non richiama la relativa disciplina codicistica (argomentando dall'art. 1, comma 20), al pari di quanto sarebbe avvenuto in difetto di adozione. Non trovava applicazione, dunque, l'art. 570, comma 2, c.c., a norma del quale i fratelli unilaterali hanno diritto alla metà della quota di eredità che spetta ai germani, ed altrettanto può dirsi rispetto al concorso con altri successibili (art. 581 e 582 c.c.).

L'incoerenza del sistema è ulteriormente segnalata dalla pronuncia in commento, notando che, «nel decidere sull'adozione in casi particolari, il giudice deve verificare non soltanto "l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore" dell'adottante, ma anche valutare "l'ambiente familiare degli adottanti"» ex art. 57, comma 2, per poi privare il minore adottato «della sua appartenenza proprio a quell'ambiente familiare che il giudice è chiamato ... a valutare, al fine di deliberare in merito all'adozione»³³.

Il riconoscimento dei legami parentali realizza, invece, la tutela dell'identità che il minore «deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità»³⁴. Ne costituisce, del resto, apparenza il cognome, che ex art. 299 c.c. si compone di quello originario del minore con l'anteposizione di quello dell'adottante, come ha insegnato la giurisprudenza, anche recentissima, della stessa Consulta, sulla trasmissione del cognome paterno³⁵.

Dalla pronuncia deriva dunque che il minore adottato in casi particolari, conservando la parentela con la famiglia di origine ed acquisendo i legami con quella dell'adottante, è giuridicamente inserito in due o più famiglie: quella/e del/i genitore/i biologico/i e quella/e adottiva/e, applicandosi a tutte l'art. 74 c.c. Rispetto a tutte queste famiglie dovrebbe anche vantare anche diritti successori, in ragione della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 567, comma 2, c.c., che lo riferisca ormai solo all'adozione di maggiorenni, funzionale esclusivamente alla realizzazione di interessi patrimoniali e

32 M. Dossetti, *I nuovi successibili e il diritto intertemporale nella riforma della filiazione*, cit., 94, che sostiene la tesi dell'abrogazione tacita, conseguente al contenuto innovatore della novella dell'art. 74 c.c.

33 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., par. 8.2.

34 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., *ibidem*; Tribunale per i minorenni di Venezia, 22 settembre 2022, n. 123, in *Osservatoriofamiglia.it*, argomenta la posposizione del cognome dell'adottante a quello già esistente sulla considerazione per cui, posto che la condizione giuridica del minore adottato in casi particolari deve essere equiparata allo *status* di figlio minore, non sussistono neppure ragioni che giustificano il mancato instaurarsi di rapporti civili "tra l'adottato e i parenti dell'adottante". Analogamente, Tribunale per i minorenni di Sassari, 18 gennaio 2022, *ibidem*, e, nell'adozione di maggiorenne, cfr. Tribunale di Torino, sez. VII, 27 maggio 2022, n. 22, *ibidem*.

35 Cfr. Corte costituzionale, 27 aprile 2022, n. 131, in *G.U.*, I serie spec., 1° giugno 2022, n. 22; Corte costituzionale, 21 dicembre 2016, n. 286, in *Giur. it.*, 2017, 815, con nota di R. Favale, *Il cognome dei figli e il lungo sonno del legislatore*; in *Corr. giur.*, 2017, 165, con nota di V. Carbone, *Per la Corte costituzionale i figli possono avere anche il cognome materno, se i genitori sono d'accordo*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 818, con nota di C. Favilli, *Il cognome tra parità dei genitori ed identità dei figli*; in *Famiglia e dir.*, 2017, 213, con nota di E. Al Mureden, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio*; in *Foro it.*, 2017, I, 1, con nota di richiami di G. Casaburi; in *Dir. fam.*, 2017, 13; su cui C. Fioravanti, *La Consulta (finalmente!) dichiara incostituzionale l'automatismo nell'assegnazione del cognome paterno*, in *Studium iuris*, 2017, 678 ss. Sia permesso per l'approfondimento il richiamo, per esigenze di brevità, alle argomentazioni svolte in proposito e agli ulteriori riferimenti, anche bibliografici, in A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., 450 ss.

successori³⁶.

3. Alternatività e *rationes* specifiche dell'adozione in casi particolari

Sembra, dunque, preferibile discutere di alternatività, e non più di residualità, dell'adozione in casi particolari rispetto a quella di cui al Titolo I della l.184/1983, anche in ragione del tenore testuale dell'art. 11, comma 1, l. cit., riferito all'orfano di entrambi i genitori che versa in stato di abbandono, in quanto gli manca altresì la cura dei parenti entro il quarto grado che abbiano con lui rapporti significativi³⁷.

Di questo minore potrebbe, infatti, dichiararsi l'adottabilità con procedura semplificata, poiché non è necessario verificare il fallimento dei tentativi e delle misure di sostegno alla genitorialità di cui agli artt. 12 e ss., ma il Tribunale, decidendo «nell'esclusivo interesse del minore», può decidere di pronunciarne l'adozione in casi particolari per evitargli il trauma del distacco dalle persone che abbiano proposto corrispondente istanza, ai sensi dell'art. 44, l. cit. Si tratta specificamente della circostanza di cui alla lett. a), riferita appunto all'orfano di entrambi i genitori, e disegnata intorno alla conservazione dei rapporti coi parenti entro il sesto grado o di stabili e duraturi vincoli affettivi³⁸, consolidati prima della morte dei genitori. E tanto nell'una quanto nell'altra circostanza, all'accoglimento della domanda necessita l'accertamento ulteriore, ex art. 57, comma 1, l. cit., della concreta realizzazione, attraverso l'adozione, del «preminente interesse del minore».

Torna, dunque, l'affermazione, già ricordata nell'art. 11, comma 1 cit., della regola di un giudizio che non dipende da altro che dalla verifica non tanto della semplice attitudine del provvedimento a realizzare l'interesse del bambino, ma addirittura della concreta realizzazione di quell'interesse, da

³⁶ Più problematica appare, invece, a N. Chiricallo, *op. cit.*, la questione circa l'estensione dei diritti successori dell'adottante e dei suoi parenti all'adottato e ai relativi parenti, in contrasto con l'affermazione dell'unicità dello *status filiationis*.

³⁷ Cfr., per l'affermazione per cui è l'adozione piena a rappresentare l'*extrema ratio*, in ragione del prioritario interesse del minore, e dunque a sostegno del ricorso al modello dell'adozione in casi particolari, nei casi di abbandono semipermanente o ciclico in cui alla sussistenza di una pur grave fragilità genitoriale si associa, tuttavia, la permanenza di un rapporto affettivo significativo, tale da consentire la non interruzione dei rapporti giuridici e di fatto con la famiglia di origine, Corte di cassazione, 22 giugno 2016, n. 12962, cit.; Corte di cassazione, ord. 15 dicembre 2021, n. 40308, in *Quotidiano giur.*, 2021; Id., 22 novembre 2021, n. 35840, in *Famiglia e dir.*, 2022, 777, con nota di A. Figone, *Il definitivo riconoscimento dell'adozione mite*; id., 25 gennaio 2021, n. 1476, in *Foro it.*, 2021, I, 2055 ss.; Id., 13 febbraio 2020, n. 3643, in *Famiglia e dir.*, 2020, 1063, con nota di A. Thiene, *Semiabbandono, adozione mite, identità del minore. I legami familiari narrati con lessico europeo*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 830, con nota di P. Morozzo della Rocca, *Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali*, in quale evidenza tuttavia il rischio di «fare incancrenire contesti familiari nei quali sono già chiari sia il grave pericolo per lo sviluppo del minore ancora in tenera età, sia l'inidoneità dei genitori biologici». L'antecedente di questo orientamento si trova in Corte costituzionale, 7 ottobre 1999, n. 383, in *Giur. cost.*, 1999, 2951, con nota di richiami di A. Celotto.

³⁸ L'istanza potrebbe provenire da parenti di quinto o sesto grado, posto che l'art. 11, comma 1, presuppone che manchino quelli fino al quarto grado, i quali peraltro non necessitano di questo titolo giudiziale di accertamento della filiazione per prendersi cura del minore, essendo prevista soltanto la loro audizione e l'eventualità che il Tribunale detti prescrizioni idonee a garantire l'assistenza morale, il mantenimento, l'istruzione e l'educazione, a norma dell'art. 12, comma 3, salvo che non ritenga opportuno dettare i provvedimenti temporanei di cui all'art. 10, comma 2, in cui si comprendono il collocamento temporaneo in una comunità familiare o presso una famiglia, la sospensione della responsabilità genitoriale, la sospensione dell'esercizio delle funzioni del tutore e la nomina di un tutore provvisorio.

accertarsi attraverso le indagini dei servizi territoriali e degli organi di sicurezza «sull'adottante, sul minore e sulla di lui famiglia» (art. 57, comma 2), con particolare riguardo ai sintomi della affettività reciproca (art. 57, comma 3).

In particolare, la valutazione circa le conseguenze dell'eventuale adozione rispetto alla famiglia di origine del minore si giustifica in ragione del fatto che i rapporti tra l'adottato in casi particolari e la sua famiglia sono conservati, e consente di evidenziare la ragione fondamentale per la quale tale modello adottivo può realizzare al meglio quell'interesse che abbiamo visto essere l'argomento chiave cui la decisione deve ancorarsi, e che la pronuncia in esame ascrive alla *ratio* di «valorizzare l'effettività di un rapporto instauratosi con il minore». La sentenza che pronuncia l'adozione in casi particolari conserva, infatti, al bambino orfano dei genitori il nido affettivo e la consuetudine educativa in cui è cresciuto, ed al contempo riveste della giuridicità propria del rapporto filiale un vincolo affettivo che già da tempo lo lega agli istanti.

L'altra *ratio* era chiara nel laboratorio giurisprudenziale, che ha evidenziato come nelle medesime condizioni di questi orfani possano trovarsi anche bambini ed adolescenti i cui genitori sono in vita, ma non riescono a sostenere le proprie responsabilità per le più varie ragioni, eppure non può dirsi che abbiano abbandonato moralmente e materialmente i figli, perché continuano ad essere per loro figure essenziali, sebbene insufficienti, di riferimento affettivo ed educativo³⁹.

In siffatte condizioni, i bisogni dei minori trovano una protezione *medio tempore* attraverso l'affidamento temporaneo, ma il protrarsi dello stesso senza il consolidamento di uno stato giuridico conforme all'affettività maturata, e, peggio, il succedersi di affidamenti temporanei, contraddicono l'esigenza di garantire quella stabilità che è fondamentale alla realizzazione dell'interesse fondamentale del minore.

A rivestire di forma giuridica questa affettività consolidata risponde l'adozione *ex art. 44*, e non a caso la Consulta aveva già disegnato l'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione oggi contenuta nell'art. 44 lett. d), proprio con riferimento alla necessità, ritenuta illegittima dai giudici rimettenti, di constatare preliminarmente il fallimento dell'affidamento preadottivo di minori che non erano stati dichiarati adottabili – e dunque non potevano essere affidati per l'adozione – sebbene i genitori fossero decaduti dalla potestà parentale, perché di loro si prendevano validamente cura gli zii affidatari, che ne domandavano l'adozione in casi particolari⁴⁰.

Delle due ordinanze di rimessione, una era allora riferita alla domanda proposta dallo zio materno e da sua moglie, ai quali una bambina di otto anni era stata affidata fin dal settimo mese di vita, dopo la morte della madre, nell'impossibilità del padre di prendersene cura. Sussisteva il consenso del genitore superstite all'adozione, e anche la bambina, ascoltata dai giudici, aveva dichiarato di sentirsi «ormai figlia dei ricorrenti e di desiderare vivissimamente essere da loro adottata e portarne il cognome». L'inchiesta condotta dal servizio materno-infantile territoriale aveva confermato l'ottimo inserimento della bambina nella famiglia degli zii, e che i loro due figli matrimoniali la consideravano

³⁹ Corte di cassazione, ord. 12 luglio 2022 n. 22063, in *Osservatoriofamiglia.it*: «il Giudice chiamato a decidere sullo stato di abbandono del minore, e quindi sulla dichiarazione di adottabilità, deve accertare la sussistenza dell'interesse del minore a conservare il legame con i suoi genitori biologici, pur se deficitari nelle loro capacità genitoriali, in quanto l'adozione legittimante costituisce l'*extrema ratio* cui può pervenirsi quando non si ravvisi tale interesse, e ciò considerato che nell'ordinamento coesistono sia il modello di adozione fondato sulla radicale recisione dei rapporti con i genitori biologici, sia modelli che escludono tale requisito e consentono la conservazione del rapporto, quali le forme di adozione disciplinate dagli artt. 44 e ss. delle L. n. 184 del 1983, e in particolare l'art. 44, lett d)».

⁴⁰ Corte costituzionale, 7 ottobre 1999, n. 383, cit., richiamata dalla pronuncia in commento. I giudizi di legittimità costituzionale erano stati promossi con ordinanze emesse il 15 gennaio 1998 dal Tribunale per i minorenni di Ancona e l'11 novembre 1998 dal Tribunale per i minorenni di Roma.

come una sorella, ricambiati di uguale affetto. Rilevava il Tribunale rimettente che «la minore di cui viene chiesta l'adozione non è stata dichiarata adottabile né potrebbe esserlo. Il fatto stesso che di lei si sia validamente occupato lo zio materno vale infatti ad escludere l'esistenza uno stato di abbandono giuridicamente rilevante ai fini degli artt. 8, 12 e 15, n. 1 della l. cit., per cui la minore, benché orfana di madre e non allevata dal padre, non è in abbandono e non può essere dichiarata adottabile».

Nell'altro caso, i genitori decaduti dalla potestà conducevano vita errabonda, e non si erano mai occupati del figlio, affidato fin dal primo mese di vita alla sorella paterna, che ne domandava l'adozione assieme al marito. Anche per questo bambino non poteva dichiararsi l'adottabilità, eppure il Tribunale notava che «La situazione sopra considerata è del tutto analoga a quella dell'orfano. Come l'orfano infatti il bambino abbandonato è privo di rapporti con i genitori, e come l'orfano subisce per la loro scomparsa gravi sofferenze e gravissimo pregiudizio. Ma per l'orfano la legge provvede diversamente. L'orfano infatti, anche se non adottabile con adozione piena perché validamente assistito da un parente, può da quello stesso parente essere adottato a norma dell'art. 44, lett. a), della legge n. 184 del 1983. La diversa formulazione di questa norma, che non richiede fra i presupposti dell'adozione "la constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo", e quindi non richiede la dichiarazione dello stato di adottabilità, giustifica tale interpretazione».

In questo fondamentale precedente, anch'esso costruito intorno al giudizio antidiscriminatorio, la Consulta notava che proprio a questi bambini, dei quali non sussiste la condizione di abbandono di cui all'art. 7, comma 1, è necessario assicurare pari trattamento rispetto a quello che a loro verrebbe offerto dall'art. 44, lett. a), se fossero orfani, senza richiedere l'infruttuoso tentativo di affidamento preadottivo. Evidenziava che «sarebbe assurdo pensare, come fanno i giudici *a quibus*, che dalla disciplina impugnata discenda l'impossibilità di far luogo all'adozione in casi particolari da parte di parenti che già si prendono cura del minore. Ma l'interpretazione logica e sistematica della lett. c) del citato art. 44 della legge n. 184 del 1983 non conduce a tale conclusione». Specificava, ancora, che «esistendo già un nucleo con vincoli di parentela disposto ad accogliere stabilmente il minore per fornirgli l'ambiente adatto alla sua crescita, non è necessario tentare di trovarne altri, né si deve formalmente constatare l'impossibilità di un affidamento diverso da quello già in atto» proprio perché «l'art. 44 è tutto retto dalla "assenza delle condizioni" previste dal primo comma del precedente art. 7 della medesima legge n. 184: pertanto, gli stessi principi relativi alle prime due ipotesi dell'art. 44 valgono anche per le fattispecie ricadenti sotto la lettera c)» [oggi d) – *n.d.r.*].

Lo conferma il già ricordato art. 11, comma 1: «è evidente allora che, nelle ipotesi considerate, il legislatore ha voluto favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti o le persone che già si prendono cura di lui, prevedendo la possibilità di un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella "legittimante", ma con presupposti necessariamente meno rigorosi di quest'ultima. Ciò è pienamente conforme al principio ispiratore di tutta la disciplina in esame: l'effettiva realizzazione degli interessi del minore».

Della motivazione è essenziale sottolineare ancora due aspetti: 1) la previsione oggi contenuta nell'art. 44, lett. d), è costituzionale solo in quanto sia interpretata come finalizzata ad agevolare la costituzione di vincoli giuridici corrispondenti a quelli in atto ed all'interesse esclusivo del minore⁴¹; 2) in tutte in tutte le fattispecie che contempla valgono i medesimi principi.

Richiamando esplicitamente anche l'ipotesi di cui alla lett. b), dell'adozione domandata dal coniuge del genitore, la sentenza evidenziava, infatti, come sia in questo caso che in quello della domanda avanzata dal convivente, ai sensi della lett. d), non necessita alcun tentativo di affidamento preadottivo, che sarebbe impossibile non solo giuridicamente ma anche di fatto, perché il bambino non

41 Lo evidenzia Corte d'Appello di Torino, 27 maggio 2016, in *Foro it.*, 2016, I, 1910.

versa in stato di abbandono⁴².

E altrettanto ricorda la pronuncia più recente, argomentando nel senso per cui «i suoi presupposti applicativi, avulsi dall'accertamento di uno stato di abbandono – che pure nel caso dell'art. 44, comma 1, lett. d), può di fatto sussistere – spiegano il necessario assenso dei genitori, ove questi vi siano, e il persistere di legami con la famiglia di origine»⁴³.

4. Valutazione dell'interesse del minore alla dichiarazione di adottabilità ovvero all'adozione mite

Il principio è consolidato nella giurisprudenza di legittimità, che si è espressa, anche a S.U.⁴⁴, nel senso per cui l'adozione in casi particolari costituisce una «clausola di chiusura del sistema», quale strumento a cui ricorrere tutte le volte in cui sia necessario salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa, all'unica condizione della constatata impossibilità di affidamento preadottivo, da intendersi non soltanto come impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono del minore, bensì come impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo».

La citata disposizione interna è, anche ad avviso della ricordata giurisprudenza della Corte EDU,

⁴² Tribunale per i minorenni di Bologna, 10 gennaio 2008, in *Il merito*, 4 del 2008, 9, ritiene che «quando il minore non è in stato di abbandono l'unica possibilità di adozione è quella in casi c.d. particolari, prevista dall'art. 44 l. n. 184 del 1983».

⁴³ Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, par. 5.1.

⁴⁴ Corte di cassazione, S.U., 13 maggio 2020, n. 8847, in *Il familiarista*, con nota di G. Montalcini, *Adozione in casi particolari: giurisdizione tra residenza abituale del minore e Paese d'origine*, citata dalla pronuncia in commento, sull'esclusione dell'adozione mite dall'applicazione della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996, ratificata con l. 18 giugno 2015, n. 101, proprio in ragione della considerazione per cui la stessa crea un vincolo di filiazione giuridica che si sovrappone a quello di sangue, non estinguendo il rapporto con la famiglia di origine, e dunque non realizza la collocazione in una famiglia sostitutiva, ai sensi dell'art. 3, comma 3, della Convenzione e del Preambolo alla stessa; Corte di cassazione, S.U., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Articolo29*, su cui G. Luccioli, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in questa rivista, 2020, 152 ss., e V. Barba, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019, ivi*, 2019, 19 ss.; in *Diritto e processo*, 2019, 411 ss., con nota di A. Sassi e S. Stefanelli, *Nascita da gestazione per altri e accertamento della maternità*. Cfr. anche Corte di cassazione, ord. 15 dicembre 2021, n. 40308, in *Ced* 663429 – 01, ancora con riferimento all'adozione mite e alle situazioni di semiabbandono, in cui la idoneità non piena dei genitori biologici non escluda l'opportunità della loro presenza nella vita del minore, in considerazione dell'affetto e dell'interesse da essi dimostrato nei confronti del minore; Corte di cassazione 22 novembre 2021, n. 35840, in *Ced* 281884-01; Corte di cassazione, 25 gennaio 2021, n. 1476, in *Famiglia e dir.*, 2021, 586 con nota di F. Zanovello, *Semiabbandono e interesse del minore alla conservazione dei legami familiari. La Cassazione ribadisce il ricorso all'adozione "mite"*; Corte di cassazione, 13 febbraio 2020, n. 3643, *ivi*, 2020, 1063, con nota di A. Thiene, *Semiabbandono, adozione mite identità del minore. I legami familiari narrati con lessico europeo*, e (830) di P. Morozzo della Rocca, *Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali*; Corte di cassazione, 22 aprile 2020, n. 8029 e Corte di cassazione, 3 aprile 2020, n. 7668, *ibidem*, 537, con note di A. Scalera, *Doppia maternità nell'atto di nascita: la Cassazione fa un passo indietro*, e di R. Calvigioni, *L'ufficiale di stato civile non può registrare la nascita da genitori samesex: dai giudici di merito fino alla Cassazione*. Conformi, da ultimo, Corte di cassazione 5 aprile 2022, n. 10989, *cit.*; Corte di cassazione 14 settembre 2021, n. 24714, in *Riv. dir. famiglia successioni*, 2022, 282, in tema di natura non assoluta, ma bilanciabile, del diritto del minore di rimanere nel suo nucleo familiare, anche allargato, che impone «un esame approfondito, completo e attuale delle condizioni di criticità dei genitori e dei familiari entro il quarto grado disponibili a prendersi cura del minore e delle loro capacità di recupero e cambiamento, ove sostenute da interventi di supporto adeguati anche al contesto socioculturale di riferimento».

pienamente conforme alla protezione offerta al diritto alla vita familiare del bambino e dei suoi genitori dall'art. 8 della Convenzione, in quanto risponde all'identico quadro assiologico ed alla sua costante interpretazione, nel senso per cui è tendenzialmente sempre preferibile conservare i legami familiari in atto, salvo che la famiglia di origine si sia dimostrata particolarmente inidonea ad assicurare lo sviluppo del bambino in un ambiente sicuro e protetto, ed unicamente allorquando siano state tentate tutte le alternative allo scopo di ricostruirne l'armonia.

Tra tali legami si comprendono anche quelli di fatto, che legano un bambino agli affidatari temporanei⁴⁵ e dunque costituisce violazione dell'art. 8 della Convenzione la decisione di dichiarare l'adottabilità, e affidare a una coppia idonea all'adozione parentale, un minore in tenerissima età, che aveva vissuto i suoi primi diciannove mesi con una coppia affidataria provvisoria, nonostante la relativa domanda di adozione in casi particolari.

In sintesi, secondo la Corte EDU costituisce violazione dell'obbligo convenzionale il provvedimento di allontanamento giustificato esclusivamente dalla disponibilità di ambienti teoricamente più confacenti alla cura ed allo sviluppo del minore, mentre quell'allontanamento si impone allorquando il mantenimento dei legami familiari ponga in pericolo la sua salute o la crescita libera ed armoniosa, e tale rischio non sia altrimenti evitabile⁴⁶.

La Consulta aveva già fatto propria questa interpretazione, affermando l'applicabilità dell'adozione *ex art. 44* a tutela del miglior interesse del nato da procreazione medicalmente assistita praticata da coppia femminile, pur segnalando l'urgenza di una «diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale», ed allo scopo aveva invocato l'intervento indifferibile del legislatore, non essendo «più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa,

⁴⁵ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*. Del principio così affermato ha dato corretta applicazione Tribunale per i minorenni di Brescia, 21 dicembre 2010, in *Dir. fam.*, 2010, 1276, pronunciando l'adozione *ex art. 44*, lett. d), da parte della coppia affidataria fin dalla nascita e per tre anni di un neonato, prematuro e bisognoso di speciali attenzioni, nell'irreperibilità dei genitori biologici ed in ragione dell'instaurato «legame fortissimo ed inscindibile» all'interno della triade ed esteso all'intera famiglia, «divenuto un legame genitoriale e filiale profondo per tutti e tre, legame che se si dovesse spezzare sarebbe traumatico, per tutti, soprattutto per» il bambino. Cfr. anche Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 16 luglio 2015, *Nazarenko c. Russia*, par. 66; Id., 12 novembre 2020, *Honner c. Francia*, paragrafo 51; Anche AG Melchior Wathelet della Corte di giustizia dell'Unione Europea, nelle conclusioni depositate il 9 giugno 2016 nelle cause riunite C-401/15, C-402/15, C-403/15, si è espresso in favore del riconoscimento del permesso di soggiorno, ai sensi della dir. UE 2004/38, al discendente del coniuge o del convivente del lavoratore migrante, a lui legato affettivamente e da lui dipendenti economicamente. L'opinione è stata accolta da Corte di giustizia dell'Unione Europea, sez. II, 15 dicembre 2016, par. 55, secondo cui «purché rientrino nella definizione di «familiari», ai sensi dell'articolo 2, punto 2, lett. c) della dir. UE 2004/38, di un lavoratore frontaliero avente egli stesso legami sufficienti con la società dello Stato membro di accoglienza, risulta che i figli del coniuge o del partner riconosciuto da detto Stato membro di accoglienza di tale lavoratore frontaliero possono essere considerati come figli dello stesso al fine di poter beneficiare del diritto di percepire un sussidio economico per il compimento dei loro studi superiori considerato come un vantaggio sociale ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del reg. UE n. 492/2011».

⁴⁶ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 16 febbraio 2016, *Soares de Melo c. Portogallo*, con riferimento alla dichiarata adottabilità dei sette figli minori di una donna, cui era stato impedito qualsiasi incontro con i bambini, allontanati dalla madre a causa della sua incapacità di offrire loro condizioni materiali di vita adeguate, essendosi lo Stato limitato a consigliare alla donna la sterilizzazione per evitare nuove nascite, ed avendo valutato il rifiuto della donna come prova della sua incapacità genitoriale; principi già affermati da Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 13 marzo 2012, *Y C. c. Regno Unito*, su cui C. Simmonds, *Paramountcy and the ECHR: A Conflict Resolved?*, in *Cambridge Law Journal*, 2012, 498 ss., anche per i riferimenti ai precedenti.

tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore», riscontrato in ragione della previsione della necessità di assenso all'adozione da parte del genitore legale⁴⁷. Analogamente, rispetto alla nascita da surrogazione di maternità e nella stessa data, aveva ritenuto che l'adozione in parola da parte del genitore intenzionale non legato da vincolo genetico al nato, in ossequio alla ricordata interpretazione delle S.U.⁴⁸, «costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali», in quanto «è ancora controverso ... se anche l'adozione in casi particolari consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri. Essa richiede inoltre, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore "biologico" ... che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita»⁴⁹.

Anche di recente, la Corte di Strasburgo ha confermato il proprio coincidente indirizzo giurisprudenziale, che ascrive alla tutela offerta alla vita privata di fatto dall'art. 8 della Conv. EDU il rapporto instaurato e consolidatosi nei primi quattro anni e mezzo di vita di un bambino con la coppia di donne che lo hanno cresciuto, dopo aver condiviso il progetto genitoriale che ha portato alla sua nascita, da p.m.a.⁵⁰.

La valutazione della condizione del minore, ai fini della sua dichiarazione di adottabilità, deve dunque essere ispirata al suo superiore interesse, avendo riguardo non tanto ai comportamenti di ciascun genitore, quanto piuttosto alle possibili loro conseguenze sullo sviluppo psicofisico della perso-

⁴⁷ Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 32, in *Famiglia e dir.*, 2021, 704, con note di G. Ferrando, *La Corte Costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*, e di M. Dogliotti, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?*; in *Giur. it.*, 2022, 311, con nota di C. Favilli, *Stato filiale e genitorialità sociale: dal fatto al rapporto*; in *Corti supreme e salute*, 2021, 401 ss., con nota di S. Checchini, *Illiceità del ricorso a tecniche di PMA da parte di coppie dello stesso sesso e tutela del preminente interesse del minore: la sentenza n. 32/2021 della Corte costituzionale*; in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2021, 623 ss., con nota di G. D'Amico, *La preminente... discrezionalità del legislatore e il "giuoco delle parti"*, su cui A. Schillaci, *Non imposta, né vietata: l'omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico*, in questa Rivista, *Online first*, 2021; A. Cordiano, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *Riv. Biodiritto*, 2021, 13 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 609, con nota di B. Checchini, *L'omogenitorialità ancora al vaglio della Corte Costituzionale*; in *Corriere giur.*, 2021, 1034, con nota di S. Tonolo, *La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative*. Cfr. Corte costituzionale, 20 ottobre 2020, n. 230, in *Foro it.*, 2021, I, 39 ss., con nota di C. Bona, *La filiazione omosessuale, tra "rivoluzione arcobaleno" e diritto "postmoderno"*, e, *ibidem*, 44 ss., con nota di S. Stefanelli, *Il rapporto tra nato in Italia da p.m.a. e madre intenzionale resta confinato all'adozione genitoriale*; in *Quot. Giuridico*, 2020, con nota di C. Trapuzzano, *Unioni civili: il riconoscimento della filiazione verso due madri spetta al legislatore*; in *Diritti comparati*, con nota di A. Di Martino, *Corte costituzionale, atti di nascita di bambini nati nell'ambito di una coppia lesbica e accesso alla p.m.a.*; in *Rivista AIC*, con nota di E. Olivito, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*.

⁴⁸ Corte di cassazione, S.U., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

⁴⁹ Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 33, par. 5.8., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 609, con nota di B. Checchini, *L'omogenitorialità ancora al vaglio della Corte Costituzionale*; in *Corr. giur.*, 2021, 1034, con nota di S. Tonolo, *La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni interpretative*; in *Famiglia e dir.*, 2021, 704, con nota di G. Ferrando, *La Corte Costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*, cit.

⁵⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. V, 12 novembre 2020, *Honner c. Francia*, par. 50 s.

nalità del fanciullo, considerato non in astratto ma in concreto. Al contrario, le condizioni personali dei genitori non rivestono, da sole, alcuna rilevanza⁵¹, «dovendosi considerare “situazione di abbandono”, oltre al rifiuto intenzionale e irrevocabile dell’adempimento dei doveri genitoriali, anche una situazione di fatto obiettiva del minore che impedisca o ponga in pericolo il suo sano sviluppo psicofisico, avendo riguardo alla personalità del fanciullo, considerato in relazione al suo vissuto, alle sue caratteristiche psicologiche e fisiche, alla sua età e al suo grado di sviluppo»⁵².

Di tali principi non fece buon governo, secondo l’apprezzamento della Corte EDU, il Tribunale per i minorenni che dichiarò l’adottabilità dei tre figli minori di donna affetta da depressione ed in terapia, ordinandone l’affidamento preadottivo a tre diverse coppie, senza tenere il minimo conto dei risultati della consulenza tecnica, secondo cui «la genitrice era disposta ad accettare gli interventi necessari al fine di migliorare il loro rapporto con i figli», e di conseguenza era opportuno «mantenere l’affidamento dei bambini all’istituto, predisporre un percorso di riavvicinamento tra i genitori e i figli e intensificare gli incontri»⁵³.

L’adottabilità era stata dichiarata in ragione non solo delle anomalie caratteriali e della personalità della madre, unico genitore, ma anche del pregiudizio all’equilibrato sviluppo psicofisico del minore, in ragione del principio per cui: «il ricorso all’adozione non è consentito sulla base di una verifica

51 Corte di cassazione, 24 novembre 2015, n. 23797, in *Guida dir.*, 3/2016, 60, con nota di S.A. Galluzzo, *Irrilevante l’esigenza di non separare due fratelli unilaterali*: la vicenda riguarda la dichiarazione di adottabilità di due minori, nonostante la disponibilità ed idoneità dei nonni paterni ad assumersene la cura, nel corso del giudizio viene accertato che uno dei bambini non fosse figlio dello stesso padre dell’altro, ed il Tribunale, per non dividere i due minori affidando solo uno ai nonni paterni, preferisce disporre l’affidamento preadottivo ad una stessa famiglia. Sull’opposizione dei nonni, la Corte, ribadito il diritto del nipote a crescere con la sua famiglia di origine, in cui si comprendono gli ascendenti, gli zii, i prozii ed i cugini, annulla la decisione con riguardo al bambino la cui paternità è confermata, mentre non può accogliere l’opposizione nei confronti dell’altro, non sussistendo legami di parentela, e ne conferma l’adottabilità. Poteva, altrimenti, disporsi l’adozione ex art. 44 lett. d), da parte della medesima coppia, con la quale senza dubbio esistevano solidi rapporti affettivi. Conf. Corte di cassazione, 16 aprile 2014, n. 8877, in *Quotidiano giur.*, 2014; Id., 8 novembre 2013, n. 25213, in *Famiglia e dir.*, 2015, con nota di D. Morello Di Giovanni, *Adozione: stato di abbandono e irrilevanza dell’età dei genitori*; Id., 22 ottobre 2013, n. 26204, *Ced* 629006, di annullamento della dichiarazione di adottabilità senza l’adeguata verifica del perdurare delle condizioni di inadeguatezza fisiopsichiche della madre, cittadina keniana, e dello stato attuale del suo rapporto con il figlio, tenendo conto delle criticità derivanti dal fatto che era stato allontanato da lei dalla nascita, in forza della considerazione per cui: «La preferenza verso un modello familiare diverso da quello prospettato dalla ricorrente (ritorno in Kenya per poter ricevere il sostegno anche economico dai propri parenti ed in particolare dallo zio materno) non può avere alcuna incidenza su una decisione che sia volta ad accertare esclusivamente l’esistenza di un’irreversibile condizione di abbandono del minore da parte dei genitori o del genitore. Nella specie, al contrario, è stato proposto un progetto d’inclusione che può essere contestato nel merito ove non siano indicate o condivise le condizioni di fattibilità, anche in considerazione dell’idoneità soggettiva del genitore a svolgere il proprio ruolo, ma non in virtù di opzioni culturalmente orientate».

52 Corte di cassazione, 18 giugno 2014, n. 13911, in *Quotidiano giur.*, 2014

53 Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 13 ottobre 2015, *S.H. c. Italia*, cit. La Corte «dubita dell’adeguatezza dell’intervento scelto e ritiene che le autorità nazionali non abbiano fatto abbastanza per salvaguardare il legame madre-figli, e osserva che, in effetti, erano praticabili altre soluzioni, come quelle suggerite dal perito, e in particolare la realizzazione di un’assistenza sociale mirata, di natura tale da permettere di superare le difficoltà legate allo stato di salute della ricorrente, preservando il legame familiare assicurando comunque la protezione dell’interesse supremo dei minori». La pronuncia riafferma il principio per cui «il fatto che un minore possa essere accolto in un contesto più favorevole alla sua educazione non può di per sé giustificare che egli venga sottratto alle cure dei suoi genitori biologici; una tale ingerenza nel diritto dei genitori, sulla base dell’articolo 8 della Convenzione, di godere di una vita familiare con il loro figlio deve altresì rivelarsi “necessaria” a causa di altre circostanze».

dell'adeguatezza delle capacità (affettive o economiche) dei genitori mediante una valutazione in via comparativa e astratta dell'esistenza di una diversa opzione in vista di un più sano ed equilibrato sviluppo psico-fisico del minore. Al contrario, è necessario appurare che la crescita all'interno della famiglia biologica sia di grave pregiudizio per il minore, ogniqualevolta si accerti l'inadeguatezza dei genitori naturali a garantirgli il normale sviluppo psico-fisico, così da far considerare la rescissione del legame familiare come strumento adatto ad evitare al minore un più grave pregiudizio ed assicurargli assistenza e stabilità affettiva». L'istruttoria aveva dimostrato, infatti, «la mancanza di autonomia della madre nell'accudimento del bambino, rivelatasi nell'adempimento delle funzioni essenziali quali la preparazione dei pasti, la cura dell'igiene, la capacità di interagire con lui e di affrontare una situazione critica come il pianto, ecc.».

In una distinta fattispecie, non era stato neppure disposto l'accertamento tecnico-psicologico circa la capacità genitoriale ed il legame tra il padre, giunto in Italia dalla Nigeria e richiedente protezione per motivi umanitari, e la bimba che aveva portato con sé, nonostante egli avesse cercato di contattarla perfino durante l'ingiusta detenzione per un'accusa di associazione per delinquere finalizzata al traffico di clandestini, di cui era stata accertata l'infondatezza prima che la bambina fosse dichiarata adottabile, e nonostante l'opposizione paterna. La decisione di rescindere il legame tra i due era stata assunta, invece, in ragione della osservazione di un unico loro incontro⁵⁴.

Analoga violazione degli obblighi nascenti dall'adesione alla Convenzione la Corte ha ravvisato nel provvedimento che dispose l'adozione con procedimento semplificato *ex art. 11 cit.*, dei due neonati partoriti in anonimato da una donna, immigrata in condizioni di clandestinità, nonostante costei avesse subito espresso il proprio ripensamento e domandato di essere ricevuta dal Tribunale per i minorenni, che le aveva invece vietato perfino di visitare i bambini nel centro di accoglienza in cui erano stati ricoverati, e ne aveva pronunciato l'adozione in appena due mesi⁵⁵. Nello stesso senso, l'apprezzamento delle condizioni di indigenza materne, nonostante le quali la donna conservava un ruolo significativo nella cura del proprio bambino, non avrebbe dovuto determinare la dichiarazione di adottabilità e l'adozione parentale⁵⁶ di altro minore, in violazione di quel diritto alla vita privata e familiare alla cui tutela la Corte suggerisce piuttosto l'istituto dell'adozione in casi particolari, che definisce "semplice", perché assicura la conservazione dei rapporti del minore col genitore biologico.

Pochi anni prima venne analogamente sanzionata, perché confliggente con l'interesse superiore del bambino ad acquisire legami giuridici corrispondenti alla maturata affettività, la decisione di affidare in vista dell'adozione parentale un bambino a coppia diversa da quella, non avente i requisiti di legge di cui all'art. 6, l. adozione, cui era stato affidato temporaneamente per i suoi primi mesi di vita, pur sussistendo tra loro "un forte legame", e nonostante gli affidatari ne avessero domandato l'adozione⁵⁷ ai sensi degli artt. 44 e ss. della stessa legge.

La lunga serie di condanne prosegue fino a tempi recentissimi, quando la Corte di Strasburgo ha censurato la decisione di recidere i legami familiari di una bambina con la famiglia biologica, in difetto di valutazione delle capacità della madre di svolgere il suo ruolo di genitore o da una valutazione da parte di uno psicologo, e non essendo stato posto in essere alcun tentativo di preservare i legami familiari, in ragione dell'esistenza di una serie di difficoltà, che avrebbero potuto essere superate mediante un'attività assistenziale mirata. Non essendosi ancora conclusa la procedura di adottabilità, i giudici europei hanno invitato le autorità nazionali a riconsiderare, in breve tempo, la situazione e a vagliare la possibilità di determinare un avvicinamento tra di loro, anche applicando soluzioni meno radicali

54 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 16 luglio 2015, *Akinnibosun c. Italia*.

55 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 13 gennaio 2009, *Todorova c. Italia*.

56 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 2 giugno 2014, *Zhou c. Italia*, cit.

57 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, cit.

come l'adozione in casi particolari, e tenendo conto della situazione attuale della minore e del suo superiore interesse, rimettendo la stessa e la madre nella condizione in cui si sarebbero trovate in difetto della decisione di adottabilità, che ha disconosciuto la tutela loro offerta dall'art. 8 Conv. EDU⁵⁸.

Il principio ha ricevuto, infine, consacrazione costituzionale⁵⁹, avendo la Consulta rilevato che il minore, i cui genitori versino in condizioni che impediscono loro di esercitare appieno la responsabilità genitoriale ma conservino comunque un ruolo importante nella vita affettiva del figlio, e che per questo si trovi in condizioni di semiabbandono permanente, deve essere sottratto all'affidamento preadottivo, in ragione del difetto del presupposto dello stato di abbandono, e può essere avviato all'adozione in casi particolari, per affiancare ai genitori biologici uno o più adottanti, e le loro famiglie.

L'interpretazione ha avuto corretta applicazione nel più recente arresto in materia⁶⁰, valorizzando proprio la coesistenza dei legami sia con la famiglia dell'adottante che con quella del padre biologico, allo scopo di accertare la piena realizzazione del preminente interesse del minore all'adozione ex art. 44: si trattava della domanda avanzata dal marito della madre di una bambina, di cui i servizi sociali avevano accertato il pieno inserimento nella famiglia creata dalla madre e dal ricorrente, sussistendo altresì il consenso del padre all'adozione, ed essendo accertata anche la sua impossibilità assoluta di far fronte al mantenimento della figlia, per ragioni economiche.

Infine, il d. lgs. 150/2022, attuativo della c.d. riforma Cartabia del processo civile, ha introdotto nella l. 184/1983 l'art. 5 *bis*, sull'affidamento ai servizi sociali territoriali dei minori che si trovano nelle condizioni che giustificano i provvedimenti *de responsabilitate* di cui all'art. 333 c.c., quando gli interventi di sostegno alla genitorialità si sono rivelati inefficaci o i genitori non hanno collaborato alla loro attuazione, e fatto salvo l'affidamento temporaneo in caso di necessità e urgenza, di cui all'art. 2, comma 3, l. 184/1983. La disposizione evidenzia la possibilità di conservare ai genitori la capacità a compiere atti in rappresentanza del minore e, tra i compiti del servizio sociale, quello di riferire all'autorità giudiziaria o al giudice tutelare, con periodicità determinata dal provvedimento di affidamento, e comunque non superiore a sei mesi, dei rapporti mantenuti dal minore coi genitori stessi⁶¹, le cui indicazioni – se non dichiarati decaduti dalla responsabilità genitoriale – devono essere tenute in conto nell'adozione delle scelte demandate al servizio.

La disposizione, che avrebbe trovato più coerente collocazione nell'articolato codicistico⁶², disciplina a ben vedere un caso di affidamento eterofamiliare, di cui all'art. 337 *ter*, 2 comma, c.c., qualificato dall'adozione di provvedimenti limitati della responsabilità dei genitori, e prevede anche la nomina di un collocatario, i cui poteri sono definiti con lo stesso provvedimento di limitazione della responsabilità genitoriale. Degno di nota, nel senso della valorizzazione della conservazione del rapporto del minore con i propri genitori, è l'aver subordinato espressamente l'affidamento ai servizi sociali al constatato fallimento del previo esperimento di interventi di sostegno e aiuto alla genitorialità (ai sensi degli artt. 1, commi 2, 3 l. 184/1983), per ovviare alle condizioni che hanno posto i genitori stessi nelle condizioni di esercitare in modo scorretto la propria responsabilità, o di omettere la cura dovuta

58 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. I, 20 gennaio 2022, *D.M. ed N. c. Italia*.

59 Corte costituzionale, 28 marzo 2022, n. 79, cit.

60 Corte di cassazione, ord. 5 aprile 2022, n. 10989, cit.

61 Da conservarsi in applicazione dell'art. 8 Conv. EDU, su cui v. Corte EDU, 10 settembre 2019, ric. 37283/13, *Strand Lobben e altri c. Norvegia*

62 Critico, negli stessi termini, G. De Cristofaro, *Le modifiche apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della "Legge Cartabia" (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, spec. 1440 ss.

«alla crescita e all'educazione» dei propri figli (art. 1, comma 4, l. cit.)⁶³.

5. Valorizzazione dell'affettività del minore

Sono numerose le decisioni di merito e di legittimità che hanno disegnato uno statuto giuridico rispettoso della consuetudine di affettività tra i bambini e gli adulti che essi riconoscono come genitori, perché di loro si sono presi cura con affetto e dedizione. Emblematica è la vicenda di un neonato di tre mesi, ospedalizzato perché prematuro e mai visitato dai genitori durante il ricovero, affidato prima con provvedimento di urgenza e poi con provvedimento di affidamento temporaneo ad una coppia di coniugi. Resisi irreperibili i genitori biologici, gli affidatari proposero domanda di adozione in casi particolari, accolta dal Tribunale in ragione del forte ed inscindibile legame filiale instauratosi, nonostante il parere negativo del pubblico ministero, che domandava l'adozione parentale in ragione della condizione di abbandono del minore⁶⁴.

Voci critiche, pur condividendo la decisione di merito, ne hanno denunciato l'introduzione in via pretoria di «una nuova prassi adottiva non espressamente contemplata dalla normativa», illegittima in difetto di novella legislativa, in ragione del presupposto per cui sarebbe necessaria ed imprescindibile, in ogni caso di abbandono, la dichiarazione di adottabilità, con conseguente avvio dell'ordinaria procedura adottiva, e dunque sarebbe impossibile, *de lege lata*, riconoscere precedenza alle eventuali domande di adozione c.d. speciale, da parte degli affidatari⁶⁵.

Il descritto quadro normativo, illuminato dai principi di legalità costituzionale e sovranazionale, giustifica, al contrario, nell'argomentazione della Consulta⁶⁶, simile pronuncia, in quanto funzionale all'esigenza prioritaria di conservare i «legami affettivi significativi» ed il «rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria», enucleati dalla giurisprudenza di nomofilachia in tema di adozione del figlio del convivente e trascrizione dell'atto di nascita estero, con l'indicazione di due madri⁶⁷, come anche dall'interpretazione offerta dalla Consulta degli artt. 330 e 337 *ter c.c.*, con riferimento alla tutela da garantirsi attraverso i provvedimenti *de potestate* alla conservazione del significativo rapporto affettivo che lega un bambino all'ex convivente del genitore, dopo la crisi della cop-

⁶³ Sostiene l'applicazione dell'affidamento temporaneo, di cui agli artt. 2 ss. l. 184/1983, in caso di semiabbandono, pur forzando la *ratio* normativa, P. Morozzo della Rocca, *Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali*, cit., ancora in ragione della constatata esistenza di un sistema di relazioni che non è opportuno cancellare, e senza omettere di censurare le gravi carenze di risorse in capo al servizio sociale e la mancanza di disponibilità di coppie e singoli all'affidamento temporaneo o all'adozione mite.

⁶⁴ Tribunale per i minorenni di Brescia, 21 dicembre 2010, cit.

⁶⁵ R. Ielasi, *Una nuova prassi da utilizzare solo in caso di danno al minore o irreperibilità dei genitori*, in *Arch. fam. e minori*, 4/2011, 4, 61.

⁶⁶ Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., par. 5.1.

⁶⁷ Corte di cassazione, 22 giugno 2012, n. 12962 cit.; Id., 30 settembre 2016, n. 19599, cit., la quale fonda il riconoscimento del diritto del minore a conservare lo *status* corrispondente alla consolidata affettività che lo lega alla donna che non l'ha partorito, specificando che «la famiglia è sempre più intesa come comunità di affetti». Analogamente, Id., 15 giugno 2017, n. 14878, cit. Interessa ricordare che l'art. 7, comma 3, della *Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* del 26 maggio 2006, n. 14, modificato dalla *Disposición Adicional Primera* della *Ley* 15 marzo 2007, n. 3, dispone che «Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido».

pia⁶⁸.

Alla garanzia del diritto fondamentale del minore all'affettività si dirige, del resto, la novella alla l. 184/1983 dettata con l. 19 ottobre 2015, n. 173⁶⁹, esplicita nell'accordare preferenza alla domanda di adozione parentale degli affidatari che ne abbiano i requisiti (art. 4, comma 5 *bis*), ovvero a quella di adozione in casi particolari, in adesione al «rapporto stabile e duraturo» maturato con l'orfanò di entrambi i genitori [art. 44, lett. a)].

Quel diritto riceve garanzia perfino allorché vengano disposti l'adozione o l'affidamento ad altra famiglia, restando «comunque tutelata, se risponde all'interesse del minore, la continuità delle positive relazioni socio affettive consolidatesi durante l'affidamento» (art. 4, comma 5 *ter*). Si tratta, come è imposto dalle fonti sovranazionali⁷⁰, di un interesse superiore alla cui verifica è necessario l'ascolto del bambino, se capace di discernimento (art. 4, comma 5 *quater*), mentre gli adulti affidatari o collocatari devono essere convocati nei procedimenti che ne decidono l'affidamento, l'adottabilità, la responsabilità genitoriale, e possono presentare memorie (art. 5, comma 5).

La valorizzazione dei sentimenti che reciprocamente legano i bambini e coloro che se ne sono presi cura si realizza, così, attraverso la verifica, *ex art.* 57, comma 1, n. 2, della realizzazione dell'interesse preminente del minore per mezzo della costituzione di coerenti vincoli giuridici (ora anche con la famiglia dell'adottante), da cui discendono diritti e doveri direttamente azionabili, corrispondenti alla matura affettività.

Resta invece da chiarire la regola di giudizio da applicare allorché difettino i presupposti per

-
- 68 Corte costituzionale, 20 ottobre 2016, n. 225, in *Questioni dir. fam.*, 10/2010, 3, con nota di richiami di V. Cianciolo; su cui A. Carrato, *Già tutelato dall'ordinamento il diritto del «genitore sociale» di frequentare i figli minori dell'ex omosessuale*, in *quotidiano-giuridico.it*, 2016; in *Corr. giur.*, 2017, 175, con nota di G. De Marzo, *Sul diritto del minore a conservare rapporti significativi con l'ex compagna della genitrice biologica*; in *Famiglia e dir.*, 2017, 305, con nota di F. Tommaseo, *La Corte Costituzionale sulla tutela degli affetti extrafamiliari del fanciullo*. Sulla decisione di primo grado, Tribunale di Palermo, 15 aprile 2015 (che aveva applicato l'art. 337 *ter*, sostenendone l'interpretazione estensiva a tutela dell'interesse del minore presidiato dall'art. 8 CEDU e dall'art. 24 C.d.f.U.E.), e sull'ordinanza di remissione della questione alla Consulta, Corte d'Appello di Palermo, 31 agosto 2015, cfr. A. Ardizzone, *La convivenza omosessuale ed il ruolo del genitore sociale in caso di PMA*, in *Famiglia e dir.*, 2016, 47 ss.
- 69 Su cui v. A. Morace Pinelli, *Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci ed ombre della legge 19 ottobre 2015 n. 173*, in *Dir. fam.*, 2016, 303 ss.; A. Cordiano, *Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 255 ss.; P. Morozzo della Rocca, *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la l. n. 173 del 2015*, cit., 602 ss.; C. Rusconi, *La continuità degli affetti nella disciplina dell'affidamento e dell'adozione. Significati, sistema e prospettive*, in *Jus vita e pensiero*, 2021. Di diritto all'affettività e alla verità affettiva nella costituzione degli *status filiationis* scriveva già A. Palazzo, *La filiazione*, cit., 257 ss.
- 70 Il riferimento è essenzialmente all'art. 24 C.d.f.U.E. primo comma, che prevede il diritto dei fanciulli alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere, nonché la possibilità di esprimere liberamente la loro opinione, che viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. Sulla rivoluzione culturale, prima che giuridica, che ha condotto all'affermazione di un diritto paidocentrico cfr. A. Palazzo, *La filiazione*, cit., spec. 547 ss.; G. Cian, *Recensione ad Antonio Palazzo, La Filiazione*, Giuffrè, Milano, 2007 (1^a ed.), cit., spec. 482 e 485. Nel medesimo senso si dirigono la *FGG-Reform* tedesca che ha riscritto il § 1626, comma 2, BGB; il *Children Acts* del 1989 e del 1991 e il *Family Act* del 1996 nel diritto inglese; la novella al *code civil* introdotta con l. 2002-305 in Francia; l'art. 154 *código civil* spagnolo, l'art. 1878 del codice portoghese e l'art. 301 di quello svizzero. Corte d'Appello di Roma, sez. min., n. 1/2022, secondo la ricostruzione di E. Battelli, *Il difficile, ma necessario, sforzo per perseguire in concreto il superiore interesse del minore: un'ipotesi di adozione aperta*, in *Giustizia insieme*, 2022, applica i medesimi principi, disponendo, tuttavia, non un'adozione mite, ma un'adozione aperta, frutto di una lettura evolutiva dell'art. 27 l. 184/1983, inteso nel senso "meramente giuridico" della cessazione dei soli rapporti con la famiglia di origine, e della conservazione dei rapporti affettivi della bambina adottata con la nonna materna, accertata la disponibilità della coppia adottante.

l'adozione parentale in capo agli affidatari, ma il minore non sia orfano, giacché la novella si limita a dettare protezione per i soli casi di cui all'art. 44, comma 1, lett. a).

Anche a questo riguardo possono invero evidenziarsi le medesime relazioni affettive, altrettanto positive nell'interesse del minore, allorché costui non abbia perso entrambi i genitori, ma sia stato affidato per un lungo periodo, nella loro temporanea difficoltà a prendersene cura, ad altri adulti (art. 2, comma 1).

La condizione che più si avvicina all'unica incisa dalla novella è quella del bambino i cui genitori si siano resi irreperibili o siano incapaci: ciò in ragione della previsione contenuta nell'art. 46, comma 2, che esplicitamente si riferisce all'adozione in casi particolari pronunciata «quando è impossibile ottenere l'assenso per incapacità o irreperibilità delle persone chiamate ad esprimerlo», tali essendo i genitori esercenti la responsabilità e il coniuge convivente dell'adottando⁷¹.

Residua, tuttavia, ulteriore casistica ampiamente rappresentata nella giurisprudenza di merito e ricordata anche dalle citate decisioni della Corte di Strasburgo, che accomuna la condizione di bambini che non sono orfani, ed anzi hanno conservato un significativo affetto verso i genitori biologici, ma riconoscono anche altre figure genitoriali nelle persone affidatarie, quando l'affidamento si è prolungato tanto da consentire il consolidamento di legami familiari significativi.

Il Tribunale, all'esito degli accertamenti di cui agli artt. 12 e 13, si trova dinnanzi all'obbligo di dichiarare lo stato di adottabilità di questi minori quando accerti che le condizioni di difficoltà della famiglia di origine non sono transitorie o dovute a causa di forza maggiore (art. 8, comma 1), ma solo allorché il minore sia privo di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi.

La precisazione non è tautologica, e lo conferma il fatto che la novella dettata con d.lgs. 154/2013, di unificazione degli *status* di filiazione, abbia aggiunto un'importante precisazione all'art. 15 l. 184/1983t, che dettaglia i presupposti necessari alla dichiarazione dello stato di abbandono, ed in specie alla lett. c), riferita all'eventualità in cui i genitori abbiano mantenuto un ruolo attivo nella vita del bambino, intervenendo anche nel giudizio minorile e collaborando coi servizi sociali in vista di «più validi rapporti tra il minore e la famiglia» (art. 12, comma 4). L'adottabilità non può oggi dichiararsi quando le prescrizioni impartite alla famiglia biologica non «sono rimaste inadempite per responsabilità dei genitori», ovvero non «è provata l'irrecuperabilità delle capacità genitoriali dei genitori in un tempo ragionevole».

A dire il vero, neppure prima della novella⁷² avrebbe potuto pronunciarsi lo stato di adottabilità

⁷¹ Cfr. Corte d'Appello di Perugia, 22 marzo 1996 e Tribunale per i minorenni di Perugia, 10 ottobre 1995, entrambe in *Rass. giur. umbra*, 1996, 28: la prima conferma l'adozione in casi particolari da parte del secondo marito della madre di un bambino, nonostante fosse stata pronunciata, difettando lo stato di abbandono ed il consenso del genitore biologico, che non aveva mai riconosciuto il figlio; nel secondo si ritiene superabile il diniego del padre, nei cui confronti lo *status* era costituito, quando non fondato sulla valutazione del contrasto con l'interesse del minore, ma sul risentimento nei confronti della madre e del suo nuovo marito.

⁷² Lo rilevano, criticamente, M. Dogliotti, *Adozione di minori e stato di abbandono. Perché una specificazione?*, in *Famiglia e dir.*, 2012, 751 ss.; G. Ferrando, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, 535 ss., che evidenzia il rischio di strumentalizzare a danno del bambino il giudizio prognostico di irrecuperabilità genitoriale; J. Long, *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina dell'adozione dei minorenni*, in AA.VV., *La nuova disciplina della filiazione*, cit., 252 ss., che sottolinea come i tempi di recupero dei genitori possano differire da quelli imposti dalle esigenze del minore in crescita. Aggiunge G. Recinto, *Stato di abbandono morale e materiale del minore: dichiarazione e revoca dell'adottabilità*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 1161 ss.; Id., *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Dir. fam.*, 2014, 1485 ss., che si rischia di attendere troppo, con pregiudizio irreparabile del minore, o di intendere l'adozione in termini sanzionatori della condotta genitoriale.

di un minore i cui genitori non abbiano potuto, senza loro colpa, adempiere alle prescrizioni dettate dal Tribunale per garantirgli assistenza morale, mantenimento, istruzione ed educazione, né quelli le cui capacità genitoriali possano essere recuperate durante il periodo di affidamento temporaneo, preordinato appunto ad offrire al bambino un ambiente familiare idoneo durante l'applicazione degli interventi di sostegno e aiuto disposti a favore della sua famiglia (art. 1, comma 1), oggi attivabili dai servizi sociali territoriali anche su segnalazione giudiziale (art. 79 *bis*, anch'esso introdotto dal d.lgs. 153/2014)⁷³. La valutazione, infatti, è sempre stata estranea al confronto tra le condizioni ed il progetto di vita eventualmente più desiderabile offerti dalla famiglia affidataria rispetto a quello che potrebbe garantire la famiglia di origine⁷⁴.

Eppure la proposizione normativa novellata ci sembra conservare autonomo rilievo, nel suo raccordarsi con il diritto del bambino a "crescere" nella propria famiglia, nonché a "mantenere rapporti significativi con i parenti" sancito dall'art. 315 *bis*, comma 2, c.c., e nel collegamento con tale disposizione si giustifica la delega alla novellazione della l. 184/1983, in vista della «specificazione della nozione di abbandono morale e materiale dei figli con riguardo alla provata irrecuperabilità delle capacità genitoriali in un tempo ragionevole da parte dei genitori, fermo restando che le condizioni di indigenza dei genitori (...) non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia» [art. 2, comma 1, lett. n), l. 219/2012].

Il caso è proprio quello dei minori in condizioni di semiabbandono⁷⁵, e l'adozione *ex art.* 44 lett.

- 73 Ne consegue, per P. Perlingieri e A. Procida Mirabelli di Lauro, *L'affidamento del minore nell'esegesi della nuova disciplina*, Napoli, 1984, 40, che agli affidatari non spetta la potestà, oggi responsabilità genitoriale, pur esercitando poteri analoghi, ma per un tempo limitato ed allo scopo di aiutare i genitori ed il minore a superare la difficoltà per rientrare in famiglia. Contesta la consacrazione di «formidabile supplenza» della magistratura rispetto all'autorità amministrativa M. Dogliotti, *Adozione di minori e stato di abbandono*, cit., 751; in termini analoghi G. Ferrando, *La nuova legge sulla filiazione*, cit., 535, sottolinea che dovrebbe essere l'ente preposto ai servizi socio assistenziali ad essere in grado di monitorare le situazioni di difficoltà e porvi rimedio, mentre J. Long, *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina dell'adozione dei minorenni*, cit., 255 nota che all'obiettivo opposto si dirigeva la riforma della giustizia minorile. Corte di cassazione, 22 giugno 2016, n. 12962, cit., evidenzia una ulteriore conferma della tutela dell'affettività consolidata nel regime di prescrizione cui soggiacciono le azioni demolitorie dello *status* non corrispondente alla verità biologica, introdotte con la riforma di parificazione, su cui v., in termini critici, R. Pane, *Ancora sul diritto di conoscere le proprie origini*, cit., 2015, 441 ss.
- 74 Cfr. M. Bessone, G. Alpa, And. D'Angelo e G. Ferrando, *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Bologna, 2002, 334; F. Ruscello, *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, in *Famiglia e dir.*, 2003, 191 ss.
- 75 Tribunale per i minorenni di Bari, 7 maggio 2008, in *Famiglia e dir.*, 2009, 393, con nota di S. Caffarena, *L'adozione «mite» e il «semiabbandono»: problemi e prospettive*; v. anche A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit. 533 ss. Ritiene la necessità di tale «interpretazione volutamente alternativa dell'art. 44, comma 1, lett. d)», «stante la radicale inadeguatezza dello strumento normativo ad hoc», la *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2010*, in *Giust. civ.*, 2011, 371 ss.; in senso conforme Consiglio Superiore della Magistratura, *Comunicazione* del 23 maggio 2006, su cui F. Santanera, *L'adozione mite: una iniziativa allarmante e illegittima non autorizzata dal Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Prospettive assistenziali*, n. 154/2, 2006, 34 ss.; Circolare Pres. Tribunale per i minorenni di Bari, *La presentazione dell'adozione mite*, in *Minori giust.*, 2003, 278 ss. In dottrina discute di affido permanente M. Dogliotti, *Adozione*, in M. Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, 2ª ed., Milano, 2009, II, *sub art. 4, l. 184 del 1983*, 2821 ss.; P. Morozzo della Rocca, *Artt. 1-28 legge 4 maggio 1983, n. 184*, in AA.VV., *Della famiglia*, in *Commentario del codice civile Gabrielli*, Torino, 2010, 149 ss.; S. Caffarena, *L'adozione «mite» e il «semiabbandono»: problemi e prospettive*, cit., 398 ss.; A. Batà e A. Spirito, «Semiabbandono permanente» e «adozione mite», *ivi*, 2005, 301 ss.; L. Errico, *L'adozione mite: i ruoli*, in *personaedanno.it*, 2008; AA.VV., *Affido forte e adozione mite: culture in trasformazione*, Milano, 2007, *passim*; J. Long, *I confini dell'affidamento familiare e dell'adozione*, in *Dir. fam.*, 2007, 1432 ss.; F. Occhio-grosso, *L'adozione mite due anni dopo*, in *Minori giust.*, 2005, 149 ss.; L. Lenti, *Qualche riflessione sui modelli di affidamento e ado-*

d) realizza lo scopo di coniugare la conservazione dei rapporti giuridici ed affettivi con la famiglia di origine, con il riconoscimento degli ulteriori vincoli affettivi maturati nei confronti degli affidatari. Sono, come ricorda recentemente la Consulta, proprio questi i casi ai quali si riferisce la ricordata giurisprudenza di Strasburgo, segnalando l'opportunità e la conformità alla Convenzione di siffatta interpretazione della legislazione vigente, perché aderente al dovere statale di proteggere i legami familiari in atto; e in questi casi «il combinarsi delle due finalità sottese all'adozione in casi particolari – quella volta a tutela l'interesse del minore a preservare rapporti già instaurati e quella diretta a risolvere situazioni di giuridica impossibilità ad accedere all'adozione piena – ha indotto la giurisprudenza a consentire, anche nelle citate ipotesi, l'accesso all'adozione in casi particolari»⁷⁶.

Anche per la giurisprudenza di merito «rientra nel concetto di semiabbandono permanente la condizione di grave disagio del minore, in affidamento familiare oltre il tempo limite, di cui la famiglia d'origine è parzialmente e permanentemente insufficiente per il pieno e adeguato sviluppo della sua personalità, ancorché svolga un ruolo attivo e positivo tale da escludere declaratoria di adottabilità di cui all'art. 7 l. 184/1083. In tale ipotesi può farsi luogo alla cosiddetta adozione mite, applicando in via interpretativa l'art. 44, comma 1, lett. d), l. 184/1983 in materia di adozione non legittimante, norma da coordinare con le disposizioni di cui agli artt. 45 e 46 della stessa l., in base alle quali non si esige il presupposto della situazione di abbandono morale e materiale del minore, ma solo il consenso dei genitori o del tutore all'adozione, oppure, in caso di mancato consenso e assenso, la circostanza che i genitori non esercitino la potestà sul figlio e, quindi, che sia stato pronunciato nei loro confronti un provvedimento di decadenza dalla potestà genitoriale. Per effetto del provvedimento di adozione così pronunciato, il minore può assumere il cognome dell'adottante, sostituendolo al proprio, quando esso costituisca ormai segno distintivo della sua identità personale»

In un caso, «il curatore del minore chiese alla Corte d'appello di non procedere a un'adozione legittimante, ma a un'adozione legittimante aperta o adozione mite ..., ossia un'adozione che avrebbe permesso alla ricorrente di incontrare il figlio sotto la sorveglianza dei servizi sociali in modo tale da mantenere un legame tra loro».

Il rigetto dell'istanza è stato, come abbiamo visto, sanzionato dalla Corte di Strasburgo, pur «ben consapevole del fatto che il rifiuto da parte dei Tribunali di pronunciare un'adozione semplice risulta dall'assenza nella legislazione italiana di disposizioni che permettano di procedere a questo tipo di

zione accolti nell'ordinamento italiano, *ivi*, 2001, 86 ss. V., in termini critici, anche M. Dogliotti, A. Figone, F. Mazza Galanti, *Codice dei minori*, 2ª ed., Torino, 2009, 504 ss.

⁷⁶ Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., par. 5.2.2. Coerente l'apprezzamento di Corte di cassazione, ord. 15 dicembre 2021, n. 40308, in *Famiglia e dir.*, 2022, 241, con nota di S. Corso, *Sfumature applicative dell'adozione mite, tra conferma di una soluzione e attesa di un ripensamento*, di riforma della sentenza di adottabilità, e in direzione dell'adozione mite, ex art. 44 lett. d), l. cit., in una situazione di semiabbandono permanente connotata da gravi carenze genitoriali difficilmente recuperabili, accompagnata, però, da un significativo legame affettivo con uno o entrambi i genitori, ritenendo che il giudice «in applicazione degli artt. 8 CEDU, 30 Cost., 1, l. n. 184 del 1983, e 315 bis, comma 2, c.c., deve accertare l'interesse del medesimo (minore - n.d.r.) a conservare il legame con i suoi genitori biologici, pur se deficitari nelle loro capacità genitoriali, poiché l'adozione legittimante integra una *extrema ratio*, cui può pervenirsi nel solo caso in cui non si ravvisi tale interesse». Cfr. anche Corte di cassazione, ord. 1 luglio 2022, n. 22024, in *Osservatoriofamiglia.it*, secondo cui il giudizio di accertamento dello stato di adottabilità di un minore in ragione della sua condizione di abbandono, e il giudizio volto a disporre un'adozione mite, costituiscono due procedimenti autonomi, di natura differente e non sovrapponibili fra loro, dato che il primo è funzionale alla successiva dichiarazione di un'adozione cd. piena o legittimante, costitutiva di un rapporto sostitutivo di quello con i genitori biologici, con definitivo ed esclusivo inserimento in una nuova famiglia del minore, mentre il secondo crea un vincolo di filiazione giuridica coesistente con quello con i genitori biologici, non estinguendo il rapporto del minore con la famiglia di origine.

adozione», ma altrettanto conscia del fatto che «anche che alcuni Tribunali italiani (...) avevano pronunciato, per mezzo di una interpretazione estensiva dell'articolo 44 d), l'adozione semplice in alcuni casi in cui non vi era abbandono»⁷⁷.

6. Evoluzione di diritto positivo

Quanto sia – e sia sempre stata – preziosa e tutt'altro che residuale l'adozione genitoriale è, del resto, dimostrato dal fatto che ogni anno vengono pronunciate almeno lo stesso numero di sentenze di adozione genitoriale che parentale, e spesso le prime superano le seconde⁷⁸, in piena conformità con l'evoluzione non solo del diritto vivente, ma anche di quella normativa

Nel senso della progressiva alternatività tra l'adozione ai sensi del Titolo I e quella del Titolo IV, vanno segnalati ulteriori interventi legislativi, che hanno caratterizzato l'adozione in casi particolari, in ragione sia di una peculiare valorizzazione dell'affettività del minore, nella prospettiva di tutela del suo diritto a conservare i legami, sia a garanzia della sua identità, attraverso la realizzazione dell'interesse a veder stabilizzato, con la costituzione dello *status filiationis*, l'ulteriore vincolo che intrattiene con alcuni adulti⁷⁹, che svolgono in modo stabile ed amorevole per lui funzioni di cura e accudimento genitoriali, quando ciò coincida con la domanda adottiva di costoro.

Il riferimento è anzitutto all'art. 25, l. 28 marzo 2001, n. 149, che ha aggiunto all'art. 44 la lett. c), dedicata al minore che si trovi nelle condizioni di grave *handicap* di cui all'art. 3, comma 1, della l. 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre. Nella medesima direzione si apprezza il già ricordato art. 4, comma 3, della l. 19 ottobre 2015, n. 173, che ha inserito nella lett. a) dell'art. 44, dedicata all'orfano di padre e madre, la specificazione del preesistente rapporto stabile e duraturo con l'adottante, «anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento».

I primi commentatori evidenziavano come fosse contraddittorio specificare, alla lett. c) dell'art. 44, una delle ipotesi in cui si sostanziasse l'impossibilità di affidamento preadottivo qual è la disabilità grave, e contemporaneamente limitare la previsione ai soli minori orfani: allo stesso modo di costoro, infatti, «trovano difficoltà all'adozione non solo gli handicappati, ma pure i minori difficili, gli adolescenti ecc. E a tale esigenza già sopperiva la previsione relativa alla constatata impossibilità di un affidamento preadottivo»⁸⁰.

Non si vedeva, inoltre, come tutelare l'adottando rispetto ad una sentenza di adozione che prescinde dalla verifica di congruo periodo di affidamento⁸¹, sebbene la delicatezza della condizione in

⁷⁷ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 2 giugno 2014, *Zhou c. Italia*, cit., par. 21

⁷⁸ Camera dei Deputati, Seconda Commissione, Giustizia, *Indagine conoscitiva sull'attuazione della legislazione in materia di adozioni ed affido*, resoconto stenografico del 13 giugno 2016, audizione del Presidente del Tribunale per i Minorenni di Salerno.

⁷⁹ Corte costituzionale, 28 novembre 2002, n. 494, cit., enunciò il diritto fondamentale del figlio a vedersi riconosciuto lo *status* nei confronti del genitore incestuoso, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art 278, comma 1, c.c., che escludeva dalla dichiarazione di giudiziale di paternità o maternità e dalle relative indagini i casi in cui era vietato il riconoscimento, a norma dell'art. 251, comma 1, c.c. In termini conformi v. Corte costituzionale, 10 febbraio 2006, n. 50, cit. La riforma ha, coerentemente, ammesso il riconoscimento dei figli di genitori incestuosi, previa autorizzazione dettata nell'interesse del minore: cfr. S. Troiano, *Diritto allo stato e figli «senza stato», ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, cit., 243 ss. Sulle conseguenze successorie cfr. A. Sassi e S. Stefanelli, *Incapacità testamentarie*, cit., 84 ss.; più in generale, anche per riferimenti bibliografici, S. Stefanelli, *Attribuzione di status e diritti del figlio incestuoso nell'ordinamento italiano*, cit., 337 ss.

⁸⁰ M. Dogliotti, *Adozione di maggiorenni e minori*, cit., 809.

⁸¹ Cfr. M. Bessone e G. Ferrando, *Minori e maggiori di età (adozione dei)*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1984, 90, criticano anche la

cui versa il minore “difficile”⁸² ed il difetto di istruttoria sull’idoneità dell’adottante sembrerebbero imporre maggiori cautele, e nonostante la possibilità che coesistano due processi diversi, eventualmente innanzi a distinti uffici giudiziari⁸³, con esiti nefasti per la stabilità affettiva del minore protetto⁸⁴.

Al contrario, e secondo l’impianto della pronuncia in commento, si può ritenere che la mancata previsione di un affidamento ha senso nelle restanti ipotesi dettagliate dal citato art. 44, ed anzi, ne manifesta la *ratio* nella garanzia offerta alla maturata affettività, in quanto non richiede farsi luogo ad alcun esperimento di convivenza quando è in atti il felice esito della stessa, come figlio e genitore, che giustifica la costituzione del vincolo giuridico, in adesione a quel vincolo che nei fatti è maturo, e viene accertato attraverso l’indagine di cui all’art. 57, comma 2, l. adozione.

La lettera c) dell’art. 44, è allora l’unica norma eccezionale⁸⁵, in cui si manifesta uno speciale *favor legis* per l’adozione di minori portatori di «grave minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione»⁸⁶. Per questi bambini si apre dunque la strada, quando siano altresì orfani di padre e madre, all’adozione da parte di persone che non rivestirebbero i requisiti previsti per l’adozione parentale: persone singole, coppie conviventi, coniugate da meno di tre anni o separate di fatto, ovvero adulti troppo anziani.

7. Difficoltà o impossibilità di accedere all’adozione piena

La pronuncia in commento ascrive alla *ratio* di «risolvere situazioni di giuridica impossibilità di acce-

mancanza di selezione degli adottanti ed il fatto che l’adozione non abbia effetti legittimanti.

- 82 E. Giacobbe, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, «vivens», condendum*, in *Dir. fam.*, 2016, 257, esemplifica: «Si tratta, in questa ultima previsione, del classico bambino difficile, vuoi perché dotato di “caratteraccio”, vuoi perché ormai grandicello, per far adottare il quale non si riescono a seguire le ordinarie procedure perché, al pari del bambino handicappato, nessuno lo vuole e, pertanto, non si riesce ad affidarlo, ovvero, ove dato in affidamento preadottivo, detto affidamento non giunge a buon fine con anticipata “restituzione” del minore medesimo».
- 83 M. Dogliotti, *Adozione di maggiorenni e minori*, cit., 811.
- 84 L’eventualità si è effettivamente verificata, ed è stata oggetto della decisione di merito sul contrasto di giudicati rispetto alla domanda di adozione di un minore in condizioni di disabilità da parte di un singolo, presso il quale era stato collocato, e di una coppia, cui era stato affidato con provvedimento interinale, nella constatata impossibilità di far luogo ad un affidamento preadottivo: si legga Corte d’Appello di Milano, 19 aprile 2000, in *Famiglia e dir.*, 2000, 603, con nota di M.C. Vanz, *Decreto di adozione e contrasto di giudicati: la doppia famiglia di un «senza famiglia»*.
- 85 A. e M. Finocchiaro, *Adozione e affidamento dei minori*, cit., 173 ss.
- 86 Tribunale per i minorenni di Roma, 30 ottobre 2015, in *Famiglia e dir.*, 2016, 584, con nota di A. Scalera, *Adozione incrociata del figlio del partner e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vigente e prospettive di riforma*, chiarisce che la novella del 2001 ha introdotto la lett. c) «relativa al minore in condizione di disabilità, proprio per sgombrare il campo alla *vexata quaestio* se l’espressione impossibilità di affidamento preadottivo dovesse essere intesa come impossibilità di fatto o invero giuridica». V. anche Id., 30 luglio 2015, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 686, con nota di G. Salvi, *Omogenitorialità e adozione (in casi particolari): segnali di apertura dei giudici minorili*, cit. Ritiene G. Collura, *L’adozione in casi particolari*, in G. Collura, L. Lenti e Man. Mantovani (a cura di), *Filiazione*, cit., 995, che «con la possibilità di “percorrere immediatamente” la via dell’adozione in casi particolari, il legislatore intende dare rilievo alla manifestazione di consenso dell’adottante e dell’adottato *handicappato* e forse sta qui la *ratio* di questa nuova ipotesi, che non pare contrastare con l’interesse dell’adottando».

dere all'adozione piena»⁸⁷ anche la fattispecie di cui all'art. 44 lett. d), e abbiamo visto che, se l'impossibilità di affidamento dovesse intendersi necessariamente in senso fattuale, la disposizione finirebbe per perdere giuridica rilevanza, posto che la giurisprudenza valorizzava proprio la disabilità tra le condizioni di fatto impedienti l'affidamento preadottivo di cui alla precedente formulazione. Di conseguenza, le ipotesi di cui alle lett. c) e d) si distinguerebbero esclusivamente perché si farebbe luogo a quella della lett. c) quando siano deceduti entrambi i genitori.

Riferire, invece, l'impossibilità a ragioni ulteriori, e non solo alla difficoltà di reperire adottanti disposti all'affidamento, risponde all'imperativo di conservazione del valore giuridico della disposizione.

Nello stesso senso, abbiamo visto che la novella dettata con l. 173/2015, ribadisce il principio fondamentale che deve ispirare la decisione giudiziale circa la scelta di un prototipo adottivo piuttosto che dell'altro, e della famiglia in cui inserire il minore: quello di conservazione dei «legami affettivi significativi» e del «rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria».

L'adozione in casi particolari è, del resto, retta dalla clausola di apertura dell'art. 44, che ammette l'adozione di minorenni «anche»⁸⁸ quando non ricorrono le condizioni di abbandono che legittimerebbero, ai sensi dell'art. 7, comma 1, la dichiarazione di adottabilità⁸⁹. Un primo punto fermo è dunque l'esclusione della necessità di tale requisito⁹⁰.

Dottrina e giurisprudenza si sono divise ritenendo che l'espressione sottintenda una impossibilità di diritto, oltre che di fatto⁹¹, o piuttosto che potessero qualificarsi casi di impossibilità di diritto quelli di cui alle lett. a) e b), mentre necessita l'impossibilità di fatto negli altri delle lett. c) e d)⁹², legati a concrete difficoltà di inserire il minore, in ragione della sua disabilità, età, problematicità o patologia psico-fisica, in una famiglia avente i requisiti per l'adozione parentale. Di conseguenza, riguardo alla lett. d), si evidenziava che «ove il legislatore avesse inteso estendere la portata della previsione, non di

87 Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., par. 5.1.

88 Corsivo nostro.

89 Lo rilevava Corte costituzionale, 7 ottobre 1999, n. 383, cit.; lo ribadisce Corte di cassazione, 22 giugno 2016, n. 12962, cit., rigettando l'appello proposto dal Procuratore generale (avverso Corte d'Appello di Roma, 23 dicembre 2015), censurando la nullità del procedimento per mancata nomina di un curatore speciale del minore e sostenendo che la constatata impossibilità di affidamento preadottivo presuppone sempre la preesistenza di una situazione di abbandono, essendo l'adozione «un istituto giuridico unitario dai caratteri individuabili in negativo, che mira a offrire tutela a situazioni di adozioni difficili od impossibili di fatto». In dottrina, cfr. almeno R. Pane, *Le adozioni tra innovazioni e dogmi*, Napoli, 2003, 162, secondo cui: «La nuova tendenza volta a rivalutare il modello adottivo ha evidenziato la flessibilità dello schema formale dell'istituto, che consente di offrire uno strumento tecnico efficace per tutelare gli interessi del minore alla presenza delle molteplici e nuove situazioni prospettate dalla realtà sociale, ove sono in atto sempre più arcate differenziazioni dei modelli familiari, rese evidenti anche dall'incremento del numero delle separazioni e dei divorzi. La varietà delle ipotesi nelle quali è possibile il ricorso a tale forma di adozione, infatti, nel rivelare la variabilità di finalità che possono, in concreto, essere realizzate dall'istituto, accentua il suo fondamento personalistico, enunciato solennemente dall'art. 57, n. 2, che subordina la pronuncia di adozione in casi particolari alla verifica del preminente interesse del minore».

90 Corte d'Appello di Torino, 27 maggio 2016, cit.

91 Tribunale per i minorenni di Roma, 30 ottobre 2015, cit. (corsivo nostro).

92 L. Rossi Carleo, *Il diritto del minore a una famiglia: affidamento e adozione*, cit., 493, riprendendo le argomentazioni già svolte da Id., *L'affidamento e le adozioni*, cit., 472, con riferimento all'originaria lett. c): «mentre nei primi due casi viene in considerazione una impossibilità giuridica di pronunciare l'adozione, in quanto si tutela un rapporto preesistente, in questa ipotesi rileva esclusivamente una impossibilità di fatto, per cui, nella impossibilità di affidamento preadottivo, si cerca comunque di offrire al minore la possibilità di instaurare un rapporto sostitutivo di quello originario che manca. A differenza, quindi, delle ipotesi precedenti, il minore si trova in stato di adottabilità».

impossibilità avrebbe parlato, ma di “inopportunità” di affidamento preadottivo»⁹³. Sarebbe pertanto escluso dall’adozione ex art. 44 lett. d) il minore che non sia stato dichiarato adottabile, in ragione del presunto principio di univocità dello *status*, che soffrirebbe eccezioni solo nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge⁹⁴.

Tra le condizioni dettate dall’art. 44, si tratta all’evidenza di quella di più complessa interpretazione, mentre le precedenti sono sufficientemente dettagliate con riguardo alla situazione soggettiva del minore – orfano di entrambi i genitori nelle lett. a) e c) – e/o a quella dell’adottante, che nella lett. b) è il coniuge del genitore, e nella lett. a) un parente o altra persona legata all’adottando da stabile rapporto affettivo, anche maturato nel corso di un affidamento temporaneo.

Il dubbio circa la connotazione fattuale piuttosto che giuridica della impossibilità di affidamento preadottivo non può superarsi restringendo l’indagine al confronto con le disposizioni dettate dalle lett. a) e b), essendo anche queste situazioni nelle quali «non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell’art. 7» di fatto oltre che in diritto, in quanto la dichiarazione di adottabilità sarebbe impedita dall’essere il minore validamente accudito dai parenti più stretti o dal genitore.

Del resto, anche il minore che versi in condizione di stabile abbandono morale e materiale da parte dei suoi genitori potrebbe trovarsi nella giuridica impossibilità di essere destinatario di una sentenza di adottabilità, quando resti inerte il pubblico ministero, unico legittimato a promuoverla dall’art. 9, comma 2⁹⁵, oppure sia proprio lui, compiuti i quattordici anni, a rifiutare il consenso all’affidamento preadottivo alla coppia prescelta dal Tribunale, ai sensi dell’art. 22, comma 6, o a negare più in radice quello all’adozione parentale, ovvero ancora a revocare quello precedentemente prestato, ai sensi dell’art. 7, comma 2, esercitando un diritto che mantiene fino alla pronuncia definitiva dell’adozione. Non può dunque sostenersi che l’unica fattispecie di impossibilità giuridica di affidamento sarebbe quella dell’adozione da parte del convivente del genitore, in cui trova frequente applicazione nella giurisprudenza più recente.

L’interpretazione più attenta, sostenuta dal ricordato orientamento della Consulta⁹⁶, è stata offerta dalla Cassazione⁹⁷ in riferimento all’adozione coparentale in coppia omosessuale. Tale tesi intende la lett. d) «quale clausola residuale in cui valutare tutte quelle condizioni, non sempre preventivabili, che nella realtà possono presentarsi e non possono farsi rientrare nelle ipotesi previste dalle lett. a), b) e c)», e di conseguenza valorizza la normativa esclusione della necessità di dichiarazione di adottabilità per far spazio alla valutazione, ulteriore ai sensi dell’art. 57, l. adozione, dell’interesse del bambino ad ottenere, con lo *status* adottivo, la «instaurazione di vincoli giuridici significativi tra il minore e chi di lui di occupa»⁹⁸.

In questa ottica, la previsione si apprezza come «un’ulteriore “valvola” per i casi che non rientrano in quelli più specifici previsti dalle lettere»⁹⁹ che precedono, nei quali, come ha insegnato la Con-

⁹³ M. Dogliotti, *Adozione di maggiorenni e minori*, cit., 809.

⁹⁴ P. Morozzo della Rocca, *Sull’adozione in casi particolari del minore straniero già presente in Italia*, cit., 397 ss. lo evidenzia con riferimento alla sentenza che, con apprezzamento equitativo dell’interesse del minore, ne aveva dichiarato l’adozione in casi particolari da parte degli affidatari revocando al tempo stesso la dichiarazione di adottabilità allo scopo di conservare i rapporti con la madre biologica, che erano rimasti significativi.

⁹⁵ Corte di cassazione, 10 aprile 2013, n. 8677, *Ced* 626078, sulla scorta del principio di garanzia della terzietà del giudice minorile affermato da Corte costituzionale, 4 luglio 2002, n. 314, in *Giur. cost.*, 2002, 2418, nonostante il Collegio abbia certezza della condizione di grave pregiudizio in cui versa il minore.

⁹⁶ Corte d’Appello di Roma, 23 dicembre 2015, in *Dir. civ. contemporaneo*, 26 dicembre 2015.

⁹⁷ Corte di cassazione, 22 giugno 2016, n. 12962, cit.

⁹⁸ Corte d’Appello di Roma, 23 dicembre 2015, cit.

⁹⁹ Corte costituzionale, 7 ottobre 1999, n. 383, cit.

sulta, è opportuno «favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti o le persone che già si prendono cura di lui, prevedendo la possibilità di un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella "legittimante", ma con presupposti necessariamente meno rigorosi di quest'ultima»¹⁰⁰.

La decisione, interpretativa di rigetto, si riferiva all'originaria lett. c) dell'art. 44, dell'identico tenore dell'attuale lett. d), rispetto alla quale le ordinanze di rimessione ritenevano «di dover trarre dal riferimento letterale della disposizione impugnata alla "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" il presupposto interpretativo secondo cui, per far ricorso all'ipotesi prevista dalla lett. c) della norma, occorre necessariamente la previa dichiarazione dello stato di abbandono del minore e quindi la declaratoria formale di adottabilità, nonché il vano tentativo del predetto affidamento». La Consulta evidenziava, invece, la peculiarità dell'adozione in casi particolari, che «non recide i legami del minore con la sua famiglia di origine, ma offre allo stesso la possibilità di rimanere nell'ambito della nuova famiglia che l'ha accolto, formalizzando il rapporto affettivo instauratosi con determinati soggetti che si stanno effettivamente occupando di lui: i parenti o le persone che hanno con lui rapporti stabili e duraturi preesistenti alla perdita dei genitori, ovvero il nuovo coniuge del genitore», e sottolinea che «in realtà, l'art. 44 è tutto retto dalla "assenza delle condizioni" previste dal primo comma del precedente art. 7 della medesima l. n. 184: pertanto, gli stessi principi relativi alle prime due ipotesi dell'art. 44 valgono anche per le fattispecie ricadenti sotto la lett. c)», e pertanto «non esige che sia concretamente tentato l'affidamento preadottivo e ne sia constatata l'impossibilità quando il minore venga richiesto in adozione da parenti entro il quarto grado idonei a fornirgli l'assistenza materiale e morale di cui ha bisogno».

È questa l'interpretazione accolta anche dalle S.U.¹⁰¹ nella decisione sul riconoscimento dell'atto di nascita straniero da gestazione per altri, definendo l'art. 44 lett. d) cit. «una clausola di chiusura del sistema, volta a consentire il ricorso a tale strumento tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa, all'unica condizione della "constatata impossibilità di affidamento preadottivo", da intendersi non già come impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono del minore, bensì come impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo».

Le Corti hanno, dunque, preso le distanze dall'opposto orientamento che denunciava il rischio di favorire «aggiramenti e attacchi all'adozione legittimante»¹⁰², realizzati dando «luogo alla trasformazione di affidamenti abusivi in adozioni in casi particolari, incoraggiando così comportamenti captati-

¹⁰⁰ Corte costituzionale, 7 ottobre 1999, n. 383, cit.

¹⁰¹ Corte di cassazione, S.U. 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

¹⁰² M. Dogliotti, A. Figone e F. Mazza Galanti, *Codice dei minori*, cit., 507; E. Giacobbe, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, «vivens», condendum*, cit., 265, con riferimento alle sentenze che hanno pronunciato l'adozione coparentale, censura l'aver avallato «per sentenza una vicenda *ab origine* tutta fraudolenta, per consentire al convivente omosessuale ciò che all'eterosessuale, in mancanza di un rapporto di coniugio in atto, il diritto positivo non ha mai riconosciuto: la possibilità di veder pronunciata una adozione in proprio favore». *Contra*, Tribunale per i minorenni di Milano, 17 ottobre 2016, in *Foro it.*, 2017, I, 309, ritiene che l'inciso iniziale dell'art. 44 va inteso nel senso per cui l'adozione può pronunciarsi in difetto di stato di abbandono solo ai sensi della lett. b), o in altri casi peculiari in cui «il legislatore ha ritenuto che, pur sussistendo l'abbandono, per la peculiare situazione in cui si trova il minore non è opportuno procedere all'adozione legittimante per favorire il mantenimento del minore in un contesto familiare che sia però sostitutivo della famiglia di origine proprio per garantirgli i due 'genitori' che altrimenti non avrebbe». Per una critica v. S. Stefanelli, *Ancora in tema di interpretazione dell'art. 44 della legge sulle adozioni: nota a Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016, n. 261*, in *articolo29.it*. La decisione è stata riformata, in linea con Corte di cassazione, 22 giugno 2016, n. 12962, cit., da Corte d'Appello di Milano, 22 aprile 2017, in *Foro it.*, 2017, I, 2061.

vi, soprattutto da parte di coppie prive di figli e sprovviste dei requisiti dell'adozione legittimante, a scapito dei minori e dei genitori che versino in condizioni di momentanea e grave difficoltà»¹⁰³.

Era stata dichiarata l'adozione ex art. 44, lett. d), da parte del convivente eterosessuale della madre¹⁰⁴, ritenendo «costituzionalmente necessitato lo sforzo antidiscriminatorio tra le due tipologie di unione (matrimonio e convivenza) quando non si discuta dei diritti/doveri reciproci dei conviventi, ma dei diritti/doveri dei terzi estranei alla coppia, che verrebbero incolpevolmente pregiudicati da una scelta alternativa al matrimonio compiuta dagli interlocutori, sebbene ne derivino conseguenze del tutto analoghe». Analoga decisione si è fondata sull'aver ritenuto che «l'evoluzione dei costumi e delle diverse forme dei legami affettivi significativi ha via via ampliato la portata della norma di carattere residuale in esame, giacché ciò che deve costituire il principio fondamentale cui ispirarsi è il preminente interesse del minore nel caso concreto. Del resto, sarebbe paradossale consentire l'adozione da parte del coniuge del figlio dell'altro coniuge pur dopo la separazione o il decesso del coniuge stesso, come affermato in dottrina e in giurisprudenza, e non consentirla al convivente che mantenga stabili rapporti di convivenza con il genitore del minore»¹⁰⁵.

L'originaria intenzione del legislatore si dirigeva, in effetti, proprio allo scopo di porre fine alle prassi devianti diffuse sotto l'imperio della disciplina dell'adozione ordinaria, a danno del diritto del minore a crescere nella propria famiglia biologica, salve le ipotesi eccezionali in cui ne derivino rischi per la sua serenità e sicurezza, in conseguenza dell'abbandono stabile ed irreversibile da parte dei genitori¹⁰⁶.

Tali rischi sono tuttavia estranei alla domanda di adozione del figlio del *partner*, che mira anche al medesimo risultato di conferire forma giuridica ad una affettività di fatto esistente e maturata nel tempo, cui si dirigono non solo l'adozione del figlio del coniuge di cui alla lett. b), ma anche l'adozione dell'orfano da parte di chi gli sia legato stabilmente e durevolmente di cui alla lett. a), recentemente novellata proprio a tutela del diritto del minore alla stabilità affettiva.

¹⁰³ P. Morozzo della Rocca, *Sull'adozione in casi particolari del minore straniero già presente in Italia*, cit., 353 ss. Di «un ampliamento delle ipotesi di adozione in casi particolari; ampliamento il cui uso distorto potrebbe lasciar sopravvivere un pericoloso varco idoneo a consentire quegli aggiramenti alla legge che la riforma, come primo obiettivo, ha inteso abolire», e di «prassi deviante» da scoraggiare, discute anche L. Rossi Carleo, *L'affidamento e le adozioni*, cit., 474 ss., con riferimento al «timore che, intendendo la impossibilità di affidamento preadottivo nella sua accezione più lata, si vengano a creare le premesse perché l'adozione possa essere chiesta anche da coloro che non ne abbiano i requisiti». Ritiene G. Miotto, *Adozione omoparentale e preminente interesse del minore*, in *Dir. fam.*, 2015, 1339, che «si finirebbe per privare di qualsiasi significato la casistica dettata dal legislatore per la "adozione in casi particolari": qualunque minore, invero, ancorché non venga a trovarsi in stato di abbandono, potrebbe essere adottato ai sensi dell'art. 44, esito interpretativo, questo, che appare francamente paradossale» (corsivo nel testo). Nello stesso senso anche F. Tommaseo, *Sull'affidamento familiare d'un minore a coppia omosessuale*, 277 s., per il quale l'orientamento opposto «va criticato non soltanto per essere manifestamente *contra legem* ma anche poiché consentirebbe un'indiscriminata apertura verso adozioni che non avrebbero più soltanto la funzione di proteggere i minori nelle situazioni d'emergenza che giustificano l'applicazione delle regole sull'adozione in casi particolari, ma anche quella di sanare rapporti familiari di fatto illecitamente precostituiti». L'A. condivide, al contrario, la decisione di riconoscere gli effetti e la trascrizione del provvedimento estero di adozione parentale, in ragione del principio di ordine pubblico che vieta ogni discriminazione fondata sul sesso e su ogni altra condizione personale, di cui all'art. 2 Cost, artt. 8 e 14 CEDU.

¹⁰⁴ Corte d'Appello di Firenze, 4 ottobre 2012, in *aiafavvocati.it*

¹⁰⁵ Tribunale per i minorenni di Milano, 28 marzo 2007, in *personaedanno.it*

¹⁰⁶ Cfr. M.C. Ebene Cobelli, *Le adozioni*, cit., 54 ss.; secondo Id., *Art. 44*, cit., 172, «la cosiddetta adozione in casi particolari, che della "vecchia" adozione ordinaria riprende a dire il vero taluni aspetti normativi, ma che il legislatore ha inteso rigorosamente distinguere, nella disciplina, dall'istituto riservato ai maggiorenni». V. anche G. Cattaneo, *Appunti sulla nuova disciplina dell'adozione e dell'affidamento di minori*, in *Quadrim.*, 1984, 50.

L'obiezione conserva al contrario attualità rispetto all'ipotesi di cui alla lett. c), che prescinde dalla sperimentata affettività, e consente l'adozione di un minore disabile orfano anche da parte di persone a lui totalmente estranee, con le quali l'idonea convivenza può apprezzarsi solo in termini "possibilistici", ai sensi dell'art. 57, comma 3, lett. d), e non è accertata prima della pronuncia del titolo costitutivo di *status*.

Cosa debba intendersi per «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» sembra apparire, in trasparenza, da tutta una serie di indici sistematici.

Abbiamo già ricordato che l'impossibilità di diritto è condizione che si riempie di significato non solo riguardo alla domanda avanzata dal convivente del genitore, ma anche rispetto alla mancata attivazione del pubblico ministero o al rifiuto del minore, e come sia arduo giustificare¹⁰⁷ la mancata previsione di un periodo di affidamento che preceda l'adozione in casi particolari di minori "difficili".

Elementi testuali si rintracciano anche nell'essere le ipotesi di cui alle lett. a) e d) accomunate dalla previsione del necessario divario di età tra adottante ed adottato (all'art. 44, ult. comma), mentre tale limite che non vige per la lett. c): se ne può dedurre il comune fondamento delle prime nella valorizzazione di un legame affettivo preesistente¹⁰⁸, che invece può mancare nell'adozione di minore disabile.

La lett. b) conserva peraltro significato anche ove si ammetta, in applicazione della d) l'adozione da parte del *partner* perché, se è vero che non necessiterebbe allo sposo che sia anche convivente¹⁰⁹, permette però, a differenza della lett. d), la pronuncia anche quando l'adottante superi di meno di diciotto anni l'età dell'adottato¹¹⁰.

Del resto, l'art. 44, comma 3, dispone proprio per il caso di cui alla lett. d) – oltre che a) e c) – che l'adottante può anche essere non coniugato, e quindi persona singola, convivente o unita civilmente, mentre se è coniugato il periodo successivo richiede la domanda congiunta del coniuge. Il caso può essere quello di una persona coniugata che chiede di adottare *ex art. 44, lett. d)*, il minore che abbia negato il consenso necessario all'adozione piena, pur versando in stato di abbandono, e consenta invece all'adozione in casi particolari, oppure quello in cui il minore non sia mai stato dichiarato adottabile per difetto di iniziativa del p.m., o infine nell'ipotesi dell'art. 11, comma 1, quello del neonato che verserebbe in stato di abbandono perché lo *status* non risulta costituito verso i genitori biologici, ma vi sono domande di adozione in casi particolari e il Tribunale per i minorenni le ritiene corrispondenti al

¹⁰⁷ «Grave carenza legislativa» per L. Rossi Carleo, *L'affidamento e le adozioni*, cit., 473.

¹⁰⁸ Cfr. F. Bilotta, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. fam.*, 2011, 1398, e in A. Schuster (a cura di), *Omogenitorialità, filiazione orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine 2011, 163 ss.: «l'adozione in casi particolari è diretta a «rinsaldare, attraverso la creazione di un legame giuridico, la tutela che deriva al/la minore dall'ambiente familiare che lo circonda», mentre quella piena si fonda sullo stato di bisogno». V. anche Id., *Affidamento e adozione per le coppie formate da persone dello stesso sesso*, in G.O. Cesaro, P. Lovati e G. Mastrangelo (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia tra ordine pubblico e interesse del minore*, Milano, 2014, 120 ss.

¹⁰⁹ Con G. Miotto, *Adozione omoparentale e preminente interesse del minore*, cit., 1342. Cfr. anche G. Perlingieri, *Il discorso preliminare di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. e famiglia*, 2015, 682, nt. 23, con riferimento alla necessità di comprendere come coniugare l'adozione del convivente (anche omosessuale) ai sensi dell'art. 44, lett. d), con la preclusione implicita che risulta dalla lett. b); v. anche N. Cipriani, *Coppie omosessuali, affidamenti e adozione di minori*, *ivi*, 39.

¹¹⁰ Censura l'interpretazione giurisprudenziale maggioritaria perché sostanzialmente abrogante la disposizione contenuta nella lett. b), «nonché del comma 3 del medesimo articolo, il quale, nei casi di cui alle lett. a), c), e d), e non dunque, ed evidentemente, lett. b), consente l'adozione oltre che ai coniugi, anche a chi – singolo – non è coniugato», E. Giacobbe, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, «vivens», condendum*, cit., 266; così P. Morozzo della Rocca, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, cit., 1205 ss.

suo esclusivo interesse.

Rispetto, invece, alla domanda di adozione di un bambino che non versa in stato di abbandono le coppie coniugate hanno due possibilità, a seconda che l'adottando sia già figlio di uno dei coniugi oppure no: nel primo caso si applicherà la lett. b), nel secondo la lett. d), che mantengono quindi inalterata la loro precettività, proprio in applicazione del comma 3 dell'art. 44¹¹¹.

L'opinione si rafforza alla luce della previsione, risultante dal combinato disposto degli artt. 19, comma 1, 50 e 52, comma 1, l. 184/1983, per cui la responsabilità dei genitori di origine, il cui esercizio si sospende per effetto della dichiarazione di adottabilità, può riprendere in conseguenza della revoca dell'adozione in casi particolari o della cessazione dell'esercizio della responsabilità dell'adottante, se il Tribunale lo ritiene conveniente¹¹². L'applicazione della regola condurrebbe ad un evidente paradosso rispetto al minore abbandonato e adottato in casi particolari che, prima allontanato dalla sua famiglia di origine anche attraverso la secretazione dei dati degli affidatari preadottivi¹¹³, per ragioni di "convenienza" veda la cura della sua persona, la rappresentanza e l'amministrazione dei propri beni restituite a quei genitori che non frequenta più da anni, e dunque venga esposto, dopo il fallimento dell'adozione, al riaprirsi della ferita del primo abbandono. Potrebbe, inoltre risorgere in capo al genitore biologico anche l'obbligo di mantenimento¹¹⁴, in conseguenza dell'incapienza dell'adottante.

7.1. Il procedimento alla luce della riforma Cartabia e l'acquisizione dei consensi

Quanto al procedimento, la giurisprudenza lo ha qualificato come camerale di natura informale, secondo quanto dispone l'art. 313 c.c., richiamato dall'art. 56, l. 184/1983, specificando che da ciò derivano talune conseguenze: 1) la sua natura determina l'assenza di particolari vincoli di rigida priorità temporale tra i vari atti della procedura, unicamente permanendo l'esigenza di tutelare l'interesse superiore del minore, la cui indiscutibile prevalenza porta a negare l'esistenza di qualsivoglia interruzione processuale, non giustificata da incompatibilità della disciplina, tra le due procedure camerale per la dichiarazione dello stato di adottabilità e per l'adozione in casi particolari; 2) di conseguenza, non possono ritenersi sussistenti preclusioni normative alla prestazione dell'assenso del genitore, non appena si prefigurano la possibilità di ricorrere all'adozione in casi particolari¹¹⁵.

Un profilo peculiare della riforma adottata con l. 206/2021 e d.lgs. 149/2022 attiene alla nomina

111 *Contra*, E. Giacobbe, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, «vivens», condendum*, cit., 266

112 Cfr. G. Carlini, *Adozione nei casi di constatata impossibilità di affidamento preadottivo*, in *Giur. merito*, 1984, 458 ss., per cui la norma dell'art. 46 è stata dettata proprio per le ipotesi (allora *sub* lett. c), nelle quali, se fosse presupposta la dichiarazione di adottabilità, che sospende la potestà genitoriale, il dissenso impediente dei genitori non potrebbe mai verificarsi, privando di senso l'art. 46. *Contra*, M.C. Ebene Cobelli, *Art. 44*, cit., 172.

113 La secretazione può essere ordinata dal Tribunale per i minorenni per la protezione del bambino e la serenità del nucleo familiare in formazione, in conseguenza di gravi attentati alla vita del figlio, del coniuge o di altri gravi reati, in forza dell'art. 10, comma 2, l. n. 184 del 1983, che sottopone all'autorizzazione del giudice il diritto delle parti e dei loro difensori di partecipare a tutti gli accertamenti disposti dal Tribunale, presentare istanze istruttorie, prendere visione ed estrarre copia degli atti del fascicolo. In questo senso, da ultimo, Corte di cassazione, 6 giugno 2013, n. 14367, in *CED Cassazione/2013*.

114 Corte di cassazione, 30 gennaio 1998, n. 978, in *Corriere giur.*, 1998, 269.

115 Corte di cassazione, 12 gennaio 2010, n. 260, in *leggiditalia.it*. Nel caso di specie, l'assenso era stato prestato per la constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo, motivata dalla Corte territoriale con il forte legame affettivo oramai esistente tra il minore e i futuri genitori adottivi, la cui rescissione avrebbe comportato profondi traumi nella psiche del medesimo.

del curatore speciale del minore, che si riteneva non necessaria in ogni procedimento per l'adozione in casi particolari, ma da valutarsi in conseguenza dell'eventuale emergenza di un conflitto di interessi concreto, diretto ed attuale tra il minore e il suo legale rappresentante, nonché di un vantaggio indebitamente perseguito da quest'ultimo in danno del primo¹¹⁶.

In esito all'approvazione del d.lgs. 149/2022, è stato nuovamente riformulato l'art. 78 c.p.c. e il nuovo art. 473-bis.8 c.p.c. prevede la nomina obbligatoria del curatore del minore, a pena di nullità degli atti del procedimento, anche d'ufficio, nel caso in cui dai fatti emersi nel procedimento venga alla luce una situazione di pregiudizio del minore tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale da parte dei genitori, nonché quando ne faccia richiesta il minore che abbia compiuto i quattordici anni, e la nomina facoltativa quando i genitori appaiano per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore.

Una ipotesi di nomina obbligatoria è, invece, specificamente dedicata ai procedimenti per l'affidamento del minore ai sensi degli artt. 2 ss. l. 184/1983, e tanto sottolinea la distinzione dell'adozione in casi particolari da quella c.d. piena, rispetto alla quale la giurisprudenza aveva da tempo cercato di superare il vuoto di rappresentanza del minore, qualificandolo come parte necessaria del procedimento indirizzato a reciderne i rapporti con la famiglia di origine, che come tale deve essere stare in giudizio attraverso un curatore speciale¹¹⁷.

Abbiamo già visto come, secondo quanto dispone l'art. 45 l. 184/1983, nel corso del giudizio deve essere raccolto il consenso dell'adottante, dell'adottando che abbia compiuto gli anni quattordici; anche il minore ultradodicesimo o comunque capace di discernimento deve essere obbligatoriamente sentito, e la norma va raccordata con gli artt. 473-bis.4 e 473-bis.5 c.p.c., di carattere generale.

Ai sensi del successivo art. 47, comma 1, il consenso è revocabile sino a che sia intervenuta sentenza di adozione. Parimenti, a norma dell'art. 46, l. citata, è necessario l'assenso dei genitori e del coniuge dell'adottando, salvo che il Tribunale ritenga il rifiuto ingiustificato o contrario al suo interesse.

L'imprescindibilità dell'assenso dei genitori, e l'efficacia preclusiva del dissenso espresso dal genitore esercente la responsabilità, ex art. 46 l. 184/1983, costituiscono assunti incontestati in giurisprudenza, pur essendosi levate illustri voci critiche in dottrina¹¹⁸, specie con riferimento ai casi in cui il genitore, pur formalmente investito della responsabilità, non la eserciti oppure non abbia stabilito o conservato un rapporto significativo col figlio.

Ed era unicamente rispetto a tali ipotesi che si sono registrate alcune aperture, nella giurisprudenza di legittimità¹¹⁹, in ragione della progressiva presa di distanza del prototipo adottivo in commento dall'adozione di maggiorenni, che richiede l'assenso dei potenziali interessati al provvedimento, ex art. 297 c.c. Mentre, infatti, l'adozione tra adulti ha funzione esclusivamente patrimoniale e si dirige, essenzialmente, a costituire un erede all'adottante, quella in casi particolari avrebbe previsto il veto del genitore di origine in ragione della conservazione, appunto, dei rapporti di parentela con la famiglia dell'adottando, sicché «solo la comunanza di vita e la conseguente conoscenza degli interessi

116 Cfr. G. Pisciotta, *Nel procedimento di adozione in casi particolari ex art. 44 lett. d) l. 184/1983 il conflitto di interessi del minore col il genitore è in re ipsa?*, in *Articolo29.it* <http://www.articolo29.it/2016/nel-procedimento-di-adozione-in-casi-particolari-ex-art-44-lett-d-l-1841983-il-conflitto-di-interessi-del-minore-con-il-genitore-e-in-re-ipsa/>.

117 Corte di cassazione, 25 gennaio 2021, n. 1472, in *Rep. Foro it.*, 2021, voce *Abbandono*, n. 4.; Corte di cassazione, 8 giugno 2016, n. 11782, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 349 ss.

118 Cfr. G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari del figlio naturale del coniuge*, in *Corriere giur.*, 2012, 93 ss., in commento a Corte di cassazione, 10 maggio 2011, n. 10265; L. Vizzoni, *Dissenso del genitore biologico nell'adozione in casi particolari: tra efficacia preclusiva ed esercizio effettivo della responsabilità genitoriale*, in *Famiglia*, 2018, 20 settembre 2018.

119 Corte di cassazione, 16 luglio 2018, n. 18827, in *Foro it.*, 2018, I, 2661, con nota di G. Casaburi e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 5, con nota di J. Long, *Adozione in casi particolari e dissenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale*.

e delle esigenze del minore rendono rilevante il dissenso»¹²⁰.

Il sindacato giudiziale sul veto era, ogni caso, precluso rispetto alla giustificabilità o meno del rifiuto, o alla rispondenza o meno all'interesse del minore¹²¹, ed è per tale ragione che la Consulta ha rilevato l'urgenza di una diversa tutela del miglior interesse del minore, nato a seguito di procreazione medicalmente assistita in coppia femminile, in quanto il ricorso all'adozione in casi particolari è «impraticabile proprio nelle situazioni più delicate per il benessere del minore, quali sono, indubbiamente, la crisi della coppia e la negazione dell'assenso da parte del genitore biologico/legale, reso necessario dall'art. 46 della medesima l. 184/1983»¹²².

Con recentissima pronuncia, le S.U. hanno, al contrario, affermato che «in realtà, la giurisprudenza è già pervenuta ad una lettura restrittiva della disposizione», ritenendo che «il dissenso alla costituzione del legame di filiazione adottiva da parte del genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale non può essere espressione di un volere meramente potestativo, ma va collocato in una dimensione funzionale. L'effetto ostativo del dissenso dell'unico genitore biologico all'adozione del genitore sociale, allora, può e deve essere valutato esclusivamente sotto il profilo della conformità all'interesse del minore, secondo il modello del dissenso al disconoscimento»¹²³. Sarebbe, quindi, superabile il dissenso all'adozione *ex art. 44 lett. d)*, «tenendo conto che il contrasto rischia, non di vanificare l'acquisto di un legame ulteriore rispetto a quello che il minore ha con la famiglia di origine, ma proprio di sacrificare uno dei rapporti sorti all'interno della famiglia nella quale il bambino è cresciuto».

L'argomentazione coglie il difetto di un prototipo che costringe colei che non ha partorito il bambino nato da p.m.a. in coppia femminile (e, come si vedrà *infra*, anche il genitore solo intenzionale del nato attraverso gestazione per altri) ad adottare il proprio figlio, ma compie un deciso passo avanti rispetto all'orientamento precedente, difficilmente compatibile con la lettera del secondo comma dell'art. 46, che circoscrive il sindacato sul dissenso all'ipotesi in cui lo stesso provenga dal genitore non esercente la responsabilità.

Finisce, in tal guisa, per «spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore», sebbene sia la stessa pronuncia ad affermarne l'incompatibilità con il sistema delle fonti, in quanto «la giurisprudenza non è fonte del diritto», a proposito della necessità di attendere l'intervento del legislatore per e assicurare protezione al diritto fondamentale del bambino al proprio *status filiationis* (nei confronti del genitore non biologico, in caso di g.p.a.)¹²⁴. Non è il risultato interpretativo a preoccupare, dunque, ma, nella prospettiva del recepimento del principio di diritto così affermato, preoccupa l'incoerenza dell'argomentazione che lo sostiene, che finisce per cancellare l'inciso di cui all'art. 46, comma 2, l. 184/1983, e non può giustificarsi attraverso il riferi-

120 Corte di cassazione 26 novembre 1992, n. 11604, in *Dejure*; nello stesso senso cfr. Cass. 21 settembre 2015, n. 18575, *ivi*, mentre Corte di cassazione 10 maggio 2011, n. 10265, in *Corriere giur.*, 2012, 93, si limita all'esercizio concreto della responsabilità.

121 Corte di cassazione, 26 luglio 2000, n. 9795, in *Giust. civ.*, 2001, 432.

122 Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 32, cit.

123 Corte di cassazione, S.U., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Foro it.*, 2023, 83 ss., con nota di G. De Marzo, *Interesse del minore, genitore d'intenzione e (guasti della) maternità surrogata*; in *Riv. dir. fam. succ.*, 2023, 2, con nota di V. De Gioia, *Per le Sezioni Unite, al bambino nato da maternità surrogata possono essere assicurati gli stessi diritti degli altri bambini mediante l'«adozione in casi particolari»*;

124 Del resto, come abbiamo visto, è l'interpretazione giurisprudenziale ad aver piegato l'adozione in casi particolari alla funzione di garanzia del diritto dei nati da gestazione per altri o p.m.a. praticata fuori dai limiti nazionali, attraverso la rivisitazione del criterio dell'impossibilità di affidamento preadottivo, mentre nessuna norma disciplina lo status dei nati attraverso queste tecniche.

mento al criterio di soddisfazione dell'interesse del minore, di cui all'art. 57, il quale non elide i presupposti normativamente previsti per la pronuncia dell'adozione¹²⁵.

7.2. Ipotesi di applicazione dell'art. 44, comma 1, lett. d)

Sebbene l'istituto trovi applicazione statisticamente maggioritaria rispetto alla domanda di adozione dei bambini nati dal progetto procreativo di coppie formate da persone del medesimo genere o attraverso gestazione per altri, l'impossibilità giuridica di affidamento preadottivo comprende, come abbiamo visto almeno altre quattro fattispecie. In specie: 1) il difetto di iniziativa del p.m., quando le persone che si siano prese cura del minore in luogo dei genitori propongano istanza di adozione in casi particolari; 2) il rifiuto opposto dall'adottando ultraquattordicenne all'affidamento preadottivo; 3) la verifica del valido sostegno offerto da un genitore accudente; 4) la condizione di semiabbandono, che impedisce di pronunciare l'adottabilità in quanto sussistono seri legami affettivi coi suoi genitori biologici e una loro parziale capacità genitoriale, anche se non sufficiente ai bisogni del bambino¹²⁶.

La cui verifica della sussistenza di tali condizioni è rigorosamente preliminare a quella, ulteriore e imprescindibile, della corrispondenza della pronuncia – e del titolo dello stato che essa costituisce – al concreto interesse del minore¹²⁷, apprezzata attraverso l'indagine prescritta dall'art. 57.

Risolvere un presupposto nell'altro si tradurrebbe non tanto, con riguardo alla domanda del convivente, in un'interpretazione abrogante dell'art. 44, lett. b), ma più in radice nel sovvertimento della *ratio* dell'istituto dell'adozione in casi particolari, che abbiano visto essere preordinata a proteggere l'interesse del minore a veder riconosciuta giuridica rilevanza al legame affettivo che lo unisce all'adulto che di lui si occupa, come genitore. Tutela dell'affettività, dunque, che può esplicarsi sia nell'ambito di un nucleo familiare, addirittura facilitandone la composizione, sia in un singolo rapporto tra minore e adulto, tra i quali sussiste un legame educativo stabile. Tutela in nome della quale la protezione del minore può consigliare di preferire l'adozione in casi particolari anche ove sia constatato lo stato di abbandono¹²⁸, e che ha fondato il superamento della regola di divario minimo di età tra

¹²⁵ Con la conseguenza, evidenziata da G. De Marzo, *Interesse del minore, genitore d'intenzione e (guasti della) maternità surrogata*, cit., 113, di svalutare anche il principio di diritto disegnato intorno alla natura di inammissibilità della pronuncia di Corte costituzionale 9 marzo 2021, n. 33, cit., e all'impossibilità di far fronte all'inerzia del legislatore in via interpretativa, non avendo la giurisprudenza funzione creativa del diritto, sicché «l'argomentazione appena utilizzata viene incrinata nella sua credibilità razionale, in disparte generali considerazioni sul ruolo normativo della giurisprudenza in materie eticamente sensibili, proprio perché, nel corpo della stessa decisione, viene superata quando si tratta di giustificare l'effettività della tutela che sarebbe assicurata dall'adozione in casi particolari».

¹²⁶ Cfr. G. Collura, *L'adozione in casi particolari*, cit., 1000; Tribunale per i minorenni di Torino, 11 novembre 1985, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, 645, per cui «vi è impossibilità di procedere ad affidamento preadottivo non solo quando non si è trovata in concreto una coppia idonea per quell'adozione ma anche quando il minore già si trova presso una altra coppia cui è talmente legato da affetto da far ritenere che il distacco da quella coppia sarebbe contrario all'interesse di lui».

¹²⁷ Cfr. G. Salvi, *Omogenitorialità e adozione (in casi particolari): segnali di apertura dei giudici minorili*, cit., 686 ss.

¹²⁸ Tribunale di Perugia, 31 dicembre 2001, in *Rass. giur. umbra*, 2004, 485, con nota di A.M. Spalazzi Caproni, *Profili dell'adozione da parte dei «single»*, ha escluso il ricorso all'affidamento preadottivo in un caso in cui il minore aveva già instaurato rapporti significativi con una persona singola dichiaratasi disponibile all'adozione, giustamente preferendo il ricorso a tale forma, al fine di non creare traumi nel minore, con conseguente lesione del suo diritto a vedere giuridicamente consolidata la relazione affettiva in atto.

l'adottante e l'adottato¹²⁹.

In tal senso si comprende anche come, a differenza dell'adozione parentale, non sussista necessariamente una condizione di conflitto di interessi tra il genitore, che partecipa al giudizio assentendo alla domanda adottiva e riveste al contempo il ruolo di legale rappresentante del minore, e l'adottando. L'adozione parentale si giustifica infatti per la condizione di abbandono in cui versa il bambino, e il conflitto di interessi col genitore è *in re ipsa*, in quanto la sentenza rescinde definitivamente i legami giuridici ed affettivi con la famiglia biologica, sia che il genitore si opponga, sia che consenta alla dichiarazione di adottabilità, per sollevarsi dal peso di una responsabilità invisiva, ma che resta espressione di un dovere discendente dalla filiazione e diritto fondamentale del figlio. Al contrario, l'adozione in casi particolari, che quei legami conserva¹³⁰, non evidenzia necessariamente l'identico conflitto, ed in questo senso non è necessaria la nomina di un curatore speciale del minore, salvo che le sue specifiche condizioni e le ragioni della domanda adottiva non lascino emergere quel conflitto, anche potenziale¹³¹.

8. Residuali criticità del ricorso all'adozione in casi particolari, con particolare riguardo alla filiazione da due donne o attraverso gestazione per altri

L'istituto dell'adozione in casi particolari si avvicina, dunque, a quello dell'adozione di minorenni in stato di abbandono, *quoad effectum*, distanziandosi di pari passo dall'adozione di maggiorenni; eppure non coincide ancora col prototipo minorile, neppure quanto all'efficacia.

Si rammenti, in particolare, il regime disegnato per la revoca dagli artt. 55 ss. l. 184/1983, intorno a gravi fattispecie di reato e alla violazione dei doveri incombenti sugli adottanti, la cui costituzionalità è stata affermata in relazione alla difformità di effetti dell'adozione di cui al titolo I, I. cit.¹³², e che

¹²⁹ Corte di cassazione, 14 gennaio 1999, n. 354, in *Giur. it.*, 1999, 1803, con nota di N. Matera, *La Suprema Corte sull'adozione di maggiori di età: l'interesse «superiore» dell'armonia familiare oltre le differenze di età*; in *Famiglia e dir.*, 1999, 113, con nota di L. Rossi Carleo, *Adozione e tutela della famiglia ricostruita*; in *Corr. giur.*, 1999, 158, che ha affermato i seguenti principi: a) nel caso di adozione di minore figlio del coniuge dell'adottante, l'inderogabilità del divario minimo di età (diciotto anni) richiesto tra adottante e adottato può compromettere la realizzazione del valore costituzionale dell'unità della famiglia, cui è ispirata detta specie particolare di adozione; b) tale considerazione – posta a fondamento della sentenza della Corte costituzionale n. 44 del 1990, declaratoria dell'illegittimità costituzionale dell'art. 44, comma 5, l. adozione (nella formulazione anteriore alla l. n. 149 del 2001), nella parte in cui, limitatamente al disposto del comma 1, lett. b), non consentiva al giudice di ridurre, in presenza di validi motivi per la realizzazione dell'unità familiare, il predetto divario di età – ha eguale validità ove si tratti dell'adozione di due fratelli, figli del coniuge dell'adottante, uno dei quali sia divenuto da poco maggiorenne, e sempre che la differenza di età tra adottante e adottato rimanga nell'ambito della *imitatio naturae*; c) anche in tale ipotesi va, pertanto, riconosciuta al giudice, al fine di corrispondere all'indicato preminente valore etico-sociale scolpito nella Costituzione, e previo attento esame delle circostanze del caso, il potere di accordare una ragionevole riduzione del divario minimo di età di diciotto anni tra adottante e adottato.

¹³⁰ S. Troiano, *Novità e questioni irrisolte del diritto della filiazione a un anno dal completamento della riforma (I parte)*, cit., 283 s.

¹³¹ Cfr. Corte di cassazione, 22 giugno 2016, n. 12962, cit., anche per riferimenti all'orientamento giurisprudenziale recepito. La decisione precisa come non costituisca circostanza apprezzabile l'identità di sesso dell'adottante e del genitore biologico, convivente, in applicazione del citato "paradigma antidiscriminatorio".

¹³² Corte costituzionale, 24 gennaio 1991, n. 27

mal si concilia col principio affermato dalla stessa Consulta con riguardo all'automatica applicazione della pena accessoria della perdita della responsabilità genitoriale, ai sensi dell'art. 569 c.p., a seguito della commissione del reato di alterazione dello stato civile¹³³.

La più recente pronuncia si è mostrata, del resto, consapevole che quella dalla stessa elisa sia solo una «fra le criticità» che rende l'istituto in esame «una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa», eppure «non ... ancora “del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali”»¹³⁴.

Già sede di esame delle questioni relative alla previsione dell'obbligatorio assenso del genitore legale alla domanda di adozione (nel già citato caso di p.m.a. in coppia femminile), e nella coeva decisione (relativa alla trascrizione dell'atto di nascita estero, formato a seguito di gestazione per altri, nei riguardi del genitore non legato al bambino da vincolo genetico), la stessa Corte aveva chiamato il legislatore al «compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata - nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati». La Consulta ipotizzava una riforma dell'adozione, che «dovrebbe dunque essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'art. 44, comma 1, lett. d), della l. 184/1983», non mancando di evidenziare, però, che «l'adozione in casi particolari non attribuisce la genitorialità all'adottante»¹³⁵.

Nell'occasione più recente, la Corte non ha mancato di evidenziare come «l'adozione in casi particolari, lungi dal dare rilevanza *al solo consenso* e dall'assecondare attraverso automatismo in mero desiderio di genitorialità», sia vocata alla realizzazione dell'interesse del minore, apprezzato nel suo realizzarsi in concreto in sede giudiziale¹³⁶, in funzione della pienezza del suo *status filiationis*, ed a completamento della riforma del 2012-2013.

Non vi è chi non veda la rilevanza di simile argomentazione rispetto alla questione, su cui si registra la più recente pronuncia delle S.U., circa la necessità di ricercare, nell'attesa dell'intervento del legislatore, «una interpretazione idonea ad assicurare», nel caso di nascita da g.p.a., «la protezione dei beni costituzionali in gioco» indicati dalla Consulta. L'ordinanza era incentrata sulla denuncia del «vuoto normativo» determinato dall'essere venuti meno «i due assunti su cui si basava il precedente delle S.U.», sopra richiamato, quando affermava «il bilanciamento a priori in via generale e astratta, compiuto implicitamente dal legislatore e basato sull'attribuzione al divieto penale della surrogazione di maternità di un valore prevalente», integrante un limite di ordine pubblico, e di conseguenza affi-

¹³³ Corte costituzionale, 15 febbraio 2012, n. 31, su cui v. anche N. Chiricallo, *op. cit.*

¹³⁴ Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, cit., par. 5.2.3., citando Corte costituzionale 9 marzo 2021, n. 32 e 33, cit. In dottrina, condivide le medesime perplessità M.C. Venuti, *Il diritto all'affettività*, in questa *Rivista*, *online first*, 2022, ipotizzando, in via interpretativa, un assenso all'adozione espresso preventivamente dal genitore legale, ovvero una riforma modellata sull'esperienza francese, di applicazione dell'art. 371-4, comma 2, c.c., sull'adozione giudiziale di provvedimenti idonei a conservare il legame di fatto del minore con il genitore di intenzione, in difetto di legame giuridico filiale.

¹³⁵ Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 33, cit., par. 5.8., sui cui antecedenti cfr. F. Azzarri, *L'inviolabilità dello status e la filiazione dei nati all'estero da gestazione per altri*, in *Famiglia*, 6, 2020, 811 ss.; M.C. Venuti, *Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in questa *Rivista*, 2/2020, 16 ss.; G. Ferrando, *I diritti del bambino con due papà, La questione va alla Corte costituzionale*, in *Fam. dir.*, 2020, 685 ss. è appena il caso di notare che la questione interessa i figli di coppie omosessuali, più di frequente maschili ma non solo: si veda sul punto il commento a Corte costituzionale nn. 32 e 33/2021 di A. D'Aloia, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, in *Biolaw Journal – Riv. biodiritto*, 2021, 3, 80 ss.

¹³⁶ Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 33, cit., par. 5.2.3., corsivo nostro.

dava la realizzazione degli interessi dei bambini nati da surrogazione di maternità all'adozione in casi particolari e non alla delibazione della sentenza straniera o alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero¹³⁷.

Oltre alla ampiamente indagata necessità del consenso del genitore legale e biologico, le criticità che residuano dopo l'affermazione della parentela dell'adottato, attengono infatti, a parere di chi scrive, alla necessità di una domanda di parte diretta a provocare la pronuncia di adozione, nonché alla necessità della valutazione dell'idoneità affettiva del genitore intenzionale.

Si pensi al genitore intenzionale che – per sottrarsi a quella responsabilità che, pure, dovrebbe gravarlo ai sensi dell'art. 30 Cost., e che la Consulta lega alla condivisione ed attuazione del progetto procreativo nonché all'esercizio di fatto congiunto della responsabilità medesima¹³⁸ – ometta di domandare l'adozione in casi particolari, oppure ricatti l'altro genitore per proporla.

Pur qualora l'adozione venisse riformata secondo il fermo monito costituzionale, in ipotesi ammettendo la legittimazione attiva concorrente del genitore legale e/o del curatore speciale del minore, sembra difficile ipotizzare che il tribunale possa affermare, ai sensi dell'art. 57 comma 2 l. 184/1983, «l'idoneità adottiva» di colui o colei che si è rifiutato/a di instare per l'adozione e che in ogni caso, difficilmente collaborerà per la relativa positiva verifica.

Più coerente col sistema della filiazione apparirebbe, piuttosto, una più radicale riforma che coinvolga anche l. 40/2004, non esclusa comunque dalla Consulta, col rimettere al legislatore la valutazione circa il bilanciamento dell'esigenza di tutela del minore con gli altri valori fondamentali in conflitto¹³⁹.

A ben vedere, rispetto ai bambini nati da p.m.a. in coppia femminile oppure da g.p.a.¹⁴⁰, conti-

¹³⁷ Corte di cassazione, ord. 21 gennaio 2022, n. 1842, in *Biodiritto.org*, con nota sintetica di B. Carminati, su cui A. Morace Pinnelli, *Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni unite*, in *Giustizia insieme*, 10 maggio 2022.

¹³⁸ Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 33, par. 5.4

¹³⁹ Cfr. F. Paterniti, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, 2021, 4, 229 ss.

¹⁴⁰ Rispetto ai quali si attendeva una pronuncia additiva Corte di cassazione, sez. I, ord. 29 aprile 2020, n. 8325, cit., dubitando che la l. 40/2004, come interpretata da Corte di cassazione, S.U., n. 12193/2019, nel senso per cui la sanzione penale della surrogazione di maternità esprime un principio di ordine pubblico, e quindi osti al riconoscimento di effetti al provvedimento straniero costitutivo di *status* verso il genitore non legato da vincolo genetico, il quale potrebbe dunque unicamente adottare il nato con l'adozione in casi particolari, contrasti sia con l'art. 117, comma 1 Cost., in riferimento all'art. 8 CEDU (ma anche agli artt. 2, 3, 7, 8, 9, e 18 della Convenzione di New York delle Nazioni Unite dl 1989 e all'art. 24 della Carta di Nizza dell'UE), sia con gli artt. 2, 3, 30, 31 Cost. Determinante, a sostegno della tesi, è il rilievo dell'*Avis consultatif* reso dalla Corte EDU, G.C., il 10 aprile 2019, nel caso *Mennesson*, con riferimento alla discrezionalità degli Stati circa i mezzi per riconoscere il legame di filiazione col genitore solo di intenzione, ma non circa l'obbligo di garantirlo, e circa la percorribilità dell'adozione solo in quanto garantisca a tale diritto fondamentale del minore una tutela efficace e tempestiva. L'ordinanza cit., aderendo all'ipotesi formulata da A. Sassi, S. Stefanelli, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *BioLaw Journal – Riv. biodiritto*, 1, 2019, 388 ss., introduce, di conseguenza, una distinzione tra l'ordine pubblico costituzionale, che impedirebbe il riconoscimento della pratica della surrogazione in Italia, e quello discrezionale, attinente alle norme imperative interne, anche penali, e non osterebbe al riconoscimento dello *status* al minore, mediante la trascrizione del titolo di stato formato all'estero. Dall'inammissibilità della questione, dichiarata da Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 33, cit., evidenziando tuttavia che «il diritto vivente ... non è idoneo ad impedire la lesione dei diritti fondamentali del minore a causa del mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore di intenzione e nello stesso tempo per l'inadeguatezza della soluzione offerta dall'istituto di cui all'art. 44 lett. d) della l. n. 184 del 1983» e dalla conseguente prosecuzione del giudizio innanzi alla medesima sezione, deriva la remissione alle S.U., sollecitata da Corte di cassazione,

nuare a preferire al riconoscimento di efficacia del titolo estero costitutivo di stato, la «via alternativa» dell'adozione, finisce per contraddire le affermate «esigenze di riconoscimento del legame di filiazione con il genitore intenzionale derivanti dalla Costituzione e dalle fonti convenzionali e sovranazionali», e per tutelare, piuttosto, il genitore intenzionale, conferendogli un diritto di ripensamento – rispetto all'assunzione della responsabilità nei confronti del risultato del progetto genitoriale originariamente condiviso nella coppia, e realizzato all'estero in ragione dei divieti di cui agli artt. 5 e 12 l. 40/2004 – assolutamente estraneo all'impianto della l. stessa, che circoscrive, all'art. 6, comma 1, il ripensamento al periodo antecedente alla generazione dell'embrione, con l'incontro *in vitro* dei gameti.

Tale previsione è funzionale al sistema della l. 40/2004, che dal consenso, ricavabile anche da atti concludenti, deriva, con gli artt. 8 e 9 comma 2, la costituzione dello *status filiationis*, e ne presidia, con l'art. 9 comma 1, l'irrevocabilità, nonostante sia dato per presupposto il difetto di discendenza genetica, nel caso di fecondazione eterologa originariamente vietata, proprio per vincolare gli adulti alla responsabilità nei confronti di chi si sono liberamente impegnati ad accogliere¹⁴¹.

Se non è qui in discussione «un preteso “diritto alla genitorialità” in capo a coloro che si prendono cura del bambino», ma l'imperativo costituzionale volto realizzare «l'interesse del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali», non può essere l'adozione l'istituto di elezione, in quanto, attraverso la mancata proposizione della domanda, l'indisponibilità alla valutazione di idoneità affettiva e la previsione dell'assenso obbligatorio, ottiene esattamente l'effetto denegato di svincolarsi da quella responsabilità, sebbene si tratti di «doveri ai quali non è pensabile che (i genitori) possano sottrarsi»¹⁴². Non può esserlo neppure perché fisiologicamente incompatibile coi requisiti di celerità ed effettività della tutela prescritti per l'elezione di tale prototipo giuridico dalla Corte di Strasburgo.

In questo senso si muove, da tempo e anche recentemente, la gran parte della giurisprudenza di merito, ammettendo il riconoscimento alla nascita anche da parte della madre intenzionale, in ragione della condivisione del progetto di p.m.a. eterologa ovvero in caso di gestazione per altri, considerando che l'adozione in casi particolari «costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali» di tutela dell'interesse del minore¹⁴³.

L'ordinanza di rimessione alle S.U. proponeva, condivisibilmente, che fosse la sede della delibazione della sentenza straniera, oppure quella, eventuale, di opposizione alla trascrizione dell'atto di

ord. interlocutoria 21 gennaio 2022, n. 1842, *cit.*, come questione di massima di particolare importanza, in considerazione del vuoto normativo aperto dalla pronuncia della Consulta, «per essere venuto meno in un suo presupposto essenziale quel bilanciamento che costituiva il punto di equilibrio espresso dal diritto vivente costituito dalla sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni Unite». Nello stesso senso, ammette il riconoscimento alla nascita, attraverso g.p.a, da parte della seconda madre intenzionale, Tribunale di Bari, sez. I, 20 luglio 2022, in *Osservatoriofamiglia.it*, affidando al giudice del merito, nell'inerzia del legislatore, il compito di colmare il vuoto normativo denunciato mediante una lettura costituzionalmente orientata della l. 40/004, operando un bilanciamento, in concreto, «tra l'interesse del minore alla tutela della sua relazione familiare e la tutela della dignità della donna, considerando che il minore è certamente soggetto “incolpevole” rispetto alle scelte operate da coloro che hanno contribuito alla sua nascita, anche quando dette condotte integrano un illecito amministrativo o addirittura penale».

141 Corte costituzionale, 26 settembre 1998, n. 347, in *Foro it.*, 1998, I, 3042; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 53, con nota di E. Palmerini, *Il disconoscimento di paternità del nato da fecondazione eterologa*. Per un approfondimento sulla rilevanza della volontà nella procreazione cfr. G. Giaimo, *La volontà e il corpo*, II ed., Torino, 2022, p.267 ss.

142 Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 33, par. 5.4.

143 Da ultimo, Tribunale di Bari, sez. I, 20 luglio 2022, *cit.*

nascita, ex art. 95 D.P.R. n. 396/2000, quella in cui dovrebbe svolgersi quella «valutazione della corrispondenza all'interesse del minore» che la Consulta affida all'apprezzamento giudiziale, specificandone la declinazione in concreto, e che si realizza attraverso la coincidenza con il criterio di ordine pubblico¹⁴⁴, ed in considerazione della effettiva realizzazione, o meno, della *ratio* del divieto di surrogazione di maternità, che non sussiste ove la scelta sia stata assunta consapevolmente e liberamente dalla donna, a prescindere dall'eventuale compenso, in ossequio alla legislazione nazionale e con facoltà di ripensamento fino alla nascita¹⁴⁵.

La pronuncia delle S.U., evidenziando (ed a nostro parere esasperando) i limiti della pronuncia di inammissibilità resa della Consulta, nonché il rinvio alla discrezionalità legislativa per la scelta degli strumenti attraverso i quali attuare il bilanciamento tra gli interessi contrapposti, desume proprio dalla scelta del mancato accoglimento della questione di legittimità, il rifiuto di soluzioni che consentirebbero l'accertamento di una genitorialità puramente intenzionale, oltre i limiti fissati dagli artt. 5 ss. l. 40/2004 per l'applicazione delle tecniche di p.m.a.

Valorizza, al contempo, il parziale superamento dei limiti già evidenziati dalla Consulta, attraverso l'affermazione dei legami di parentela in caso di adozione in casi particolari, nonché l'affermata superabilità, in termini di interpretazione costituzionalmente orientata, del rifiuto dell'assenso ingiustificato o non corrispondente all'interesse dell'adottando, per giungere ad affermare che non sussiste il vuoto di tutela denunciato dalla sezione rimettente, e che non può dunque darsi esecuzione, attraverso riconoscimento automatico, al provvedimento giurisdizionale straniero, «nella parte in cui attribuisce lo *status* di genitore anche al componente della coppia omoaffettiva che ha partecipato alla surrogazione di maternità senza fornire i propri gameti», in quanto contrario all'ordine pubblico¹⁴⁶.

L'assunto si fonda su una nozione squisitamente oggettiva della dignità della donna gestante, che sarebbe in ogni caso pregiudicata dall'accordo di surrogazione, del che sarebbe evidenza la sanzione penale che assiste il divieto ex art. 12, comma 6, l. 40/2004, in quanto «operazione che tende a cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto, riducendo la prima a mero servizio gestazionale e il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente».

L'ordinanza di rimessione non aveva mancato di evidenziare le distinte forme di gestazione per altri, *sub specie* di *surrogacy* totale o parziale, gratuita o dietro corrispettivo, con garanzia del ripen-

¹⁴⁴ In accordo con la soluzione «interpretativa» suggerita da Corte di cassazione, ord. 21 gennaio 2022, n. 1842, *cit.*, nell'attesa dell'intervento del legislatore, e sul modello disegnato per il matrimonio con successiva rettificazione anagrafica per mutamento di sesso, da Cass. civ., 21 aprile 2015, n. 8097, che impose «la conservazione dello statuto dei diritti e dei doveri propri del modello matrimoniale», fino all'intervento legislativo, poi confluito nella l. 76/2016 sulle unioni civili, allo scopo «di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato», e altrimenti destinato all'irrelevanza giuridica.

¹⁴⁵ Cfr. ancora Tribunale di Bari, sez. I, 20 luglio 2022, *cit.*, che ordina la conferma dell'integrale trascrizione dell'atto di nascita estero «con indicazione di entrambe le donne quali suoi genitori, non essendovi stata alcuna lesione della dignità della gestante che possa prevalere sulla tutela dei diritti del nato, mentre deve essere tutelato l'interesse della minore, dalla nascita inserita in un nucleo familiare costituito dalla (madre genetica) e dalla (madre intenzionale – *n.d.r.*), che deve poter fruire del diritto di essere mantenuta, istruita, educata ed assistita moralmente e materialmente, come recita l'art. 147 c.c., da entrambe le persone che considera di fatto suoi genitori e che hanno concorso alla sua nascita sulla scorta di un progetto genitoriale condiviso», non inciso dall'intervenuta rottura del legame di coppia, che anzi ha rafforzato e reso ancor più urgente l'esigenza di tutela della minore e del suo diritto alla bigenitorialità, «senza subire le conseguenze di tardivi ripensamenti di uno dei componenti della coppia»..

¹⁴⁶ Corte di cassazione, S.U., 30 dicembre 2022, n. 38162, *cit.*

samento della donna e di conoscenza delle origini da parte del nato¹⁴⁷, ma il massimo consenso di nomofilachia disegna, a fondamento del generale divieto normativo, la tutela della «dignità della persona umana nella sua dimensione oggettiva, nella considerazione che nulla cambia per la madre e per il bambino se la surrogazione avviene a titolo oneroso o gratuito».

L'affermazione apodittica manca, a nostro avviso, di fare i conti con l'assai variegato panorama internazionale, e perfino con la pratica nazionale della gestazione per altri prima dell'approvazione della l. 40/2004, i quali hanno evidenziato significative ipotesi nelle quali sono state le gestanti stesse ad affermare, quale atto espressivo della loro dignità e autodeterminazione, la decisione di portare avanti una gravidanza per altri, magari a loro legati da vincoli affettivi o perfino di parentela, come avvenne per una quarantenne, rispetto all'embrione generato dall'incontro dei gameti di sua figlia e suo genero, che aveva accolto nel proprio grembo nelle Italia rurale degli anni '90, semplicemente perché «Cosa non fa una madre per la propria figlia? E poi tutte le nonne si occupano dei nipoti, li accudiscono mentre mamma e papà lavorano o hanno qualche impegno. Io avrei tenuto mio nipote solo un po' più piccolo rispetto al solito»¹⁴⁸.

Accede, inoltre, a una nozione oggettiva¹⁴⁹ di dignità personale che è stata sconfessata dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale in materia di dissenso al trattamento medico e financo di aiuto al suicidio¹⁵⁰, e dall'interpretazione costituzionale della l. 164/1982 su riattribuzione di sesso e cambio di nome, che, proprio in ragione della garanzia della dignità della persona, nel proprio autodeterminarsi senza la coercizione a sottoporsi ad interventi invasivi, ha escluso la necessità dell'intervento chirurgico modificativo dei caratteri sessuali secondari¹⁵¹.

Nell'affermata prospettiva della tutela della dignità del minore, dimentica che i vincoli biologici e psicologici tra feto e gestante non impediscono all'ordinamento interno di riconoscere il diritto fondamentale della donna a rifiutare di assumersi la responsabilità genitoriale, e quindi di partorire in

¹⁴⁷ Su cui si rinvia, per i limiti imposti a questo scritto, a S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e surrogazione di maternità*, cit., 133 ss.

¹⁴⁸ Queste le parole della donna, nell'intervista di S. Marchi, in *Mio tuo suo loro. Donne che partoriscono per altri*, ed. Fandango, 2017, 37 s.

¹⁴⁹ Non a caso, V. Calderai, *Back to the basics. Indisponibilità dei diritti fondamentali e principio di dignità umana dopo Sezioni Unite n. 38162/2022*, in *Giustiziainsieme.it*, 15 marzo 2023 plaudendo all'orientamento così espresso, dimentica di citare, tra le norme costituzionali nelle quali emerge il valore fondamentale della dignità umana, proprio l'art. 32, secondo comma, Cost., che pone una riserva di legge rinforzata proprio in tema di trattamento sanitario obbligatorio, e così costituisce la dignità a base del diritto alla salute, diritto che richiede e garantisce all'individuo di autodeterminarsi, affinché possa esprimere anche nel dominio del proprio corpo le proprie convinzioni e volontà. Sul rapporto tra dignità e autodeterminazione sia consentito il rinvio a S. Stefanelli, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Perugia, 2011, 48 ss.; cfr., recentemente e con solido approccio sistematico e argomentativo, F. Rescigno, *Per un habeas corpus di genere*, Napoli, 2022, spec. 164 ss.

¹⁵⁰ Corte costituzionale, 22 novembre 2019, n. 242, in *Osservatorio Cost.*, 2020, 363, con nota di L. Poli, *La sentenza n. 242 del 2019 della Corte Costituzionale alla luce della giurisprudenza di Strasburgo*, su cui M.E. Bucalo, *La "circoscritta (e puntellata) area di incostituzionalità dell'art. 580, fra self restraint della Corte costituzionale e perdurante inerzia del legislatore*. Nota F. Rescigno, *Per un habeas corpus di genere*, cit., 307 s., che «esiste una sorta di corto circuito giuridico per cui è lecito abbandonare un figlio alla nascita o subito dopo, auspicando per lui un futuro migliore grazie all'adozione; ma non è consentito condurre a termine consapevolmente una gravidanza per un'altra madre, una madre intenzionale che non ha altra possibilità per coronare il suo desiderio di maternità, o comunque per un'altra famiglia (anche formata da persone dello stesso sesso) che sia impedita da ostacoli naturali alla realizzazione della sospirata genitorialità».

¹⁵¹ Corte costituzionale, 21 ottobre 2015, n. 221, in *BioLaw Journal*, 2013, 283, con nota di C.M. Reale, *Corte costituzionale e transgenderismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni*; in *Federalismi.it*, 2016, N. Posteraro, *Transessualismo, diritto alla salute e diritto all'identità di genere*.

anonimato, conservando per tutta la propria vita, a propria esclusiva discrezione, il segreto sulla propria identità e così sacrificando il diritto del nato a costruire la propria identità personale attraverso la conoscenza delle origini biologiche¹⁵². Dimentica, altresì, che dall'apprezzamento del giudice investito della domanda di adozione in casi particolari da parte del genitore intenzionale, disegnato intorno alla soddisfazione dell'interesse del minore nella consacrazione giuridica del proprio rapporto affettivo con l'adottante, esulano tutte le valutazioni circa la conoscenza delle proprie origini, l'eventuale conservazione di un rapporto con la gestante, e vieppiù le condizioni dell'accordo o l'eventuale, deprecabile, sfruttamento della condizione di fragilità, personale o economica, della donna, sicché è arduo sostenere che, per tale via, si tuteli davvero la dignità della donna e del minore¹⁵³.

Vi è di più: se il criterio della discendenza genetica che distingue, nel postulato ribadito dalle S.U., un genitore intenzionale dall'altro, nel riconoscere all'uno e negare all'altro la trascrizione del titolo estero costitutivo di stato, fosse preso veramente sul serio, portato alle estreme conseguenze ed applicato ad una nascita attraverso gestazione per altri in coppia eterosessuale con surrogazione parziale, e generazione dell'embrione *in vitro* attraverso i gameti di entrambi i *partner*, ne deriverebbe che, stante la discendenza ingenerata da ambedue, lo *status filiationis* dovrebbe essere affermato tanto nei confronti dell'uomo che della donna, con definitiva elisione della figura della gestante e di ogni tutela, anche del diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini.

Che della fallacia di siffatto criterio non si sia avveduto il supremo collegio, in ben due occasioni, è arduo trovare ragioni diverse dall'identità di sesso, in entrambe i casi, dei membri della coppia di genitori intenzionali.

Attraverso il riconoscimento di efficacia dell'atto formato all'estero si sarebbe garantita, al contrario, effettività al diritto costituzionale del minore ad avere uno *status filiationis* e, così, a poter domandare cura, educazione, istruzione e mantenimento, a coloro senza la cui consapevole determinazione, pur in contrasto coi divieti nazionali, abbia visto la luce, svolgendo quella valutazione in concreto, caso per caso, che la Consulta affida al bilanciamento delle ragioni del divieto con l'imprescindibile garanzia della pretesa fondamentale del minore, attinente al suo diritto all'identità e alla vita familiare.

Il giudizio *ex art. 95 ss. DPR 396/2000* sarebbe inoltre idoneo, a differenza della sentenza di adozione che costituisce un accertamento di grado massimo e con efficacia assoluta¹⁵⁴, al controllo sull'operato dell'ufficiale dello stato civile, nella trascrizione del titolo estero e nella conseguente formazione dell'atto di nascita, a margine del quale il ricorso stesso verrebbe annotato (art. 49, DPR cit.).

Di conseguenza, non può che concordarsi con quanti denunciano, nel riferimento all'istituto dell'adozione, la funzionalizzazione alla tutela dell'ordine pubblico discrezionale, ossia derogabile e presidiato da norme di rango ordinario, piuttosto che a tutela dei diritti costituzionali del nato¹⁵⁵.

152 Ex art. 30 DPR n. 396/2000 e art. 28, comma 7, l. 184/1983, su cui Corte costituzionale 18 novembre 2013, n. 278; Corte EDU, 25 settembre 2012, ric. 33783/09, *Godelli c. Italia*, e, da ultimo, Corte di cassazione, 30 gennaio 2020, n. 19824, in *Biodiritto.it*, con nota di B. Carminati, su cui A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., 478 ss.; A. Vesto, *Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018, 185 ss.

153 Non si può che concordare con F. Rescigno, *Per un habeas corpus di genere*, cit., 311 s., quando afferma che «il divieto di gestazione per altri nasconde, e nemmeno molto bene, i timori di chi non vuole perdere lo scettro del comando e continua a pensare di poter controllare i corpi e i cervelli delle donne», scoprendosi impotente rispetto all'asimmetria dei sessi nell'ambito della riproduzione, per effetto della progressiva emancipazione femminile, in particolare rispetto alla gestione del proprio corpo e della propria fertilità. Cfr. anche L. Ronchetti, *La dimensione costituzionale dell'autodeterminazione riproduttiva delle donne*, in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (cur.), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Bologna, 2019, 106 ss.

154 Cfr. A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., 279 ss., 296 ss.

155 A. Sassi, *Gestazione per altri e accertamento dello stato. Nota a Corte costituzionale 9 marzo 2021, n. 33*, in *Diritto e processo*, 2021,

Eppur così è.

La remota prospettiva di un *revirement* giurisprudenziale, e quella vieppiù improbabile di una imminente riforma legislativa¹⁵⁶, costringono dunque gli interpreti ad ipotizzare tutele differenti, seppur residuali, dell'interesse del nato ad essere, a norma dell'art. 30 Cost., mantenuto, educato e istruito da chi ha preso la decisione di metterlo al mondo, soprattutto nel caso in cui il genitore intenzionale non abbia nessuna volontà di richiedere l'adozione, perché il nato presenta problematiche fisiche e/o psichiche, o perché i legami affettivi con l'altro partecipante al progetto procreativo sono stati recisi.

Ancora deteriore sarebbe la posizione del nato, affetto da patologie o comunque rifiutato dai genitori intenzionali, che non abbia stretto con loro alcun legame affettivo, e che non avrebbe dunque alcun rapporto familiare di fatto da proporre all'apprezzamento del giudice di un'ipotetica adozione "coatta", cui le S.U. affidano il compito di indagare non solo il desiderio di genitorialità degli adulti, ma anche la condivisione del progetto genitoriale e la cura di un rapporto affettivo costante¹⁵⁷.

In tale condizione, al minore, a cui l'art. 9, ult. comma, l. 40/2004 preclude l'azione di accertamento della genitorialità nei confronti del donatore e/o della donatrice di gameti, mentre l'ordinamento estero esclude quella verso la partoriente, potrebbe suggerirsi di agire per soddisfare almeno le pretese di carattere patrimoniale, ai sensi dell'art. 279 c.c., senza vedersi costituito lo *status* e la parentela, e con limitate speranze successorie. Tanto deriverebbe dall'affermazione del principio di diritto, centrale nelle pronunce della Consulta, secondo cui la responsabilità da procreazione deriva non solo dalla trasmissione dei geni, ma anche dalla consapevole adesione al progetto procreativo, e dall'esercizio di fatto congiunto della responsabilità genitoriale¹⁵⁸.

A tanto necessiterebbe una innegabile forzatura della lettera della disposizione, incentrata com'è sull'accertamento *incidenter tantum* della discendenza genetica, allo scopo di funzionalizzarla all'affermazione della responsabilità per il mantenimento e l'educazione, attraverso la dimostrazione del consenso alla generazione medicale, e si tratterebbe di forzatura forse giustificabile in ragione della sopravvenienza di tecniche medicali di sostituzione di maternità, che non potevano essere contemplate dal legislatore codicistico, le quali espongono – in ragione non propria, ma del descritto orientamento giurisprudenziale – al rischio dell'impossibilità di vedersi accertato il proprio *status*. E', tuttavia, altrettanto innegabile che la disposizione non è stata incisa neppure in sede della riforma del 2012/2013, alla quale erano ben noti gli avanzamenti delle tecniche di aiuto alla procreazione, e che ha (consapevolmente o meno) preferito non incidere, se non limitatamente, sulla l. 40/2004 e sulla l. 184/1983.

Più arduo è consigliare di proporre azione giudiziale di genitorialità, che resterebbe impedita dall'inammissibilità del riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico, *ex art. 269, comma 1, c.c.*

615 ss.

156 L'attuale legislatura vede fronteggiarsi disegni di legge divergenti, nessuno dei quali ancora in discussione, tesi da un lato a perseguire il reato di surrogazione di maternità anche quando commesso dal cittadino all'estero (d.d.l. S245, su iniziativa dei Senn. Rauti e Malan; d.d.l. S163, iniziativa del Sen. Gasparri; d.d.l. S475, iniziativa del Sen. Massimiliano Romeo; d.d.l. C1026, iniziativa dell'On. Lupi; d.d.l. C887, iniziativa dell'on. Varchi; d.d.l. C342, iniziativa dell'On. Candiani) e dall'altro ad affermare il riconoscimento alla nascita dello stato giuridico dei figli di coppie formate dallo stesso sesso e a riformare l'accesso all'adozione e alla p.m.a. per personale di stato libero (d.d.l. C479, iniziativa dell'On. Zan; d.d.l. C330, iniziativa dell'On. Grimaldi).

157 Cfr. A. Sassi, *Gestazione per altri e accertamento dello stato. Nota a Corte costituzionale 9 marzo 2021, n. 33*, in *Diritto e processo*, cit., 619 ss.

158 Cfr. V. Calderai, *Back to the basics. Indisponibilità dei diritti fondamentali e principio di dignità umana dopo Sezioni Unite n. 38162/2022*, cit., in termini critici rispetto all'appropriatezza dello strumento per il governo degli effetti del turismo procreativo.

Se, come insegna autorevole dottrina¹⁵⁹ e come ha ritenuto la Consulta nel 2021, è necessario scindere la sanzione riservata alla pratica vietata dalla l. 40/2004 dalla sorte di colui che è «nato malgrado il divieto», ed è «bisognoso di tutela come ogni altro e più di ogni altro», tutelare prioritariamente questi minori risponde alla «necessità, al metro dell'art. 8 CEDU, che i bambini nati mediante maternità surrogata, anche negli Stati parte che vietino il ricorso a tali pratiche, ottengano un riconoscimento giuridico del "legame di filiazione" (*lien de filiation*) con entrambi i componenti della coppia che ne ha voluto la nascita, e che se ne sia poi presa concretamente cura»¹⁶⁰.

Ciò vale, a maggior ragione, allorquando il legame di filiazione sia stato costituito e sia riconosciuto in altro Stato, membro dell'UE., ed è questo l'obiettivo a cui si rivolge la proposta di Regolamento *Parenthood*, presentata dalla Commissione europea nell'ambito dell'*Equality package* e diretta al riconoscimento reciproco della genitorialità, ai fini del diritto nazionale, attraverso la continuità degli status personali e familiari, in situazioni transfrontaliere¹⁶¹.

La misura, definita come azione chiave nella strategia dell'Unione sui diritti dei minori e in quella per l'uguaglianza LBGTIQ+, raccoglie le conclusioni del Consiglio sulla strategia dell'UE sui diritti dei minori, secondo cui «i diritti dei minori sono universali, l'interesse del minore deve avere considerazione preminente in tutte le azioni che lo riguardano», e «mira a istituire, mantenere e sviluppare uno spazio di libertà e giustizia nel quale siano garantiti la libera circolazione delle persone, l'accesso alla giustizia e il pieno rispetto dei diritti fondamentali». Riconnettendosi al discorso sullo stato dell'Unione, pronunciato dalla Presidente della Commissione nel 2020, quando affermò che «chi è genitore in un paese, è genitore in tutti i paesi», il Regolamento mira a superare, in forza dell'art. 81, par. 3, TFUE, i limiti attualmente fissati anche dalla Corte di Giustizia al diritto dell'Unione¹⁶², che impone agli Stati membri di riconoscere la filiazione accertata in altro Stato membro ai soli fini dei diritti conferitigli dall'ordinamento sovranazionale, come il diritto alla libera circolazione e al soggiorno, quello alla parità di trattamento e al riconoscimento del cognome, ma non relativamente ai diritti riconosciuti dall'ordinamento nazionale, come quelli al mantenimento, alla successione, all'affidamento e alla responsabilità genitoriale.

L'introduzione di siffatta normativa internazionalprivatistica permetterebbe la circolazione dei titoli di filiazione e quindi il riconoscimento dei loro effetti, indipendentemente dalle modalità del concepimento o della nascita, come dal tipo di famiglia, e si riferirebbe unicamente alle situazioni transfrontaliere, finendo così per incidere in modo determinante sulla definizione del limite di ordine pubblico, in caso di nascita per surrogazione di maternità.

In conclusione, e in termini di politica del diritto, non convince neppure l'affermazione secondo cui preferire l'adozione in casi particolari al riconoscimento di effetti al titolo esterno conseguirebbe «lo scopo legittimo di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità», poiché, se è vero che si nega la trascrizione del provvedimento nei confronti del componente della coppia che non ha fornito i gameti, contemporaneamente la sia ammette nei confronti dell'altro componente, e così si finisce per consentire la successiva soddisfazione del desiderio di genitorialità della coppia, che dovrà semplice-

159 G. Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in Id., *Scritti giuridici*, VII, Padova, 2005, 49 ss.

160 Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 32, par. 5.4, citando Corte EDU, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, par. 36.

161 Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione, presentata il 7 dicembre 2022, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52022PC0695>

162 C.G.U.E, Grande Sez., 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A (alias Panharevo)*, in *Giustizia.it*, con nota di E. Di Napoli, *L'esercizio della libertà di circolazione all'interno dell'UE di una minore figlia di due madri*, su cui C. Murgo, *Status personali e libertà di circolazione delle persone minori d'età: la Corte di giustizia amplia la tutela del diritto alla vita familiare*, in questa *Rivista, online first*, 5 luglio 2022.

mente attendere i tempi del giudizio di adozione per veder costituito il legame di filiazione con entrambi i *partner*, e quello di parentela con le rispettive famiglie. Al netto della discriminazione conseguente alla disponibilità o meno di risorse economiche sufficienti.

Tanto avverrà, tuttavia, in quanto e fintanto che permarrà l'unione affettiva, per iniziativa del genitore intenzionale, ed in conseguenza di successiva valutazione giudiziale dell'idoneità sua e della propria famiglia, sempreché il genitore legale presti il consenso necessario alla consacrazione giuridica del progetto comune.

Potrebbe essere, piuttosto, la prospettiva della contraria vicenda critica – in cui più forte si farebbe sentire il bisogno di tutela del minore – a fungere da disincentivo alla p.m.a. in coppia femminile e alla gestazione per altri, proprio in ragione della domanda di parte, del vaglio di idoneità e del necessario assenso all'adozione. Non è difficile immaginare che una coppia di persone ragionevoli desisterebbe probabilmente dal progetto di genitorialità, una volta che venisse informata del rischio che una eventuale, futura, rottura del legame affettivo esporrebbe il/la bambino/a desiderato all'eventualità di non vedersi riconosciuto lo *status*, il mantenimento e la conservazione dei rapporti col/la genitore/trice che non ha partorito o che non ha fornito i gameti, e, in definitiva, al pericolo di fungere da strumento, e contemporaneamente da vittima, dell'elusione del divieto legislativo, con conseguente sovvertimento dei valori fondamentali.