

RIPENSANDO L'ADOZIONE PARTICOLARE, TRA LIMITI
FUNZIONALI E INTEGRAZIONE ANALOGICA

*RETHINKING SPECIAL ADOPTION, BETWEEN FUNCTIONAL
LIMITS AND ANALOGICAL INTEGRATION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1524-1553



Ugo
SALANITRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il saggio intende rimeditare sulla disciplina dell'adozione dei minori in casi particolari, nel quadro delle convenzioni internazionali, ponendosi l'obiettivo di individuarne i limiti funzionali e verificarne la suscettività di applicazione analogica.

PALABRAS CLAVE: Adozione dei minori.

ABSTRACT: *The essay intends to rethink the discipline of adoption of minors in special cases, within the framework of international conventions, with the aim of identifying its functional boundaries and verifying its susceptibility to extension by analogy.*

KEY WORDS: *Adoption of minors.*

SUMARIO.- I. UN RICORDO.- II. I MODELLI DI ADOZIONE DEI MINORI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE.- III. L'ARTICOLAZIONE DEGLI INTERESSI E L'INDIVIDUAZIONE DELLE REGOLE.- IV. L'ADOZIONE "MITE" E LA FASE PROCESSUALE DEL BILANCIAMENTO DI INTERESSI.- V. UN ISTITUTO "PARTICOLARE" CON FUNZIONE PLURALE: OLTRE L'INTERPRETAZIONE ESTENSIVA, E' TEMPO DI ANALOGIA.- VI. PROCREAZIONE ASSISTITA ILLECITA, INTERESSE DEL MINORE E FUNZIONE DELL'ADOZIONE.- VII. I VINCOLI DELLA CONVENZIONE DI STRASBURGO.- VIII. DETERRENZA VS INTERESSE DEL MINORE: UNA PROPOSTA DI SINTESI

I. UN RICORDO.

Nel panorama dottrinale la figura di Cesare Massimo Bianca deve essere ricordata, soprattutto, per la straordinaria capacità di intuire le soluzioni giuridiche maggiormente rispondenti alle esigenze sociali, accompagnata dalla costante e appassionata ricerca di un metodo che, senza recidere il vincolo con il diritto positivo, consentisse all'interprete di evitarne le pastoie.

Nell'accostarsi ai temi del diritto di famiglia, l'impostazione del Maestro sembra in parte mutare: la fiducia nel formante giurisprudenziale, che caratterizza il richiamo alla categoria del "diritto vivente", sembra essere recessiva, e non solo perché le singole decisioni sono spesso oggetto di acute e coraggiose critiche; manifesta il diverso atteggiamento il particolare impegno per le riforme legislative, sia con la partecipazione diretta alle commissioni di studio, sia con il costante pungolo delle sue proposte e dei suoi rilievi, manifestati con garbo e fermezza nei convegni e nelle sedi istituzionali. Non credo che sia mai stata spiegata sino in fondo la ragione di questa diversa prospettiva¹: non escludo, però, che l'empatia, che manifestava per le persone più deboli, lo spingesse a sottrarle all'incertezza degli orientamenti giurisprudenziali².

Uno dei settori del diritto di famiglia che più lo appassionavano era la disciplina dell'adozione, per la cui riforma ha lavorato costantemente³: ricordo che era questo il tema al quale voleva dedicarsi quando lo invitai al convegno catanese per

1 L'idea che la legge scritta fosse considerata dal prof. Bianca "uno dei principali fattori di sollecitazione e di influenza del costume", espressa non a caso in un saggio in tema di diritto di famiglia, si concilia solo in parte con la fedeltà al principio di effettività e non spiega del tutto l'attivismo del Maestro: ma cfr., in senso diverso, BIANCA, M.: "Il diritto di famiglia e la missione del giurista. L'insegnamento di mio padre Cesare Massimo Bianca", *Familia*, 2021, p.135 ss.

2 Empatia per i più deboli che emerge chiaramente dal ricordo di BIANCA, M.: "Ricordo di mio padre Cesare Massimo Bianca", *Vita not.*, 2020, p.1101.

3 Si veda da ultimo BIANCA, C.M.: "Note per una revisione della disciplina dell'adozione", *Jus civile*, 2018, p.60 ss.

• Ugo Salanitro

Ordinario di Diritto privato, Università degli Studi di Catania. E-mail: ugo.salanitro@unic.it

l'allievo Tommaso Auletta; rammento ancora i suoi rimbrotti quando pretesi una relazione di più ampio respiro che potesse trovare collocazione nella giornata di apertura di quell'incontro. Rimbrotti giustificati, contro la mia rigidità organizzativa; rigidità che - se ha consentito l'offerta alla comunità dei giuristi di un saggio di particolare originalità sulla nozione di famiglia⁴ - non mi perdono, anche perché temo che il prof. Bianca non abbia più trovato altre occasioni per manifestare in modo adeguato il suo pensiero sull'argomento.

Pensiero dal quale traspare l'insoddisfazione per l'assetto legislativo e per i tentativi di riscrittura giurisprudenziale. Riferendosi all'adozione particolare, il Maestro scriveva: "Avvalendosi di una discutibile interpretazione della norma, la giurisprudenza si è comunque mossa verso l'auspicato ampliamento dell'ambito di operatività dell'adozione, al quale dovrà adeguatamente provvedere la legge di revisione di tale istituto"⁵. E' su questo tema, e tenendo presente questo monito, che mi accingo a impegnare il lettore.

II. I MODELLI DI ADOZIONE DEI MINORI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE.

Nel contesto internazionale, la disciplina italiana dell'adozione si trova compresa tra due modelli, frutto di concezioni distinte, che hanno trovato accoglimento in seno a due diverse Convenzioni, entrambe riferibili al Consiglio d'Europa.

Il modello recepito dalla Convenzione europea per l'adozione dei minori, adottata a Strasburgo il 24 aprile 1967, si fonda sull'idea che il minore debba recidere il legame con la famiglia di origine, in modo che chi adotta possa esercitare la funzione genitoriale senza interferenze pregiudizievoli. Nella versione originaria, l'unica sottoscritta e ratificata dalla Repubblica Italiana, è possibile derogare al modello ideale della Convenzione, ogni qualvolta la legislazione interna preveda più tipologie di adozione: di tale facoltà di deroga si è avvalso il legislatore italiano, accostando all'adozione legittimante, riservata alla coppia coniugata e in cui viene meno il rapporto con la famiglia originaria, una seconda tipologia di adozione, applicabile a casi particolari e caratterizzata dalla possibilità che l'adottante sia un singolo e che si tengano fermi i rapporti con la famiglia di origine.

Il modello può essere considerato tradizionale, ma non sarebbe corretto definirlo obsoleto: perché è stato confermato nella stesura revisionata il 27 novembre 2008, alla quale l'Italia non ha mai aderito, ma che non dovrebbe essere considerata, almeno per il tempo in cui è stata approvata, di concezione datata. Va anzi osservato che nella stesura più recente non è prevista la possibilità

4 BIANCA, C.M., "Famiglia è la famiglia fondata sull'affetto coniugale e sull'affetto filiale", in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, (a cura di U. SALANITRO), Pacini, Pisa, 2019, p.119 ss.

5 BIANCA, C.M.: *Diritto civile, 2.1 La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2017, p.504.

che i singoli Stati derogano la Convenzione nella parte in cui preveda l'effetto legittimante dell'adozione e la cessazione dei rapporti con la famiglia di origine: per cui tale modello, lungi dall'apparire superato, si configura come l'unico modello compatibile con la versione più aggiornata della Convenzione.

Anche il secondo modello ha trovato accoglimento in una convenzione europea, la CEDU, il cui risultato normativo non è però il frutto dell'accordo tra i governi nella sede specifica di una convenzione tematica: piuttosto, è emerso nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in sede di applicazione dell'art. 8, che tutela il diritto alla vita privata e familiare. In quest'altro modello, che ha trovato la sua definizione nella sentenza *Zhou contro Italia*⁶, la prospettiva è incentrata sul rapporto tra il soggetto del quale si deve valutare lo stato di adottabilità e la famiglia originaria: rapporto che deve essere conservato e valorizzato, in quanto componente essenziale del diritto alla vita privata e familiare, e che può essere reciso soltanto in circostanze eccezionali. In particolare, secondo la Corte di Strasburgo il legame tra genitori naturali e figli può essere troncato, oltre che nei casi in cui il rapporto originario fosse insussistente o estremamente debole, anche nei casi in cui i genitori fossero particolarmente indegni o comunque l'allontanamento fosse giustificato dall'interesse superiore del minore: la circostanza che il genitore non fosse effettivamente in grado di svolgere il ruolo non renderebbe necessario recidere il rapporto, ogni volta si dimostri che il comportamento del genitore non produce effetti negativi nei confronti del figlio.

La decisione della Corte europea si pone sul crinale di due diverse questioni⁷: la prima, quali siano le condizioni perché si possa dichiarare lo stato di abbandono del minore e la sua conseguente adottabilità; la seconda, quali siano gli strumenti idonei a consentire al minore di crescere nel contesto più appropriato, seppur compatibile con il mantenimento del rapporto con i genitori originari. Sulla prima questione, la Corte ha sostenuto che non si sarebbe potuto dichiarare lo stato di abbandono, a meno che le Autorità italiane non avessero preso le misure in concreto idonee a consentire al minore di vivere con il genitore, fornendo a quest'ultimo le prestazioni sociali disponibili per superare le vulnerabilità, e tali misure si fossero rivelate un insuccesso; si osserva, inoltre, che "i periti non hanno esaminato le possibilità effettive di un miglioramento delle capacità della ricorrente di prendersi cura di suo figlio, tenendo conto anche del suo stato di salute". Sulla seconda questione, i Giudici europei hanno sottolineato che "dalle perizie disposte dal TM emerge che la ricorrente non era effettivamente in grado di

6 Corte EDU, sez. II, 21.1.2014, *Zhou c. Italia*, (Ric. n. 33733/11), (s.m.), *Foro it.*, 2014, IV, p.173 ss., con nota di CASABURI, G. Per un altro commento articolato, PASQUALETTO, A.: "L'adozione mite al vaglio della Corte europea dei Diritti dell'Uomo tra precedenti giurisprudenziale e prospettive de jure condendo", *N. giur. civ. comm.*, 2015, II, p.155 ss.

7 Per una esposizione chiara delle due questioni, articolate in modo consapevole e completo, si v. FINESSI, A.: "Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale e best interests of the child", *N. leggi civ. comm.*, 2020, p.1344 ss., in part. p.1349 ss. e p.1355 ss.

svolgere il suo ruolo, ma che il suo comportamento non era negativo per il figlio". Muovendo da tale osservazione, la Corte ha indicato il percorso che avrebbe dovuto seguire l'autorità giudiziaria rispetto alla scelta dello strumento giuridico idoneo a mediare tra i diversi interessi del minore, sostenendo che si sarebbe dovuto ricondurre la fattispecie *de qua* nell'ambito della disciplina dell'adozione in casi particolari: pur nella consapevolezza dell'assenza di una testuale previsione in tal senso nell'ordinamento italiano, tale inquadramento sarebbe stato legittimato da un orientamento, ancorché minoritario, della giurisprudenza di merito.

III. L'ARTICOLAZIONE DEGLI INTERESSI E L'INDIVIDUAZIONE DELLE REGOLE.

Il conflitto tra i due modelli potrebbe essere risolto argomentando la prevalenza dell'uno sull'altro, in base a una valutazione formale o di effettività.

Muovendo da una impostazione formale, andrebbe sostenuta la prevalenza della Convenzione europea sull'adozione dei minori, in quanto norma speciale, direttamente imputabile alla volontà concorde degli Stati membri, non suscettibile di interpretazione evolutiva anche alla luce delle regole emergenti dalla revisione del 2008. Fondando la soluzione sul principio di effettività, tuttavia, si sancirebbe la prevalenza della regola posta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dotata di un efficiente apparato rimediabile che trova il suo punto di caduta nelle sentenze della Corte di Strasburgo che condannano gli Stati al risarcimento del danno. A fronte di siffatto apparato rimediabile, la Convenzione del 1967 si rivela marginale, non essendoci soggetti contraenti interessati a farla valere direttamente secondo le regole del diritto internazionale pubblico: tanto marginale che, stando al dato tecnico, si potrebbe addirittura sollevare il dubbio che la riserva - che consente all'ordinamento italiano di derogare la disciplina dell'adozione legittimante e considerare compatibile con la Convenzione l'adozione in casi particolari - non sia più vigente dal 25 agosto 1991, ove si dia rilevanza al limite quinquennale che è stato testualmente posto nelle missiva del Rappresentante permanente del Governo italiano del 31 luglio 1986⁸.

8 Dubbio che, pur trovando conferma nel sito ufficiale del Consiglio d'Europa (che non menziona la riserva come attualmente efficace), andrebbe superato, rilevando che le facoltà ex art. 24 della Convenzione non sono soggette al limite quinquennale posto dall'art. 25 della stessa Convenzione e che pertanto la formulazione della missiva, per quella parte, andrebbe considerata il frutto di un mera svista. Non intendo approfondire la questione, riservata ai cultori del diritto internazionale, limitandomi qui a segnalare che, ove quel dubbio fosse invece ritenuto fondato, rientrando nella discrezionalità degli Stati porre limiti temporali anche alle riserve ex art. 24 della Convenzione, ne discenderebbe il contrasto di tutta la disciplina dell'adozione in casi particolari con la Convenzione e di riflesso con l'art. 117 della Costituzione: conseguenza che, per la sua portata oltremodo eversiva almeno sotto il profilo formale delle fonti, richiederebbe ogni iniziativa utile a ripristinare, ove possibile, la facoltà a sua tempo espressa.

Mi sembra, tuttavia, che vi siano gli spazi per una lettura che consenta di restituire coerenza all'ordinamento internazionale, conciliando le divergenti impostazioni secondo la logica del *distinguishing*.

Nell'argomentazione della Corte europea, si osserva che la difficoltà del genitore naturale di provvedere alle esigenze del minore, in quella vicenda, non fossero dovute soltanto a questioni economiche, ma anche alle condizioni di salute, conseguenti ad una ischemia occorsa durante la gravidanza, che non avrebbero consentito uno svolgimento adeguato della funzione genitoriale. Muovendo da tale premessa, la Corte sembra tracciare due percorsi alternativi per sostenere l'illiceità del comportamento dell'autorità nazionale: per un verso, afferma che non si fosse valutata la possibilità di un miglioramento delle capacità genitoriali, il quale avrebbe eliminato la causa di forza maggiore che aveva privato il minore dell'assistenza morale e materiale⁹; per altro verso, riprendendo i risultati della perizia, rilevava che il genitore, ancorché incapace di provvedere ai propri doveri, non teneva un comportamento che potesse essere giudicato negativo per il figlio.

Nell'ottica della Corte europea, l'uno o l'altro percorso non potevano che portare alla condanna dell'Italia, per cui non è stato reputato necessario un approfondimento. Nella prospettiva dell'interprete del diritto interno, invece, la sovrapposizione deve essere sciolta: nel caso in cui la carenza di assistenza morale e materiale fosse reversibile in un tempo ragionevole, non può essere dichiarato lo stato di abbandono e l'istituto da applicare sarebbe l'affidamento temporaneo; ove non fossero prospettabili miglioramenti, invece, si sarebbe dovuto valorizzare l'insussistenza di conseguenze negative nella permanenza di rapporti tra il genitore naturale e il minore per pervenire a soluzioni che consentano di conciliare vecchie e nuove relazioni.

Eliminata questa prima sovrapposizione, ne emerge però una seconda. Si potrebbe ritenere infatti coerente con la giurisprudenza europea che la dichiarazione di adottabilità e l'accertamento dello stato di abbandono siano da considerare *extrema ratio* non solo quando si intenda consentire il pieno recupero del rapporto, ma anche quando si voglia mantenere un qualsiasi legame con la famiglia di origine: è questa l'ottica in cui si pone la nostra giurisprudenza di legittimità, secondo la quale ogni qualvolta il minore sia in una condizione di semiabbandono, ancorché non recuperabile, non si dovrebbe dichiarare l'adottabilità. Secondo la Corte di Cassazione, infatti, "con la dichiarazione di adottabilità, in quanto finalizzata all'adozione legittimante (ancorché possa verificarsi in alcune ipotesi l'assenza di

⁹ Questo argomento è poi ripreso in altre decisioni della Corte di Strasburgo: Corte EDU, IV sez., 16.7.2015, *Akinnibosun c. Italia* (Ric. n. 9056/14); Corte EDU, IV sez., 13.10.2015, *S.H. c. Italia* (Ric. n. 52557/14). Decisioni che, invece, non hanno rilevanza, almeno a mio avviso, sul diverso profilo dell'applicabilità dell'adozione mite: nello stesso senso, nell'ambito di una completa analisi sullo stato di abbandono, RENNA, M.: "Forme dell'abbandono, adozione e tutela del minore", *N. giur. civ. comm.*, 2019, II, p.1361 ss., p.1370 ss.

tale esito finale) si determina la cessazione dei rapporti con i genitori biologici, non essendo compatibile con la finalità ultima dell'istituto la perpetuazione di una relazione che è destinata a recidersi definitivamente con l'assunzione di un diverso status filiale mediante l'adozione"¹⁰.

Questa seconda sovrapposizione, tuttavia, sembra essere il portato di una lettura della disciplina dell'adozione che potrebbe essere contestato da due diverse prospettive: in primo luogo, perché nega in assoluto che l'istituto dell'adozione piena possa consentire un qualche rapporto con la famiglia di origine; in secondo luogo, perché non sembra ammettere che si possa conciliare la dichiarazione di adottabilità del minore in stato di abbandono con il ricorso a istituti diversi dall'adozione piena, quale l'affidamento o l'adozione in casi particolari¹¹.

L'assunto della Cassazione secondo la quale l'adozione piena non permetterebbe il mantenimento del legame con la famiglia di origine – salvo gli impedimenti matrimoniali e il diritto di conoscere le proprie origini - potrebbe essere messo in discussione se si valorizzasse la regola posta a favore degli affidatari dall'art. 5 ter della l. 184\1983, introdotto con la riforma della l. n. 173\2015, la quale garantisce "la continuità delle positive relazioni socio affettive": tale regola, se posta testualmente a garanzia del rapporto con gli affidatari in caso di adozione a terzi o di ritorno alla famiglia di origine, non può che essere *a fortiori* riconosciuta ai familiari naturali, già *de iure condito*, nel caso in cui il rapporto con il minore fosse giudicato positivo o comunque non negativo per la sua crescita.

Se si accogliesse questa prospettiva, si potrebbe fare ricorso alla disciplina dell'adozione piena anche in caso di situazione di semiabbandono, adottando lo strumento tipicamente dedicato al minore carente del rapporto genitoriale: il minore, in tal modo, sarebbe accolto definitivamente nella famiglia adottiva, con la quale può instaurare pieni rapporti parentali, ma manterrebbe il diritto alle "relazioni socio affettive" con la famiglia di origine, con la quale perderebbe soltanto i vincoli giuridici di tipo patrimoniale e non patrimoniale. La soluzione sembra quella maggiormente conforme alla Convenzione europea del 1967: essendo la norma sulla tutela della relazione affettiva disposta con la novella del 2015 e solo per gli affidatari, non sorprende che la Corte di Strasburgo abbia

10 In tal senso, espressamente, Cass., sez. I, 13.2.2020, n. 3643, (est. Acierno), *Fam. e dir.*, 2020, p.1063 s., con nota di THIENE, A., e *N. giur. civ. comm.*, 2020, I, p.837 ss., con commento di MOROZZO DELLA ROCCA, P.; Cass., sez. I, 25.1.2021, n. 1476, (est. Valitutti), *Fam. e dir.*, 2021, p.586 ss., con nota di ZANOVELLO, F.

11 Criticità già rilevata da MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali", *N. giur. civ. comm.*, 2020, I, p.830 ss.

ignorato questa possibilità nel 2014¹², mentre non è chiaro perché non sia stata valorizzata successivamente né in dottrina, né in giurisprudenza¹³.

Il ricorso all'adozione piena, tuttavia, non sarebbe congruo ogni qualvolta possa risultare nell'interesse del minore mantenere rapporti giuridici più forti con la famiglia di origine: in tal caso, si configurano maggiormente idonei altri istituti quali l'affidamento o l'adozione in casi particolari, ai quali si potrebbe fare ricorso sia prima della dichiarazione di adottabilità, sia dopo. Va superata quindi la diversa opinione della giurisprudenza di legittimità, secondo la quale la dichiarazione di adottabilità "è finalizzata in via pressoché esclusiva a creare le condizioni per la successiva pronuncia di adozione piena o legittimante"¹⁴: nulla esclude infatti che previamente, contestualmente o successivamente alla dichiarazione di adottabilità (comunque prima dell'affidamento preadottivo), l'autorità giudiziaria possa ritenere utile, valutando l'interesse superiore del minore, che prosegua l'affidamento temporaneo o che si disponga l'adozione in casi particolari¹⁵. Anzi in tal senso depone una tesi autorevole, anche se ormai risalente, secondo la quale "la dichiarazione di adottabilità e così pure la situazione di abbandono che di questa dichiarazione è il presupposto, non costituiscono né condizioni necessarie, né impedimenti per la pronuncia di adozione in casi particolari"¹⁶.

In questa prospettiva si sarebbe potuto considerare possibile il ricorso all'affidamento temporaneo, pur essendo tale istituto legato al tempo di recupero della famiglia originaria, per cui si richiederebbe una prognosi di reversibilità

12 Si tenga tuttavia conto che in una più recente decisione, Corte EDU, 12.2.2019, *Minervino e Trausi c. Italia*, (R. 63289/17), la Corte di Strasburgo ha respinto il ricorso dei genitori, che lamentavano l'applicazione della misura dell'adozione piena (pretendendo piuttosto l'applicazione della disciplina dell'adozione mite), sostenendo "che tale decisione si fondasse su motivi pertinenti e sufficienti, vale a dire le condizioni di degrado dell'ambiente familiare e sociale, l'incapacità affettiva, educativa e pedagogica dei genitori, e lo stato di salute del bambino più piccolo. Le relazioni dei servizi sociali avevano evidenziato che i bambini soffrivano di privazioni materiali, psicologiche e affettive e che il loro sviluppo era minacciato dal fatto che vivevano in un ambiente inadeguato a causa dell'incapacità dei genitori di assicurare loro le cure", rilevando che la misura è stata decisa dopo un lungo percorso orientato al riavvicinamento "a causa della mancanza di un miglioramento delle capacità genitoriali e delle condizioni di vita dei ricorrenti, nonostante l'aiuto fornito, nonché dell'insufficiente evoluzione delle relazioni tra i ricorrenti e i loro figli". Nel ragionamento della Corte, il ricorso è respinto osservando che "le autorità hanno dovuto affrontare, nelle condizioni sopra descritte, il difficile e delicato compito di mantenere un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco in una causa complessa", senza insistere in alcun modo sull'idea che l'adozione piena dovesse essere considerata *extrema ratio* tra gli istituti di protezione del minore.

13 Anche se va segnalato un orientamento giurisprudenziale che, nella dichiarazione di adozione piena, salva le relazioni socio affettive con la famiglia originaria: il riferimento è alla c.d. "adozione aperta", sulla quale v. PASQUALETTO, "L'adozione mite" cit., p.160 s.; MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Abbandono e", cit., p.833 s.; QUADRI, E.: "Una riflessione sull'interesse del minore e la dimensione familiare della sua tutela", *N. giur. civ. comm.*, 2020, p.1330 ss.

Si avverte che, con il termine adozione "aperta", parte della dottrina intende invece l'adozione in casi particolari: cfr. RIZZUTI, M.: *Adozione aperta e rapporti successori*, ESI, Napoli, 2021, p.67 ss.

14 Ancora Cass. 13.2.2020, n. 3643, cit., p.1066.

15 In questa prospettiva si coglie il pensiero di MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Abbandono e", cit., p. 832 s.

16 CATTANEO, G.: "Appunti sulla nuova disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", *Quadrimestre*, 1984, p. 51

potenziale della crisi del rapporto genitoriale e/o parentale¹⁷: si prevede infatti un termine di due anni, il quale può essere però prorogato senza limiti fino alla maggiore età¹⁸. Si tratta di uno strumento di grande flessibilità, particolarmente idoneo a tutelare l'interesse del minore, anche perché consente il ritorno alla famiglia di origine, sino a che non venga disposto l'affidamento preadottivo ovvero la trasformazione del rapporto in adozione; al contempo, essendo per definizione temporaneo, assicura una piena tutela degli interessi di tutti i soggetti coinvolti e un controllo periodico sulla condizione del minore e della famiglia di origine, non ponendo alcun ostacolo al mutamento della famiglia alla quale il minore è affidato.

Si può reputare che la Corte di Strasburgo abbia voluto evitare di forzare la natura di un istituto, l'affidamento temporaneo, che non è destinato a strutturare un rapporto genitoriale stabile e che abbia preferito assecondare l'estensione di un altro istituto, l'adozione in casi particolari, maggiormente vocato al consolidamento del rapporto¹⁹. Prospettiva che appare essere in linea anche con la Convenzione del 1967, che affida soltanto alle diverse forme di adozione, legittimanti e non legittimanti, la cura del minore, senza evocare l'affidamento. L'adozione in casi particolari, disciplinata dagli art. 44 ss., l. 184/1983²⁰, si differenzia dall'adozione piena, perché non inserisce il minore nella famiglia della coppia adottante, la quale non succede *mortis causa*, e non recide il rapporto con la famiglia di sangue. La figura c.d. speciale copre uno spettro di interessi del minore che non si sovrappone neanche a quello valorizzabile attraverso l'affidamento temporaneo: il minore acquista anche il cognome dell'adottante e ne può diventare successore *mortis causa*, costituendo un rapporto stabile che può essere revocato soltanto per ragioni particolarmente gravi.

17 Cfr., sul punto, FINESSI, A.: "Adozione legittimante" cit., p.1358 ss.

18 Nel senso che l'affidamento possa eventualmente continuare sino alla maggiore età è la "Dichiarazione sui principi sociali e legali riguardo alla protezione e sicurezza sociale dei bambini, con particolare riferimento all'affidamento familiare e all'adozione nazionale e internazionale", approvata dall'assemblea plenaria delle Nazioni Unite nel 1986: cfr. DOGLIOTTI, M.: "Adozione e affidamento", in *Tratt. Bessone*, vol. IV, *Il diritto di famiglia*, tomo IV, *Filiazione, adozione, alimenti*, (a cura di T.AULETTA), Torino, Giappichelli, 2011, p.408 s.

19 Cfr. BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, cit., p.502: "l'adozione particolare è una soluzione di grado inferiore rispetto a quella astrattamente ottimale offerta dall'adozione piena (status di figlio a tutti gli effetti), che può essere in concreto preferibile nell'interesse del minore se gli consente, perduti i genitori, di restare nell'ambito parentale o di privilegiare un solido rapporto di affetto maturato da tempo al di fuori della cerchia familiare o se gli consente di evitare l'alternativa dell'affidamento presso istituti quando l'adozione piena risulti di fatto non realizzabile (perché ad es. il minore ha già superato una certa età o è affetto da grave diversa abilità). Preferibile ancora è l'adozione particolare come soluzione che consente la di formalizzazione del rapporto di convivenza e di assistenza che il minore instaura con il coniuge del genitore".

20 Per una introduzione generale al tema dell'adozione in casi particolari si vedano almeno: CIRAOLO, C.: "Dell'adozione in casi particolari", in *Comm. Gabrielli, Della Famiglia*, (a cura di G. DI ROSA), UTET, Torino, 2018, III, p.913 ss.; BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, cit., p.500 ss.; GIUSTI, A.: "L'adozione dei minori di età in casi particolari", in *Tratt. Bonilini*, vol. IV, UTET, Torino, 2016, p.3495 ss.

IV. L'ADOZIONE "MITE" E LA FASE PROCESSUALE DEL BILANCIAMENTO DI INTERESSI.

Emerge dall'analisi la varietà di interessi che sono sottesi a ciascuno degli istituti designati alla tutela del minore, per cui il richiamo all'adozione in casi particolari non deve essere considerato eversivo, essendo volto a valorizzare una disciplina idonea a svolgere una funzione specifica che non sarebbe adeguatamente svolta né dall'adozione piena, né dall'affidamento temporaneo²¹. L'articolazione delle regole, corrispondenti al diverso atteggiarsi del preminente interesse del minore, dovrebbe sollecitare la dottrina e la giurisprudenza a promuovere il ricorso a ciascuno degli istituti coinvolti, da accogliere e utilizzare in modo conforme all'assetto di interessi concretamente rilevante.

Nella nostra dottrina e giurisprudenza, invece, si tende a polarizzare il dibattito, assumendo che, tra le discipline astrattamente utilizzabili, ve ne siano alcune che non sarebbero idonee a venire incontro alle esigenze del minore in stato di abbandono di mantenere rapporti con la famiglia di origine: sostenendo in maniera poco persuasiva che rispetto a tali esigenze vi sarebbe una sola disciplina utilizzabile, sollevando ostacoli all'applicazione delle altre²². Come già rilevato, si nega solitamente che la disciplina dell'adozione piena possa consentire il mantenimento di un qualche tipo di rapporto, neanche sul piano della garanzia delle relazioni sociali affettive. Coloro che sostengono il ricorso all'adozione in casi particolari, invece, negano spazio all'affidamento, argomentando dalla natura temporanea dell'istituto; gli altri che, nella prospettiva speculare, sostengono il ricorso all'affidamento sino alla maggiore età, rifiutano l'estensione dell'adozione in casi particolari, di cui viene predicata la natura tassativa²³.

Quest'ultima prospettiva appare oggi recessiva, dopo che l'istituto dell'adozione mite è stato accolto anche dai giudici di legittimità²⁴, qualche anno dopo la Corte di Strasburgo.

Chi si è opposto alla lettura oggi dominante, ha sottolineato la minore garanzia processuale alla quale avrebbero diritto i genitori naturali, rispetto all'adozione piena: nell'adozione in casi particolari, infatti, il genitore naturale che non esercita la potestà non può opporsi, non avendo a disposizione lo strumento dell'assenso, e

21 Cfr. LENTI, L.: "L'adozione", in Tratt. Zatti, vol II, *Il nuovo diritto della filiazione*, (a cura di L. LENTI, M. MANTOVANI), Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p.381 ss.

22 L'ottica di segno diverso, che mi pare da condividere, si trova in MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Abbandono e ", cit. ,p.832 s.

23 Ad esempio, si cfr.: GENNARO ,L.: "Ancora sull'adozione c.d. mite", *Dir. famiglia*, 2010, p.499 ss.

24 In tal senso: Cass. 16.4.2018, n. 9373, (est. Di Marzio) in *Foro it.*, 2018, I, 1536 ss., con nota di CASABURI ,G.; Cass. 13.2.2020, n. 3643, cit., 1066; Cass., sez. I, 25.1.2021, n. 1476, cit., p.586 ss.

non può impugnare il provvedimento che dichiara l'adozione in casi particolari²⁵. Ma questa posizione può essere superata qualora si ritenga che il ricorso all'adozione mite (si badi, non a qualsiasi fattispecie di adozione in casi particolari) presupponga la dichiarazione di adottabilità: siffatta procedura, infatti, garantirebbe pienamente la famiglia di origine, dovendo i genitori naturali partecipare al giudizio e avendo potere di impugnazione, ed è in questa sede che il giudice potrebbe valutare se l'adottabilità debba essere piena ovvero con gli effetti limitati di cui all'art. 44 ss.

Non è questa, tuttavia, l'opinione prevalente²⁶, accolta dalla più recente giurisprudenza di legittimità, la quale ritiene che, ove vi siano ragioni per tenere fermi i legami con la famiglia di origine (c.d. semiabbandono), non si debba pronunciare la dichiarazione di adottabilità, né valutare se ricorrano gli estremi per l'adozione in casi particolari. È vero che la Cassazione ha ritenuto che si debba collocare all'interno della procedura di adottabilità la valutazione "se l'interesse a non recidere il legame con [la famiglia di origine] dovesse prevalere o recedere rispetto al quadro deficitario delle capacità genitoriali". Tuttavia "ove la conservazione del legame, all'esito di un'attenta valutazione, fosse ritenuta indispensabile", l'esito del giudizio sarebbe il rigetto della dichiarazione di adottabilità e non la statuizione della ricorrenza di una condizione di adottabilità ai sensi dell'art. 44: sostiene la Corte, infatti, che "la verifica in concreto dei margini di conformazione della situazione del minore ai modelli di filiazione adottiva contenuti nella L. n. 184 del 1983, artt. 44 ss., potrà attivarsi soltanto dopo l'eventuale accertamento negativo della condizione di abbandono"²⁷.

Tale giurisprudenza non assicura un'adeguata tutela processuale della famiglia di origine neanche ove fosse intesa nel senso che sia volta ad evitare che il giudice di merito possa scegliere, dopo la dichiarazione di adottabilità, tra adozione piena e adozione in casi particolari, nell'ambito di procedure in cui non risultano legittimati a partecipare i genitori naturali: perché dal punto di vista processuale questa giurisprudenza di legittimità consente al giudice di merito di disporre direttamente

25 In tal senso si v.: DOGLIOTTI, M.: "Adozione legittimante e adozione mite, affidamento familiare e novità processuali", *Dir. famiglia*, 2010, p.1482; MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Abbandono e", cit., p.831 s.

26 Sin dalle prime pronunzie del Tribunale dei minori di Bari che ha accolto il concetto di semiabbandono in contrasto con quello di abbandono e che ha negato la necessità della dichiarazione di adottabilità: così Trib. Minori Bari, 7.5.2008, *Fam. e dir.*, 2009, p.393 ss., con nota di CAFFARENA, S., Sulla giurisprudenza barese, si v. MONTECCHIARI, T.: "Adozione mite: una forma diversa di adozione od un affidamento senza termine?", *Dir. famiglia*, 2013, p.1581 ss.

Nella giurisprudenza di merito degli altri distretti, invece, la questione è stata controversa come risulta indirettamente dall'ordinanza di Cass., sez. I, 25.1.2021, n. 1476, cit., la quale con riferimento alla decisione della Corte di appello di Ancona, n. 205 del 12.2.2019, oggetto di impugnazione, dopo avere premesso che "è proprio a situazioni di tal fatta che è finalizzata la c.d. adozione mite (...) la cui scelta del tutto erroneamente la Corte di appello ha demandato alla fase della pronuncia di adozione che per converso essendo stata confermata la dichiarazione di adottabilità della minore ex art. 8 della l. 184/1983 non avrebbe potuto essere se non quella della adozione legittimante".

In dottrina, la soluzione accolta dalla Cassazione non è messa in dubbio tra chi condivide la tesi dell'adozione mite: così, tra le analisi più consapevoli, FINESSI, A.: "Adozione legittimante", cit. p.1363.; il dubbio invece è coltivato da MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Abbandono e", cit., p.831 ss.

27 Ancora, Cass. 13.2.2020, n. 3643, cit., p.1066.

l'adozione in casi particolari senza bisogno di avviare la procedura di adottabilità e senza alcuna garanzia per la famiglia di origine.

Se si prendesse sul serio l'argomento dell'interpretazione estensiva dell'art. 44, lett. d), in relazione al caso della condizione di semiabbandono, sarebbe stato coerente, non solo sul piano testuale, dichiarare la sussistenza dello stato di abbandono e l'adozione, traendo "l'impossibilità (di diritto) di affidamento preadottivo" dall'accertamento dell'interesse del minore a mantenere i rapporti con la famiglia di origine in forme più rilevanti di quelle consentite con l'adozione piena²⁸. Ma tale prospettiva è stata rigettata in passato, seppure in una diversa vicenda in cui, per la peculiarità della fattispecie, sarebbe stato intrinsecamente contraddittorio dichiarare lo stato di abbandono quale presupposto dell'adozione in casi particolari: l'argomento testuale non è stato considerato rilevante, nel solco della argomentazione della sentenza della Corte costituzionale n. 383/1999 - la quale piuttosto ha speculato sull'*incipit* dell'art. 44, che consente l'adozione in casi particolari dei minori "anche quando non ricorrono le condizioni di cui al primo comma dell'art. 7"²⁹ - e di altri precedenti della Cassazione³⁰.

Non è necessario ricordare che l'argomento della Corte costituzionale, ripreso dalle sentenze della Cassazione, per cui non occorre la dichiarazione di adottabilità per dichiarare l'adozione in casi particolari, valeva senza dubbio nel caso sottoposto a quei giudizi (vedi *infra* nel paragrafo successivo) e non è detto che dovesse essere vincolante per la soluzione del nostro problema. Né sembra rilevante l'altro argomento testuale, di cui al primo comma dell'art. 1 l. 183/1984, secondo il quale "il tribunale per i minori provvede a dichiarare lo stato di adottabilità, salvo che esistano istanze di adozione ai sensi dell'art. 44", dal quale sembra emergere una contrapposizione tra adozione in casi particolari e dichiarazione di adottabilità, in quanto strettamente collegato al caso in cui fosse accertato il decesso dei genitori, oltre la mancanza di rapporti significativi con i parenti entro il quarto grado: per cui si manifesta il dubbio che la disposizione risponda a circostanze peculiari - che consentono di tutelare l'interesse del

28 Osserva che nella fattispecie presa in esame dalla lettera d) il richiamo al tentativo negativo dell'affidamento preadottivo, "ovviamente presupponeva un accertamento positivo dello stato di abbandono e la pronuncia della dichiarazione di adottabilità", FINESSI, A.: "Adozione legittimante", cit., p.1365. In modo lapidario, BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, cit., p.501, nota 201: "Nel quarto caso il minore deve essere dichiarato in stato di adottabilità".

29 Corte Cost., 7.10.1999, n. 383, *Dir. famiglia*, 2000, p.529 ss., sulla cui posizione si appiattisce l'analisi, per il resto convincente, di FINESSI, A.: "Adozione legittimante", cit., p.1366. Osserva al riguardo BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, cit., p.504: "Questa configurazione urta contro il testo della norma, che fa riferimento alla 'constatata' impossibilità di affidamento preadottivo, cioè all'accertata impossibilità di fatto del minore dichiarato in stato di adottabilità di essere accolto da una famiglia in adozione".

30 Il precedente più importante è Cass., sez. I, 22.6.2016, n. 12962 (est. Acierno), *Corr. giur.*, 2016, p.1203 ss., con note di MOROZZO DELLA ROCCA, P. e di ATTADEMO, L. che richiama l'autorità della Corte costituzionale. Nella prospettiva di segno opposto, volta a negare rilevanza all'interpretazione estensiva della lettera d), aveva sottolineato che "l'ipotesi dell'adozione per impossibilità di affidamento preadottivo rappresenta una ipotesi subordinata al mancato esito dell'adozione legittimante", presupponendo l'avvenuta dichiarazione di adottabilità, Cass. 27.9.2013, n. 22292.

minore mediante il ricorso diretto all'adozione in casi particolari, ove siano già state presentate istanze in tal senso, piuttosto che con il completamento della procedura di dichiarazione di adottabilità – e dimostri piuttosto la valenza di un principio di segno opposto.

Gli argomenti testuali nell'uno o nell'altro senso non sono in ogni caso risolutivi, perché in realtà l'estensione della lettera d) quale "valvola" residuale è uno stratagemma dell'interprete che non intende ammettere – pur essendo allo stato assolutamente evidente – la sussistenza di una pluralità di lacune tra loro assolutamente divergenti e la necessità di superare l'idea della tassatività dell'art. 44, facendo ricorso all'analogia per sopperire ai limiti delle singole fattispecie testualmente previste³¹. L'individuazione di una nuova ipotesi di adozione in casi particolari, nella misura in cui sottende una vera e propria forma di integrazione del diritto scritto, a fronte della lacuna emersa nella tutela dell'interesse del minore, è stata legittimata dall'autorevolezza della sentenza europea, la cui posizione assume valore di formante nell'ordinamento interno nella misura in cui impegna l'interprete ad una lettura del dato legislativo conforme al disposto di fonte internazionale, ai sensi dell'art. 117 Cost., al fine di evitare il rischio di incorrere in un'interpretazione in contrasto con il dettato costituzionale.

V. UN ISTITUTO "PARTICOLARE" CON FUNZIONE PLURALE: OLTRE L'INTERPRETAZIONE ESTENSIVA, E' TEMPO DI ANALOGIA.

L'interpretazione a sostegno dell'estensione della disciplina dell'art. 44 ss., ha avuto successo³² – e al contempo è stata fortemente osteggiata³³ – perché non ha avuto quale obiettivo soltanto l'individuazione di una forma di adozione "mite", che non faccia venire meno tutti i rapporti con la famiglia di origine: dottrina e giurisprudenza, come è noto, hanno utilizzato l'istituto per tutelare altre situazioni particolarmente delicate, le quali si caratterizzano perché, a differenza della

31 L'idea dell'integrazione in via analogica dell'adozione in casi particolari è sottesa alla prospettiva di CIRAOLO ,C.: "Certezza e stabilità delle relazioni familiari del minore. La stepchild adoption", *Corr. giur.*, 2017, p.809 ss., la quale mi sembra però che si muova pur sempre all'interno della visione di omogeneità dei conflitti regolati dai diversi casi dell'art. 44.

32 Tra gli altri, si v.: FERRANDO, G.: "L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza", *DSF*, 2017, p.79 ss.; STEFANELLI, S.: "Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale", *Fam. e dir.*, 2017, p.83 ss.; PANE R.: "Unioni same sex e adozione in casi particolari", *DSF*, 2017, p.479 ss.; MONTECCHIARI, T.: "Adozione in casi particolari: la svolta decisiva della Suprema Corte di Cassazione per single e coppie di fatto", *Dir. famiglia*, 2019, p.1722 ss.; LENTI, L.: "L'adozione", cit., p.386 ss.; RIZZUTI, *Adozione aperta*, cit., p.50 ss.

33 Si veda, tra gli altri, MORACE PINELLI, A.: "Per una riforma dell'adozione", *Fam. e dir.*, 2016, p.719 ss., p.723 s.; BILOTTI E.: "Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni", *Dir. famiglia*, 2017, p.873 ss. Per una illustrazione della resistenza della giurisprudenza di merito meneghina, su entrambe le fattispecie, FERRANDO ,G.: "A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare", *N. giur. civ. comm.*, 2017, I, p.171 ss. e BILOTTI, E.: "L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito", *Fam. e dir.*, 2017, p.1003 ss.

fattispecie in esame, non è detto che vi sia, o va addirittura esclusa, una condizione di abbandono.

Il caso emblematico - di cui abbiamo ricordato che è arrivato sino alla Corte costituzionale - riguardava una fattispecie in cui i minori non erano orfani, ma erano stati affidati a parenti a seguito della decadenza della potestà dei genitori naturali ovvero con il consenso degli stessi: in tal caso, sussistevano ragioni analoghe a quelle che si potevano portare a supporto dell'adozione ex art. 44, lett. a), ma la Corte costituzionale, piuttosto che dichiarare l'incostituzionalità o estendere analogicamente la disposizione specifica, ha preferito aderire all'interpretazione estensiva dell'art. 44 lett. d) (allora lett. c), salvo poi rifiutare l'argomento testuale che pretendeva che l'adozione fosse subordinata alla dichiarazione di adottabilità³⁴. In questo caso, il problema non era tanto quello di mantenere i rapporti con la famiglia di origine, quanto piuttosto di consentire il rafforzamento del rapporto con i parenti che avevano già l'affidamento: la cui presenza, ove fossero stati entro il quarto grado, avrebbe comunque impedito l'accertamento dello stato di abbandono e la dichiarazione di adottabilità³⁵. Con ciò non si intende dire che la fattispecie di cui alla lett. a) sia sempre caratterizzata dalla insussistenza dello stato di abbandono - perché lo stato di abbandono potrebbe emergere, ad esempio, nel caso in cui il minore abbia un preesistente rapporto stabile e duraturo con estranei o con parenti oltre il quarto grado, ovvero vi siano parenti entro il sesto grado disponibili a chiedere l'adozione - ma che tale insussistenza fosse strutturale al caso trattato dalla Corte costituzionale.

Diverso genere di problema si pone quella dottrina e giurisprudenza che ha utilizzato la disposizione speciale per consentire l'adozione del figlio del *partner* anche al di fuori del caso della coppia coniugata: in questa situazione non può ricorrere uno stato di abbandono, essendo presente quantomeno uno dei genitori. Il problema che si intende risolvere non è tanto quello di mantenere il rapporto con la famiglia di origine dell'adottato, quanto piuttosto di trovare una forma di tutela adatta al rapporto sociale costituito tra il minore e il *partner* del genitore convivente, sia di sesso diverso, sia dello stesso sesso: forma di tutela pretesa dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per i rapporti di genitorialità sociale di una certa importanza. Il ricorso a questa disciplina avrebbe la medesima funzione dell'adozione del figlio del coniuge ex art. 44, lett. b), di cui andrebbe predicata l'estensione analogica³⁶ o se si preferisce l'interpretazione costituzionalmente

34 Corte Cost. 7.10.1999, n. 383, cit.

35 BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, cit., p.500 s.

36 In questi termini, discorre di "analogia mistificata" e di "analogia mascherata" LENTI, L.: "L'adozione", cit., p.402 ss., p.406 s.; ritiene che si debba predicare l'analogia, seppure in una prospettiva non coincidente, in quanto limitata all'unione civile in caso di morte del genitore BARBA, V.: "Unione civile e adozione", *Fam e dir.*, 2017, p.381 ss., p.389 s.

orientata³⁷, per dare rilevanza giuridica al rapporto sociale che si costituisce generalmente con il figlio che il *partner* ha avuto da una precedente relazione³⁸.

Questione ancora diversa, ma che viene erroneamente assimilata alla precedente³⁹, è quella di utilizzare l'adozione per consentire la costituzione di un rapporto al genitore intenzionale che non sia legato da un rapporto genetico con il nato da procreazione assistita illecita, quali la procreazione da coppia dello stesso sesso⁴⁰ o da maternità surrogata⁴¹. In tal caso, in genere, non si pone né il problema di accertare una situazione di abbandono, né il problema di garantire i rapporti con la famiglia di origine: l'estensione della disciplina dell'adozione in casi particolari ha una funzione assolutamente diversa, ossia quella di dare rilevanza giuridica al rapporto con chi ha voluto e pianificato la procreazione, condividendo un progetto di genitorialità, attraverso una tecnica succedanea che consenta di tutelare l'interesse del minore, in un ordinamento che, avendo imposto il divieto, nega, per ragioni di deterrenza o di coerenza, la costituzione del rapporto filiale basato sul comportamento vietato.

Si tratta di vicende in cui, non ricorrendo lo stato di abbandono, non ha senso porsi il problema della dichiarazione di adottabilità: né la mancata applicazione di tale procedura può porre in pericolo i diritti di terzi, non essendo rilevante, o comunque suscettibile di pregiudizio, l'interesse della famiglia di origine. La vicenda del c.d. semiabbandono, invece, è completamente diversa, in quanto, a differenza delle altre, che andrebbero ricondotte ai modelli delle lettere a) e b) dell'art. 44, per essa si può porre il problema di verificare, attraverso la procedura di adottabilità, se la condizione del minore debba rientrare nella situazione di abbandono: trattandosi di fattispecie di segno diverso - invero l'unica inquadrabile quale estensione analogica della lettera d) - non si deve temere l'applicazione di una distinta disciplina⁴².

37 Hanno sostenuto, tra gli altri, che si sarebbe dovuto sollevare la questione di costituzionalità per la mancata estensione della lettera b) al rapporto tra il minore e il convivente del genitore CIPRIANI, N.: "Coppie omosessuali, affidamenti e adozioni di minori", *DSF*, 2015, 25 ss., p.50 s.; MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Le adozioni in casi particolari e il caso della stepchild adoption", *Corr. giur.*, 2016, p.1217 ss., p.1219 s.

38 Sulla ratio della disposizione della lett. b) e della sua estensione fondata sulla lett. d), interessanti spunti si trovano in FAVILLI, C.: "Libertà e solidarietà nelle vicende della ricostituzione familiare", *N. leggi civ. comm.*, 2017, p.1295 ss., che mette in luce la problematicità della coerenza di tale disciplina con i principi di affidamento condiviso attualmente prevalenti.

39 Sul tema della tutela del rapporto con il genitore sociale – e per la distinzione tra terzo genitore (riferito al partner sopravvenuto) e secondo genitore (che si riferisce al genitore intenzionale nella procreazione assistita) interessanti spunti in CINQUE M., "Quale statuto per il "genitore sociale"?", *Riv. dir. civ.*, 2017, p.1475 ss., dove si trova un quadro equilibrato della dottrina e della giurisprudenza meno recenti. Più di recente, l'A. è tornata in argomento con un commento ad alcune sentenze di merito: Id., "Adozione in casi particolari: parentela tra "fratelli acquisiti"?", *N. giur. civ. comm.*, I, 2021, p.78 ss.

40 Si richiama in particolare il precedente di Cass., sez. I, 22.6.2016, n. 12962, cit.

41 Per il quale si ricorda l'approdo a Cass., sez. unite, 8.5.2019, n. 12193, (est. Mercolino) *Corr. giur.*, 2019, p.1198 ss., con note di GIUNCHETTI D. e di WINKLER M..

42 E' vero che la distinzione tra le diverse ipotesi è utilizzata dalla giurisprudenza e dalla dottrina per respingere il risultato dell'impostazione dominante, come emerge dalla rassegna di BILOTTI, E.: "L'adozione del", cit., p.1007 ss.: ma la difesa di soluzioni convincenti sul piano della coerenza sistematica più ampia

Nessuna regola esclude che - emersa la circostanza che non si possa procedere secondo la procedura dell'adozione piena e dell'affidamento preadottivo, per il contrasto con l'interesse del minore della cesura dei rapporti familiari - non si possa dichiarare l'adottabilità in modo congruo con l'interesse del minore (quella non piena): prospettiva che mi pare uno sviluppo coerente del *modus operandi* manifestato nelle ordinanze della Suprema Corte. Ne discende che la successiva procedura di adozione avrà quale unico oggetto la scelta della famiglia adottante (che sarebbe di preferenza quella affidataria) e non la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della disciplina ex art. 44 ss., non solo già valutata, ma anche espressamente dichiarata a compimento della procedura di adottabilità. In questa prospettiva si assicura una effettiva tutela alla famiglia di origine, rendendo l'istituto dell'adozione in casi particolari uno strumento ordinario e superando in tal modo ogni espressione che ne possa ricordare l'originaria natura di regola residuale.

La moltiplicazione delle decisioni, pur riguardando una pluralità di conflitti tra loro non omogenei, ha rafforzato nei fatti l'interpretazione estensiva della disposizione dell'art. 44 (e della sua lettera d), in modo tale da farle acquisire una posizione di centralità nel sistema dell'adozione e più in generale del diritto di famiglia: mi sembra però che la divergenza tra le fattispecie sia pervenuta a una fase tale da rendere evidente l'esigenza di cambiare prospettiva, abbandonando la discutibile interpretazione estensiva della lettera d), per superare la tesi della tassatività dell'elenco⁴³ e riconoscere finalmente l'esistenza di lacune, da integrare in via analogica⁴⁴, anche al fine di operare strategie regolamentari disarticolate. In tal modo si andrebbe a completare un percorso che ha consentito di elevare a sistema una tecnica residuale pensata per casi specifici, traendo dai differenti conflitti di interessi che ciascuno di questi casi sottende la disciplina maggiormente idonea nell'interesse prevalente del minore⁴⁵. Si confermerebbe ulteriormente per l'adozione in casi particolari, la cui legittimità costituzionale è fondata sulla incerta vigenza di una riserva alla convenzione internazionale in materia, la qualifica di strumento duttile ed efficace per rendere operative nel nostro ordinamento le sollecitazioni più avanzate, e anche le più controverse, della giurisprudenza internazionale.

non deve essere a mio avviso spinta al punto da negare l'opinabilità di una serie di passaggi argomentativi a sostegno di quella tesi.

43 Aveva già contestato la natura eccezionale di questa disciplina, RUGGERI, L.: "L. 28 marzo 2001, n. 149, art. 25", *N. leggi civ. comm.*, 2002, p.1036.

44 Il ricorso in questi termini all'analogia, muovendo dalla natura non eccezionale dei singoli casi, era già stato proposto da VENDITTI, P.: "Corte di Cassazione e adozione del singolo. Tra le chiusure uno spiraglio: il procedimento analogico", *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p.499 ss.

45 FINESI, A.: "Adozione legittimante", *cit.*, p.1368 ss.

VI. PROCREAZIONE ASSISTITA ILLECITA, INTERESSE DEL MINORE E FUNZIONE DELL'ADOZIONE .

Se per un verso appare ragionevole ammettere l'estensione analogica dell'adozione particolare, per altro verso tale approccio non deve essere seguito ogni qualvolta si rischia di estendere l'istituto al di fuori delle sue funzioni: tra le ipotesi illustrate nel precedente paragrafo che sono state ricondotte dalla giurisprudenza nell'ambito dell'adozione in casi particolari, se ne deve escludere una, la quale non pare rientrare nell'ambito funzionale dell'adozione. Mi riferisco al ricorso all'adozione particolare quale strumento per dare rilevanza giuridica al rapporto con chi ha voluto e pianificato la filiazione, condividendo un progetto di genitorialità a seguito di procreazione artificiale considerata illecita nel nostro ordinamento.

Il problema assume una particolare rilevanza, essendo intervenute in argomento le decisioni della Corte costituzionale in materia di surrogazione di maternità e di procreazione da coppia omosessuale del 9 marzo 2021, n. 32 e n. 33⁴⁶, le quali, pur dichiarando inammissibili le questioni di costituzionalità sollevate dalla giurisprudenza ordinaria, hanno costretto la cultura giuridica a prendere atto dell'impossibilità di tenere ferma la soluzione oggi prevalente: è stato sancito infatti che l'applicazione dell'adozione in casi particolari ai rapporti tra genitori intenzionali e minori, per come è regolata, non è conforme alla Costituzione. A differenza di quanto sostenuto in passato dalla stessa Corte costituzionale e dalla giurisprudenza di legittimità, l'interesse del minore non è assicurato da siffatta disciplina, che ha mostrato in maniera chiara i suoi limiti: per cui è richiesto l'intervento del legislatore per individuare una soluzione che sia conforme al sistema.

Al riguardo, seguendo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁴⁷, la Corte costituzionale sembra lasciare ampio margine alla discrezionalità del legislatore: a proposito della procreazione di una coppia dello stesso sesso con fecondazione eterologa, la sentenza n. 32 (rel. Sciarra) propone, seppure in via esemplificativa, "una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero l'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione"; per la maternità surrogata, la sentenza n. 33 (rel. Viganò) auspica "un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino", non escludendo una riforma della stessa adozione in casi particolari,

⁴⁶ Le sentenze si trovano in *N. giur. civ. comm.*, 2021, ... con nota di CHECCHINI, B. per un commento analitico, GRASSO, A.G.: "Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione?", *N. leggi civili commentate*, 2021.

⁴⁷ Il riferimento è alla Corte EDU, *Advisory Opinion*, 10.4.2019, *N. giur. civ. comm.*, 2019, p.757 ss., con nota di GRASSO, A.G.

la quale dovrebbe “essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame”.

In ogni caso, una soluzione conforme al sistema deve essere rispettosa del quadro normativo generale, secondo il principio di ragionevolezza insito nel dettato costituzionale: tuttavia, il dubbio di conformità deve essere valutato non solo sul piano degli effetti, ma anche su quello della rilevanza dei presupposti.

Sul piano degli effetti, il vantaggio di abbandonare o riformare la disciplina dell'adozione in casi particolari sarebbe importante soprattutto perché consentirebbe di eliminare ogni dubbio sulla costituzione dei rapporti parentali con il ramo della famiglia dell'adottante⁴⁸: non si tratta di un profilo marginale, perché di regola il nato da procreazione assistita non ha una famiglia di origine con cui mantenere legami, se non quella dell'altro genitore (normalmente unito al minore da un rapporto biologico) della coppia intenzionale.

Di un qualche rilievo sarebbe anche il venir meno della disciplina della revoca, la quale, soprattutto nell'interpretazione giurisprudenziale, ha un ambito di applicazione particolarmente ampio. Revoca che produce effetti caducatori, i quali coinvolgono, non solo la responsabilità genitoriale, ma anche lo *status*: per cui l'adottato, nel cui interesse il pubblico ministero potrebbe attivarsi, verrebbe a perdere i diritti patrimoniali e successori nei confronti del genitore intenzionale⁴⁹.

Sul piano dei presupposti, invece, non sembra che la riforma della disciplina dell'adozione in casi particolari, anche ove si ricorra ad un modello di disciplina analogo a quello dell'adozione piena, possa risultare risolutivo. Non sembra che, attraverso tale istituto, sia tutelato “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. Doveri ai quali non è pensabile che costoro possano ad libitum sottrarsi”, evocato dalla sentenza n. 33 della Corte costituzionale.

Al riguardo, si può osservare che l'adozione, in nessuna delle sue forme, si configura quale strumento funzionale alla pianificazione di una nuova vita: non è tale l'adozione piena, che è pensata per dare una famiglia a un minore, che è già

⁴⁸ Per un quadro delle opinioni sulla questione, dopo la riforma: GRASSO, A. G.: “Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale”, *N. giur. civ. comm.*, 2019, p.757 ss., p.762 s., nota 48.

⁴⁹ Non credo che vadano sopravvalutati i rischi che l'attuale disciplina dell'art. 52 l. adozione comporti per l'adottato, posto che in ogni caso, sia il pubblico ministero, che promuove l'istanza, sia il tribunale, che decide, devono valutare l'interesse dell'adottato e, in questo senso, limitarsi a chiedere o a sancire la perdita della responsabilità genitoriale, senza coinvolgere lo *status*. Si segnala piuttosto che la revoca va applicata anche nel caso di atti pregiudizievoli dell'adottato, anche per tutelare gli interessi patrimoniali di coloro che sarebbero eredi dell'adottante: una regola draconiana che, se ragionevole nei confronti di un soggetto che pregiudica il proprio benefattore (secondo il modello sociale tipico dell'adozione in casi particolari), non si giustifica del tutto nel rapporto con il genitore intenzionale, nella misura in cui non consente la riabilitazione e non coincide con la disciplina dell'indegnità.

nato e ha subito lo stato di abbandono, essendo caratterizzata da una disciplina per cui la nuova famiglia si sostituisce in toto agli eventuali rapporti genitoriali e parentali precedenti; non lo è l'adozione in casi particolari, anch'essa rivolta a un minore già nato e che ha vissuto carenze familiari, in cui la disciplina tende a integrare il nuovo genitore nella rete parentale preesistente.

L'idea che la disciplina della filiazione nella procreazione assistita possa essere modellata sulla disciplina dell'adozione ha avuto successo solo perché, da un punto di vista fattuale, l'adozione ha rappresentato il modello tradizionale di costituzione del rapporto genitoriale in assenza di legame genetico, dal quale si sono tratti argomenti per sostenere l'ammissibilità della controversa figura della fecondazione eterologa⁵⁰.

Ma la similitudine resta sul piano del fatto e non può essere efficacemente trasposta in diritto⁵¹. Se si osserva dal punto di vista dell'ordinamento, lo strumento dell'adozione non è idoneo a disciplinare il rapporto con il minore la cui nascita è stata pianificata dai genitori intenzionali. L'inadeguatezza emerge in particolare nel caso in cui il genitore intenzionale muoia o diventi incapace prima della nascita o della costituzione del rapporto⁵² o, comunque, rinunci per una qualsiasi ragione alla procedura: la scelta di consentire la costituzione del rapporto solamente con lo strumento dell'adozione, essendo riservata all'iniziativa dell'adottante, impedisce al minore e al suo rappresentante legale di pretendere il rispetto di quegli obblighi di tipo patrimoniale che sono connessi con la figura genitoriale.

Non è quindi risolutiva, in questo quadro, l'eventuale applicazione degli effetti dell'adozione piena, piuttosto che dell'adozione in casi particolari, rispetto al rischio che il rapporto non si costituisca perché il genitore intenzionale non persegua il suo intento originario⁵³: con la singolare conseguenza che l'interesse del minore all'irrevocabilità del consenso, imposto dall'art. 6 l. 40\04, non avrebbe alcun rilievo e la volontà originaria del genitore non sarebbe vincolante, proprio nel caso in cui questi non abbia rispettato i requisiti legali per accedere alle tecniche procreative. La scelta di negare la costituzione del rapporto filiale, per sanzionare il comportamento dei genitori, lede soprattutto l'interesse del minore a conseguire

50 In particolare il parallelismo è stato utilizzato da Corte cost., 10.6.2014, n. 162, *N. giur. civ. comm.*, 2014, p.802 ss., con nota di FERRANDO, G.

51 In questo senso BUSNELLI, F.D.: "Procreazione artificiale e filiazione adottiva", *Famiglia*, 2003, p. 1 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita", *Dir. famiglia*, 2005, p.211 ss.; più di recente, seppure in altra prospettiva, NICOLUSSI, A.: "Paradigmi della filiazione", in U. SALANITRO (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, Pacini, Pisa, 2020, p.269 ss., p.288 ss., dove si richiama l'autorità di Corte cost. n. 221\2019.

52 In questo caso, la procedura può essere proseguita nell'adozione da coppia di coniugi o dal coniuge del genitore legale, su istanza del superstito: va invece escluso, stando almeno al dato normativo, che tale disciplina possa essere applicata anche all'adozione dell'unito civile o del convivente del genitore legale.

53 L'argomento è stato già usato per combattere l'applicazione dell'adozione in casi particolari alla coppia dello stesso sesso: si cfr., tra gli altri, VENUTI, M.C.: "La genitorialità", cit., p.291 ss.

i vantaggi patrimoniali corrispondenti (salvo a non richiamare la regola, distonica rispetto all'idea di orientarsi verso l'adozione piena, dell'art. 279 c.c.): il genitore che non rispetta la legge sulla procreazione assistita può, sino al momento della dichiarazione di adozione, rimeditare sulla volontà di assumere la responsabilità genitoriale compiuta al momento del consenso alla fecondazione assistita.

Una vera e propria eterogenesi dei fini, in cui si accentua la visione adultocentrica della filiazione, rimettendo la costituzione del rapporto a quegli stessi genitori che si vorrebbe sanzionare utilizzando l'istituto dell'adozione.

VII. I VINCOLI DELLA CONVENZIONE DI STRASBURGO.

La sollecitazione della Corte costituzionale a modificare la disciplina dell'adozione, in alternativa alla riforma della disciplina della costituzione del rapporto filiale, può trovare ostacoli anche nella già citata Convenzione europea del 1967, non avendo la Repubblica Italiana sottoscritto la versione del 2008: la Convenzione sull'adozione dei minori, infatti, nella versione del 1967, impone allo Stato di riconoscere il diritto di adottare soltanto a due persone unite in matrimonio o oppure a un'unica persona⁵⁴, secondo un modello, certamente obsoleto, che presuppone che sia nell'interesse del minore, il quale ha già subito una condizione disagiata, la stabilità del rapporto derivante, in alternativa, dal vincolo matrimoniale o dall'unicità del rapporto genitoriale⁵⁵.

In questo quadro normativo, sarebbe coerente che, in caso di adozione da parte di una singola persona, la Convenzione preveda che il genitore originario perda la responsabilità genitoriale, salvo che non sia il coniuge dell'adottante: ai sensi dell'art. 10, comma 2, la responsabilità genitoriale nei confronti dell'adottato può essere esercitata da due persone soltanto se queste siano unite tra loro in matrimonio. Tuttavia questa parte di disciplina, che non avrebbe consentito la responsabilità genitoriale congiunta al di fuori dal rapporto coniugale, è stata oggetto di specifica riserva da parte dello Stato italiano ex art. 24 della Convenzione, limitatamente alla disciplina vigente dell'adozione in casi particolari: per cui, nel contesto in cui opera tale riserva, si è potuto estendere la disciplina dell'adozione in casi particolari al partner delle coppie conviventi, dello stesso sesso o di sesso diverso, adottando un modello analogo a quello delle coppie

54 Lo ricorda BILOTTI, E.: "Convivenze, unioni ", cit., p.930 s.

55 Secondo BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, cit., p.504 s., la mancata possibilità di adozione da parte di una coppia di conviventi di fatto sarebbe "una preclusione sicuramente incostituzionale in quanto limita irragionevolmente il diritto del minore di essere adottato in una situazione in cui l'adozione da parte della coppia è più rispondente al suo interesse dell'adozione da parte di persona singola".

coniugate, argomentando estensivamente dalla regola residuale dell'art. 44, lett. d), l. adozione⁵⁶.

Se la riserva alla Convenzione, nell'ambito dell'adozione in casi particolari, ha consentito di creare un sistema che accolga, seppure con determinati limiti, il rapporto del minore con i genitori intenzionali, si pone il dubbio se sia coerente con il vincolo internazionale inquadrare tale rapporto in un diverso modello, che abbia gli stessi effetti dell'adozione piena. La riserva alla Convenzione consente infatti di mantenere un modello di adozione diverso da quello che conferisce all'adottato la posizione piena di figlio e la costituzione del rapporto parentale con la famiglia dell'adottante, rescindendo ogni rapporto con la famiglia di origine; può risultare incerto, invece, che sia conforme allo spirito della riserva costituire un terzo modello di adozione che riproduca pressoché integralmente la disciplina dell'adozione piena e che consenta, al contempo, all'adottante di aggiungersi, e non sostituirsi, al genitore biologico originario, anche in assenza di un vincolo coniugale.

La Convenzione europea, inoltre, sembra porre un limite alla modifica della disciplina dell'adozione in casi particolari nella parte in cui il genitore, che ha già costituito il rapporto filiale ed esercita la responsabilità genitoriale (genitore genetico o biologico), può rifiutare il consenso all'adozione del genitore intenzionale e tale rifiuto, ai sensi dell'art. 46 l. adozione, è insindacabile e insuperabile.

Regola che è stata considerata inadeguata dalle recenti decisioni della Corte costituzionale, in quanto non si attaglia all'ipotesi in cui l'adottante sia il soggetto che ha promosso e contribuito sin dall'inizio al progetto di genitorialità e abbia dato il consenso alla fecondazione eterologa o alla maternità surrogata: fare dipendere la costituzione del rapporto filiale dal consenso del genitore che esercita la responsabilità potrebbe privare il minore dell'accesso alla doppia figura genitoriale e alle *chance* connesse.

Tuttavia la legittimità costituzionale della norma era già stata affermata dalla stessa Corte nella sentenza 18.2.1988 n. 182, per la quale "lo stesso art. 46 sancisce la imprescindibilità solo degli assensi dei genitori esercenti la potestà e del coniuge convivente, che se rifiutati risultano insindacabili ed impediscono la pronuncia dell'adozione. Siffatto limite alla valutazione da parte del giudice dell'interesse dell'adottando ha una giustificazione in valori costituzionalmente garantiti, quali quello della conservazione della compagine familiare e della società coniugale effettivamente vissute, cui agli artt. 29 e 30 della Costituzione, che

56 Estensione che sembra ora confermata dal comma 20 dell'art. 1 l. 76/2016, nella parte in cui prevede che "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti": regola che, per dove è posta e per come è formulata, non può che richiamare la corrente interpretazione giurisprudenziale. Così, tra gli altri, BARBA, V.: "Unione civile", cit., p.390 s.; cfr., seppure in prospettiva critica, GIACOBBE, E.: "Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali", *Dir. famiglia*, 2019, p.233 ss. Per una posizione di netta chiusura anche sul piano interpretativo, BILOTTI, E.: "Convivenze,unioni", cit., p.898 ss.

prevalgono anche in presenza degli opposti consensi manifestati dall'adottante e dall'adottando. L'interesse dell'adottando si deve intendere qui considerato in via definitiva dai genitori o dal coniuge, i quali dalla richiesta di adozione da parte di un determinato adottante o dalla richiesta di aggiunzione di un qualunque rapporto adottivo al vincolo originario di filiazione o a quello di coniugio, l'uno e l'altro attualmente ed effettivamente convissuti, possono ritenere di ricevere pregiudizio o presumere di soffrire turbamento o semplicemente interferenza non gradita nella propria vita di relazione con il minore figlio o consorte".

Non sarebbe neanche certo che si possa superare tale vincolo attraverso una riforma legislativa della disciplina dell'adozione o il ricorso all'adozione piena, come sembra prospettare adesso la stessa Corte costituzionale: il limite, infatti, è posto direttamente dalla citata Convenzione di Strasburgo, la quale, all'art. 5, comma 2, prevede che il diniego del genitore esercente la potestà possa essere superato "solo in casi eccezionali determinati dalla legge"⁵⁷. Non basta, perciò, che il rifiuto sia contrario all'interesse del minore, occorre piuttosto che ricorrano situazioni eccezionali, quali l'irreperibilità o l'incapacità del genitore che avrebbe dovuto dare il consenso, ovvero che il rifiuto possa essere considerato "a misuse of the right to do so"⁵⁸: si può dubitare che possa essere considerato un abuso del diritto il rifiuto all'adozione espresso dal genitore biologico e motivato dalla sopravvenuta crisi della coppia, se si considera che il modello generale è strutturato sul caso in cui l'adottante è tipicamente un soggetto che interviene, incidendo nel rapporto tra il genitore e il minore, in un momento successivo alla nascita dell'adottando.

VIII. DETERRENZA VS INTERESSE DEL MINORE: UNA PROPOSTA DI SINTESI.

Secondo la Corte costituzionale, la disciplina dell'adozione particolare potrebbe essere modificata in modo da bilanciare l'interesse del minore con la finalità di disincentivare il ricorso alle partiche vietate: bilanciamento auspicato nella sentenza n. 33, dove si avverte che "ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna *chance* di un tale riconoscimento, sia pure *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata".

La compressione dell'interesse del minore alla costituzione del rapporto filiale anche nel caso di ripensamento del genitore intenzionale, insita nell'idea che si possa regolare la fattispecie con la riforma della disciplina dell'adozione, sarebbe un

⁵⁷ Lo rileva GRASSO, A.G.: "Oltre l'adozione", cit.

⁵⁸ L'esemplificazione dei casi eccezionali si trova nel § 34 del Rapporto esplicativo della richiamata Convenzione, nella versione del 2008 (su questo profilo, identica a quella del 1967).

sacrificio giustificato, nella prospettiva della Corte, dal bilanciamento con la finalità di deterrenza della pratica illecita. Come già osservato, si tratta di una prospettiva che non appare convincente perché, lungi dal costituire un deterrente, lascia nelle mani del genitore intenzionale la scelta se costituire il rapporto, attraverso la disciplina dell'adozione particolare, ovvero abbandonare il nato al suo destino.

Non sembra neanche che siffatto bilanciamento sia coerente con le scelte sinora adottate in casi simili dal legislatore ordinario, pur evocate in entrambe le sentenze della Corte: alla pianificazione illecita di una nuova vita, finalizzata alla costituzione di un rapporto genitoriale, il legislatore ordinario non ha reagito sinora con lo strumento adottivo, come emerge dalla disciplina della filiazione da procreazione incestuosa e da fecondazione eterologa, in cui le tecniche alternative che si pongono sono la costituzione del rapporto filiale (soggetto nel caso più grave all'autorizzazione giudiziale) o il ricorso residuale all'art. 279 c.c.⁵⁹.

E' vero che la disciplina della filiazione da procreazione incestuosa è pur sempre fondata sul rapporto genetico, a differenza di alcune delle tecniche di procreazione assistita illecita. Ma tale argomento non vale nel confronto con la disciplina della fecondazione eterologa, dove pure si ammette la costituzione del rapporto filiale attraverso la rilevanza del consenso irrevocabile. Si potrebbe anzi osservare che la soluzione tradizionale, la quale limita la costituzione del rapporto genitoriale all'esistenza del legame biologico e/o genetico, è stata superata - prima dalla giurisprudenza, poi dal legislatore - proprio dal riconoscimento dello strumento consensuale quale criterio di attribuzione della genitorialità: tecnica adottata per la procreazione assistita, ivi compresa la fattispecie eterologa in un primo tempo vietata, secondo il disposto dell'art. 9 l. 40\04.

Si potrebbe ancora obiettare che la disciplina originaria dell'art. 9 della l. 40\04 fosse una norma eccezionale e che non potesse essere suscettibile di esprimere un principio applicabile in caso di ricorso a tecniche di procreazione assistita vietate perché in violazione dei requisiti soggettivi o attraverso la maternità surrogata.

Non si comprende tuttavia quali ragioni depongano a sostegno dell'idea dell'eccezionalità della disposizione dell'art. 9 l. 40\04, la cui rubrica evoca la tutela dell'interesse del minore: l'estensione di tale modello di tutela è stata seguita dalla giurisprudenza di legittimità nel delicato caso della fecondazione *post mortem*⁶⁰ e si può reputare che, nell'attuale quadro costituzionale e internazionale, possa arrivare anche alle altre violazioni della disciplina della procreazione assistita, soprattutto in caso di violazione dei requisiti soggettivi per i quali non sono previste sanzioni

59 Di ciò non tiene conto chi, nel formulare proposte *de iure condendo*, pone l'alternativa tra la legittimità della pratica e il ricorso all'adozione: ASTONE, A.: "Omossessualità e filiazione tra tentativi di sovranismo e oscillanti aperture", *N. giur. civ. comm.*, 2020, II, p.1169 ss.

60 Cass. 15.5.2019, n. 13000, *N. giur. civ. comm.*, 2019, I, p.1287 ss., con commento di FACCIOLI, M.

nei confronti dei genitori intenzionali⁶¹. L'unico requisito soggettivo e/o oggettivo per cui oggi non si ammette la costituzione dello stato filiale è quello della coppia dello stesso sesso, utilizzando l'autorità della sentenza della Corte costituzionale n. 221\2019⁶²: dimenticando che la sentenza, redatta dalla brillante penna di Franco Modugno, era riferita al diverso problema della legittimità del divieto per le coppie omosessuali di accedere alle tecniche procreative assistite, per cui è esplicitamente escluso che possa assumere rilievo l'interesse del minore già nato⁶³.

Il discorso si pone in termini diversi per la maternità surrogata, in quanto fattispecie oggetto di reato posto a tutela della dignità della donna e dell'interesse ad evitare l'elusione della disciplina dell'adozione: nei casi che rientrano nell'ambito di applicazione del divieto⁶⁴, potrebbe essere congruo negare la costituzione del rapporto filiale con il genitore intenzionale⁶⁵, soprattutto se si reputi che la legge ha volutamente tenuto fermo il rapporto con la madre di parto. In questa prospettiva, la disciplina dell'adozione in casi particolari, escludendo che i genitori intenzionali, i quali abbiano praticato la terapia illecita, possano ricevere vantaggi, anche successori, dalla costituzione del rapporto con il nato, soddisfa l'esigenza di deterrenza⁶⁶, a differenza della disciplina dell'adozione piena: anche se resta il dubbio che il ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari (alla quale dovrebbe essere quantomeno accoppiato il diritto del minore ex art. 279 c.c.⁶⁷), non sia comunque coerente con le discipline dei casi già regolati dal legislatore (incesto e fecondazione eterologa).

- 61 Sul tema, che considero molto delicato e soggetto all'evoluzione del contesto sociale e giuridico, si consenta il rinvio alle considerazioni analitiche espresse in SALANITRO, U.: "I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete", *N. giur. civ. comm.*, 2016, p.1360 ss.
- 62 Così, Cass. 3.4.2020, n. 7668, *Corr. giur.*, 2020, p.1041 ss., con nota di GRASSO, A. G.; nello stesso senso, svalutando la portata dell'art. 9 l. 40\04 nella filiazione da procreazione assistita e insistendo sulla centralità della disciplina del codice civile, Cass., 22.4.2020, n. 8029, *Questione giustizia*, con note critiche di CELENTANO, S. e di FERRANDO, G.; l'argomento è ripreso anche da C. cost. 15.11.2019, n. 237, *Fam. e dir.*, 2020, p.325 ss., con nota di SESTA, M., e da C. cost., 4.11.2020, n. 230, *N. giur. civ. comm.*, 2021, I, p.362 ss., sulla quale si condivide l'opinione critica di Ferrando G., "Di chi è figlio un bimbo con due mamme. Commento a prima lettura di Corte cost. n. 230\2020", *ivi*, 2021, II, p.417 ss.
- 63 Corte cost., 23.10.2019, n. 221, *N. giur. civ. comm.*, 2020, I, p.548 ss., con nota di Barone e l'opinione di VENUTI, M.C.: "La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte Cost. n. 221\2019", *N. giur. civ. comm.*, 2020, II, p.664 ss. Per un altro commento, si consenta il rinvio a SALANITRO, U., "A strange loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale", *Nuove leggi civili commentate*, 2020, p.206 ss.
- 64 Una meditata indagine volta ad una interpretazione restrittiva del divieto, tale da escluderne l'applicazione verso le tecniche di maternità surrogata altruistica, si deve a GRASSO, A.G.: *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, Aracne Roma, 2020, *passim*.
- 65 In questo senso, al termine di un'indagine equilibrata, CALDERAI, V.: "La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata", *N. giur. civ. comm.*, 2020, p.1109 ss.
- 66 L'opposta prospettiva, volta a negare che l'effetto deterrente possa riflettersi sullo status del minore, è efficacemente ripresa tra gli altri da FEDERICO, A.: "Forme giuridiche", *cit.*, p.317 ss. e potrebbe trovare risposta nelle notazioni conclusive del testo.
- 67 Ma la soluzione non sarebbe soddisfacente sotto diversi profili, quali ad esempio l'acquisizione della cittadinanza da parte del minore, e non si porrebbe pertanto in linea con gli auspici della Corte di Strasburgo.

Dubbio che andrebbe risolto alla luce del pensiero di Andrea Nicolussi, il quale, pur lontano da posizioni libertarie o altrimenti radicali, ha sostenuto con lucidità la coerenza della costituzione diretta del rapporto filiale con il sistema accolto nel nostro diritto di famiglia, riservando la funzione deterrente a una regola analoga a quella del matrimonio putativo⁶⁸; per cui il rapporto che si andrebbe a costituire con il minore non sarebbe produttivo di effetti favorevoli per il genitore intenzionale non legato da rapporto genetico. Potrebbe essere il momento di domandarsi se tale idea, formulata *de iure condendo*, non possa già trovare applicazione *de iure condito*⁶⁹, attraverso le tecniche dell'integrazione della lacuna (assiologica, quantomeno), articolando efficacemente i principi generali, secondo un modello che ha già visto un corretto protagonismo giurisprudenziale, proprio nella materia della procreazione assistita, qualche anno prima dell'approvazione della legge 40\04⁷⁰.

68 NICOLUSSI, A.: "Famiglia e biodiritto civile", *Europa e diritto privato*, 2019, p.713 ss.

69 Come già proposto: SALANITRO U., "L'ordine pubblico dopo le Sezioni unite: la prima sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata", *Corr. giur.*, 2020, p.902 ss.

70 Modello evocato da FERRANDO G., "I diritti dei bambini smarriti tra formule e modello", *Questione giustizia*, 12.5.2020: il riferimento è alla nota vicenda della filiazione da fecondazione eterologa, risolta da due importanti sentenze, indicando una strategia successivamente raccolta nell'art. 9 l. 40\04: C. cost., 26.9.1998, n. 347, *N. giur. civ. comm.*, 1999, I, p.51 ss., con nota di PALMERINI, E., la quale, escludendo che la disciplina del codice civile fosse applicabile alla filiazione da procreazione assistita, pose le basi per individuare la lacuna; Cass. 16.3.1999, n. 2315, *ivi*, 1999, I, p.523 ss. con nota di PALMERINI, E., che operò per integrare la lacuna, facendo ricorso ai principi generali dell'ordinamento, quello per cui *nemo contra factum proprium venire potest* ed il principio di responsabilità per la procreazione.

BIBLIOGRAFIA

ASTONE ,A.:“Omosessualità e filiazione tra tentativi di sovranismo e oscillanti aperture”, *N. giur. civ. comm.*, 2020, II, p.1169 ss.

BIANCA,C.M.: “Famiglia è la famiglia fondata sull'affetto coniugale e sull'affetto filiale”, *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme* (a cura di U. SALANITRO), Pacini, Pisa, 2019, p.119 ss.

BIANCA, C.M.: “Note per una revisione della disciplina dell'adozione”, *Jus civile*, 2018, p.60 ss.

BIANCA ,C.M.: *Diritto civile, 2.1 La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2017, p.504.

BIANCA ,M.: “Il diritto di famiglia e la missione del giurista. L'insegnamento di mio padre Cesare Massimo Bianca”, *Familia*, 2021, p.135 ss.

BIANCA, M.:“Ricordo di mio padre Cesare Massimo Bianca”, *Vita not.*, 2020, p.1101.

BUSNELLI, F.D.: “Procreazione artificiale e filiazione adottiva”, *Familia*, 2003,p. 1ss.

CALDERAI, V.: “La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata”, *N. giur. civ. comm.*, 2020, p.1109 ss.

CATTANEO ,G.: “Appunti sulla nuova disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori”, *Quadrimestre*, 1984, p. 51.

CINQUE ,M.:“Quale statuto per il “genitore sociale”?”, *Riv. dir. civ.*, 2017, p.1475 ss.

CIPRIANI, N.: “Coppie omosessuali, affidamenti e adozioni di minori”, *DSF*, 2015, 25 ss., p.50 MOROZZO DELLA ROCCA, P.: “Le adozioni in casi particolari e il caso della *stepchild adoption*”, *Corr. giur.*, 2016, 1217 ss., p.1219 s.

CIRAOLO ,C.: “Dell'adozione in casi particolari”, *Comm. Gabrielli, Della Famiglia*, (a cura di G.DI ROSA), III, UTET, Torino, 2018, p.913 ss.

DOGLIOTTI,M.: “Adozione e affidamento”, in *Tratt. Bessone*, vol. IV, *Il diritto di famiglia*, tomo IV, *Filiazione, adozione, alimenti*, a cura di T. Auletta, Torino, Giappichelli, 2011, p. 408 s.

FAVILLI ,C.: “Libertà e solidarietà nelle vicende della ricostituzione familiare”, *N. leggi civ. comm.*, 2017, p.1295 ss.

FEDERICO, A.: "Forme giuridiche della filiazione e regole determinative della genitorialità: la maternità surrogata e il superiore interesse del minore", in SALANITRO U. (a cura di), *Quale diritto di famiglia*, p.317 ss.

FERRANDO ,G.: "I diritti dei bambini smarriti tra formule e modello", *Questione giustizia*, N. *giur. civ. comm.*, 1999, I, p.51 ss.

FINESI, A.: "Adozione legitimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale e *best interests of the child*", N. *leggi civ. comm.*, 2020, p.1344 ss.

GIACOBBE, E.: "Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali", *Dir. famiglia*, 2019, p.233 ss.

GIUSTI, A.: "L'adozione dei minori di età in casi particolari", *Tratt. Bonilini*, vol. IV, UTET, Torino, 2016, p.3495 ss.

GRASSO, A. G.: "Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale", N. *giur. civ. comm.*, 2019, p.757 ss., p.762 s.

GRASSO, A.G.:*La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, Aracne Roma, 2020

GRASSO, A.G.: "Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione?", N. *leggi civili commentate*, 2021.

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali", N. *giur. civ. comm.*, 2020, I, 830 ss., p.832.

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita", *Dir. famiglia*, 2005, p.211 ss.

NICOLUSSI, A.: "Paradigmi della filiazione", in U. SALANITRO (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, Pacini, Pisa, 2020, 269 ss., p.288 ss., dove si richiama l'autorità di Corte cost. n. 221\2019.

NICOLUSSI ,A.: "Famiglia e biodiritto civile", *Europa e diritto privato*, 2019, p.713 ss.

PASQUALETTO ,A.: "L'adozione mite al vaglio della Corte europea dei Diritti dell'Uomo tra precedenti giurisprudenziale e prospettive *de jure condendo*", N. *giur. civ. comm.*, 2015, II, p.155 ss.

QUADRI, E.: "Una riflessione sull'interesse del minore e la dimensione familiare della sua tutela", *N. giur. civ. comm.*, 2020, p.1330 ss.

RENNA, M.: "Forme dell'abbandono, adozione e tutela del minore", *N. giur. civ. comm.*, 2019, II, p.1361 ss.

RIZZUTI, M.: *Adozione aperta e rapporti successori*, ESI, Napoli, 2021, p.67 ss.

RUGGERI, L.: "L. 28 marzo 2001, n. 149, art. 25", *N. leggi civ. comm.*, 2002, p.1036.

SALANITRO, U.: "I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete", in *N. giur. civ. comm.*, 2016, p.1360 ss.

VENDITTI, P.: "Corte di Cassazione e adozione del singolo. Tra le chiusure uno spiraglio: il procedimento analogico", *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p.499 ss.

VENUTI, M.C.: "La genitorialità nella coppia omoaffettiva", in SALANITRO U. (a cura di), *Quale diritto di famiglia cit.*, p.291 ss.

SALANITRO, U.: "A strange loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale", *Nuove leggi civili commentate*, 2020, p.206 ss.

SALANITRO, U.: "L'ordine pubblico dopo le Sezioni unite: la prima sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata", *Corr. giur.*, 2020, p.902 ss.

