



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

L'adozione in casi particolari e le nuove famiglie

Relatore
Prof. Gabriele Salvi

Tesi di laurea di
Gloria Viola

Correlatore
Prof. Stefano Pagliantini

Anno accademico 2021/2022

Indice

Introduzione	5
CAPITOLO I	
L'ADOZIONE IN ITALIA: EVOLUZIONE STORICA	9
1. Origini dell'istituto	10
2. L'adozione nel Codice civile italiano del 1942 e l'avvento della Costituzione repubblicana	27
3. La legge 4 maggio 1983 n. 184	48
4. Le modifiche della legge 28 marzo 2001, n.149	62
CAPITOLO II	
L'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI	81
1. L'istituto	82
2. Presupposti e ambito di applicazione dell'art. 44 della legge 4 maggio 1983 n. 184	97
2.1 L'adozione del minore orfano	106
2.2 L'adozione del figlio del coniuge	110
2.3 L'adozione del minore portatore di handicap, orfano di padre e madre....	116
2.4 La constatata impossibilità di affidamento preadottivo	120
3. Il procedimento e gli effetti	134
CAPITOLO III	
L'ADOZIONE DA PARTE DI COPPIE FORMATE DA PERSONE DELLO STESSO SESSO	140
1. La legge 20 maggio 2016, n. 76: conquiste e limiti	141
1.1 Il silenzio del legislatore sulla stepchild adoption	154
1.2 L'apertura della giurisprudenza e l'interpretazione dell'art. 44 lett. d) legge n. 184/1983	182
2. Gli ostacoli legislativi all'omogenitorialità: le regole per l'accesso alla procreazione medicalmente assistita (PMA)	191
2.1 Il divieto di maternità surrogata	205
CONCLUSIONI	229
Le nuove famiglie	230
BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA	253

Introduzione

Nell'ordinamento italiano non esiste una definizione di famiglia. L'unico riferimento in questo senso è contenuto nell'art. 29 della nostra Carta costituzionale, dove viene qualificata come una "*società naturale fondata sul matrimonio*".

La formulazione della disposizione risente del momento storico in cui è stata elaborata, quando vi era un nesso inscindibile tra l'istituto matrimoniale e questa particolarissima forma di aggregazione, ma oggi deve necessariamente essere letta in chiave evolutiva: la famiglia non è un fenomeno giuridico che può essere definito una volta per tutte e rimanere immutabile nei suoi caratteri, è prima di tutto un fenomeno sociale che evolve, si trasforma nel tempo, si adatta.

È impossibile, dunque, per il diritto, che pure disciplina una pluralità di istituti che orbitano intorno la famiglia, così come regola i rapporti tra i soggetti che, a vario titolo, ne fanno parte, descriverla in modo puntuale; si correrebbe il rischio di ricomprendere in una ipotetica definizione giuridica un numero eccessivamente ristretto di fenomeni o di dover continuamente aggiornare tale definizione, vista la rapidità con la quale muta il sentire sociale.

L'elaborato si propone di ripercorrere l'evoluzione che ha interessato la famiglia nel corso della storia e i cambiamenti che, seppur esistenti, non hanno ancora una propria disciplina legislativa, evidenziando quindi le problematiche derivanti dalla mancanza di un intervento legislativo in materia.

In questo panorama più ampio, il punto di osservazione sarà quello dell'analisi in modo più approfondito dell'istituto dell'adozione, dalla sua origine fino ad oggi, utilizzandolo come strumento rivelatore che è in grado di rendere palesi le criticità dell'assetto attuale e le (potenziali) incompatibilità con nuovi valori familiari condivisi, oltre a rappresentare, allo stato attuale, un utile mezzo risolutivo in grado di offrire risposte concrete a domande di tutela ancora in attesa di risposta.

Nella sua forma dell'adozione in casi particolari è, infatti, l'istituto al quale "guarda" la giurisprudenza per dare rilievo ai nuovi rapporti familiari che non sono disciplinati dal legislatore.

Da questo angolo visuale, in verità, deve muoversi dall'idea per cui il diritto non è in grado di stare al passo con i rapidi cambiamenti della società, ragion per cui

non sempre è in grado di offrire un'adeguata e immediata tutela a tutte le situazioni. A sopperire a queste mancanze spesso intervengono le corti, sia di merito che di legittimità: è soprattutto grazie alla loro attività di interpretazione che disposizioni, talvolta, contraddittorie e irragionevoli sono oggi applicabili; è la giurisprudenza che, nel suo costante contatto con la società civile, è in grado di portare all'attenzione del legislatore le nuove sfide e problematiche comuni, invitandolo ad intervenire e a volte anche iniziando a tracciare per lui la strada da seguire.

È, pertanto, merito degli interpreti se oggi si possono riconoscere anche dal punto di vista giuridico legami familiari che altrimenti rimarrebbero privi di qualsiasi tutela. Negli ultimi anni si assiste, infatti, ad una pericolosa pigrizia e riluttanza da parte del legislatore ad affrontare alcune spinose questioni, rimandando continuamente la discussione; il tutto a discapito soprattutto di minori che chiedono certezza e stabilità nelle loro relazioni con gli adulti che assumono la loro cura.

Di recente la stessa Corte di cassazione ha evidenziato questa lentezza – se non addirittura mancanza – di intervento da parte del legislatore, denunciando quindi la necessità di un ruolo sostitutivo della giurisprudenza, la quale è impegnata a colmare lacune normative. Al momento, sotto vari profili, nonostante sia stato più volte sollecitato a fornire una risposta compiuta, il legislatore è rimasto in silenzio.

L'argomento sicuramente non è tra i più semplici da disciplinare, poiché la famiglia rappresenta un mondo a sé, vastissimo e multiforme, considerando le diverse sfaccettature e le innumerevoli possibili combinazioni esistenti; il tutto anche senza estendere l'argomentare ai valori etici, morali e religiosi che sono radicati nella nostra società e danno una precisa definizione di famiglia e genitorialità e che oggi devono, tuttavia, confrontarsi con una realtà molto più ampia e internazionale. Cionondimeno la complessità dell'intervento non può giustificare la mancanza di qualsiasi indicazione normativa sui singoli temi "sensibili".

È innegabile che oggi esistano una pluralità di forme che può assumere la famiglia, tutte ugualmente valide e meritevoli di tutela ma, mentre alcune di queste sono riconosciute anche dal punto di vista giuridico, altre rimangono in "ombra". Ciò non sta ad indicare che nella realtà non esistono, ma che il diritto non sente l'esigenza di regolarle, costringendo quindi i membri a ricorrere a forme di autotutela.

Le formazioni che più di tutti scontano questo disinteresse legislativo sono le c.d. famiglie arcobaleno, declinate al plurale non solo per sottolineare la loro diffusione sul nostro territorio, ma anche per evidenziare che queste possono essere composte nel modo più vario possibile.

In questa prospettiva, famiglia non è più soltanto quella formazione che si crea in seguito al matrimonio tra un uomo e una donna, ma accanto a questa esistono anche famiglie non fondate sul matrimonio, famiglie non composte da due genitori, famiglie allargate e ricomposte nelle quali non è scontato che tutti coloro che ne fanno parte siano legati biologicamente. In questo contesto anche le famiglie formate da persone omosessuali ambiscono ad essere riconosciute dalla legge e le coppie *same sex* chiedono di essere titolari dei medesimi diritti e obblighi che esistono in capo ai genitori eterosessuali nei confronti dei loro figli, non tanto per una egoistica pretesa alla genitorialità ma più per assicurare piena tutela ai bambini e alle bambine che crescono, educano, amano come figli e figlie e che, a loro volta, riconoscono gli adulti che si prendono cura di loro come genitori, indipendentemente dal sesso o dal legame genetico.

Il mancato riconoscimento e la mancata accettazione della famiglia omogenitoriale è, oggi, soltanto frutto di meri pregiudizi circa la capacità genitoriale della coppia formata da persone dello stesso sesso e sui possibili danni che potrebbero subire i minori in questo contesto familiare, non essendoci alcuna prova scientifica a conferma di queste ipotesi. Eppure, nonostante non siano state riscontrate controindicazioni e nonostante esistano già da diversi anni formazioni composte da coppie omosessuali che crescono bambini, non possono ancora essere giuridicamente qualificate come famiglie.

I problemi che queste aggregazioni incontrano durante la loro vita sono molteplici, a partire dalla loro formazione: in Italia non è possibile per una coppia formata da persone dello stesso sesso adottare, né è possibile ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Non è, però, così all'estero, dove non poche coppie si recano per realizzare il desiderio di genitorialità, chiedendo poi allo Stato italiano di riconoscere il loro legame con il bambino: è proprio qui che si annida la grande questione che il legislatore rifiuta

di affrontare e che è, quindi, risolta in via ermeneutica dalla giurisprudenza ma che, considerati i limiti della funzione giurisdizionale, non può offrire una tutela piena.

La giurisprudenza, infatti, attraverso una interpretazione evolutiva dell'art 44, lett. d), della legge n. 184/1983 in materia di adozione, ha individuato nell'adozione in casi particolari lo strumento attraverso il quale vincolare gli adulti e il bambino nato all'esito di un progetto genitoriale realizzato all'estero tutte le volte che non è possibile, per la legge italiana, ottenere l'automatico riconoscimento come genitori.

Si tratta, tuttavia, di uno strumento che non è di immediata attuazione, né chi adotta in modo particolare può assumere appieno la qualifica di genitore, il tutto a discapito del bambino che, nell'attesa che venga pronunciata l'adozione particolare (soggetta a consenso da parte del genitore biologico), è giuridicamente privo di una delle figure adulte nei confronti della quale vantare diritti e obblighi (il c.d. genitore sociale).

La ricostruzione giurisprudenziale della fattispecie ha sicuramente garantito, soprattutto dal punto di vista giuridico, una famiglia e una forma di tutela a tutti quei bambini e quelle bambine che crescono con genitori dello stesso sesso, ma oggi gli stessi giudici denunciano l'inadeguatezza di questo strumento e invocano un intervento del legislatore, avvisando al contempo che quando ad essere coinvolti sono i minori e i loro interessi l'inadeguatezza non può essere tollerata ancora a lungo.

CAPITOLO I

L'ADOZIONE IN ITALIA: EVOLUZIONE STORICA

1.Origini dell'istituto

L'adozione è quell'istituto giuridico che consente di creare tra due soggetti estranei, non legati da filiazione di sangue, il vincolo naturale di paternità e maternità; permette l'inserimento del soggetto adottato in una famiglia diversa da quella propria di origine, quella dell'adottante.

È un istituto molto antico, da sempre presente nelle diverse culture, aggregazioni e società a cui ha dato vita l'uomo, anche se con caratteristiche e funzioni diverse: nel sistema più risalente nel tempo l'adozione riguardava esclusivamente coloro che avevano raggiunto la maggiore età e aveva essenzialmente carattere patrimoniale; serviva, quindi, all'adottante per tramandare il proprio nome, oltre che il patrimonio, assicurando così la sopravvivenza della stirpe anche in caso di mancanza di figli. Oggi assume uno spiccato carattere assistenziale, essendo l'intento istituzionale quello di assicurare ai bambini di crescere in una famiglia, così ponendo l'attenzione anche sulle conseguenze sociali e psicologiche che l'atto può avere sulle parti interessate, specie sull'adottato, privilegiando l'interesse del minore coinvolto.

Nel percorso di costruzione e ri-costruzione dell'istituto si assiste a secoli di storia che ne hanno influenzato in modo determinante lo sviluppo, soprattutto sotto il profilo disciplinare.

L'elemento comune a tutte le esperienze è individuabile nel rapporto giuridico che sorge tra i soggetti coinvolti non legati biologicamente, ma il contenuto di questo rapporto e le modalità di creazione del vincolo sono profondamente diverse: "l'adozione, al pari di qualunque istituto, è soggetta a variabili temporali, territoriali e soprattutto culturali, le quali inevitabilmente ne plasmano significato e funzione. Nel corso dei secoli, dunque, sarebbero maturate diverse pratiche adottive idonee a soddisfare nuove finalità affettive, economiche e sociali"¹.

¹ M. Garbellotti, *Transferts d'enfants. Famiglie adottive e affidatarie nell'Italia di età moderna*, in *Genesis XIV/1*, 2015, p. 14

Una prima testimonianza dell'esistenza di questa pratica si rinviene nel Codice di Hammurabi², sovrano Babilonese che redisse questa prima raccolta di leggi scritte nel corso della prima metà del 1700 a.C. Il testo non fa diretto riferimento all'adozione, ma disciplina un aspetto della poligamia, permessa dallo stesso codice: è possibile avere una pluralità di concubine, ma è ammessa una sola moglie di diritto e solo i figli generati da quest'ultima possono succedere nei beni del padre; per quest'ultimo è, però, prevista la possibilità di riconoscere anche i figli avuti con le varie concubine e permettere così loro di concorrere all'eredità.

Anche presso gli ebrei era noto l'istituto. Nell'Antico Testamento, infatti, sono riportati casi di adozione certi ed espliciti, quali quello relativo a Mosè, adottato dalla famiglia del faraone, quello di Ester, accolta da Mardocheo come fosse figlia sua, quello relativo a Manasse ed Efraim cresciuti da Giacobbe³.

Da qui ricaviamo, indirettamente, che anche presso gli Egizi era praticata l'adozione. Testimonianze più dirette sono poi rinvenibili dal testo del cosiddetto "Papiro dell'Adozione", proveniente dalla città di Sepermeru e oggi custodito presso l'Ashmolean Museum di Oxford. Il documento, stilato durante il regno di Ramses XI, riporta di come un uomo, alla presenza di testimoni, abbia adottato la propria moglie come figlia per assicurarle l'acquisizione del suo intero patrimonio al momento della morte⁴.

Ulteriori notizie ci giungono dall'antica Grecia, in particolare da Atene: l'istituto dell'adozione è richiamato nelle leggi di Solone come strumento per garantire la sopravvivenza del nome della famiglia, posto che era possibile adottare solo maschi. Infatti in Grecia l'istituto era funzionale a creare, tra due soggetti che avessero raggiunto la maggiore età, una parentela artificiosa per assicurare una discendenza a colui che ne era privo. Il vincolo sorgeva sulla base di un atto scritto stilato dalle parti interessate⁵.

² G. Sgueo, *L'istituto dell'adozione nella storia. Dal diritto romano agli ordinamenti moderni*, 8 febbraio 2007, su diritto.it

³ M. Camiolo, *L'adozione nella storia*, in *Famiglia cristiana*, 2002, p. 1

⁴ A. Elli, *Il Papiro dell'Adozione*, su Mediterraneoantico.it, 16 novembre 2018

⁵ C. Russo Ruggeri, *La datio in adoptionem. Dalla pretesa della influenza elleno-cristiana alla riforma giustiniana*, II, Milano, 1995, p. 8

Presso le popolazioni più antiche, in ogni caso, l'adozione non ebbe uno sviluppo lineare, era soggetta a continui evoluzioni e mutamenti in base alle esigenze specifiche della singola civiltà di riferimento. Anche le certezze circa le procedure seguite sono spesso scarse.

È con l'avvento della società romana che l'istituto assume maggiore stabilità e precise caratteristiche giuridiche, sia per quanto riguarda le modalità di costituzione del vincolo tra adottante e adottato, sia per quanto riguarda il contenuto del rapporto.

Si tratta di un istituto conosciuto dalla civiltà romana sin dagli albori: secondo quanto riportato dal mito gli stessi gemelli Romolo e Remo, che si scontrarono per fondare la città eterna, sarebbero stati adottati da due pastori e cresciuti da questi come figli propri perché abbandonati.

A Roma l'adozione rappresentò un istituto giuridico per realizzare il trasferimento di un soggetto dalla propria famiglia naturale presso un'altra, determinando contemporaneamente la perdita dei legami di parentela e dei diritti di successione nei confronti della famiglia di origine e l'acquisto di questi stessi legami e diritti all'interno della nuova famiglia di appartenenza; l'adottato era sottoposto alla *patria potestas* dell'adottante e otteneva un nuovo *nomen*, pur senza perdere quello già posseduto.

L'adozione così strutturata è stata utilizzata nel corso degli anni per i motivi più disparati: per rispondere ad esigenze di carattere religioso, e assicurare la continuazione del culto degli antenati; per soddisfare scopi politici, quindi per consentire all'adottato l'accesso a determinate cariche politiche riservate ad una specifica classe sociale; per acquisire la cittadinanza romana; per influenzare le sorti dell'impero, dal momento che le famiglie imperiali vi ricorrevano per designare i futuri imperatori.

Prove dell'esistenza, della disciplina e delle conseguenze derivanti dall'adozione si ritrovano soprattutto nelle *Istitutiones* di Gaio e negli scritti di Aulo Gallo, ma tracce di questo istituto si rinvencono anche in fonti di età repubblicana: ne troviamo menzione nelle commedie di Plauto, di Terenzio, e poi in alcuni brani di

Cicerone⁶. Lo stesso procedimento per la costituzione del vincolo fa riferimento ad una formula contenuta nelle XII Tavole, risalente quindi al periodo decemvirale⁷.

Le fonti ci riportano due forme di adozione, l'*adoptio* e l'*adrogatio*, diverse per procedura e conseguenze: “nel diritto romano vi furono due specie di adozione, quella delle persone *sui juris* che fu denominata *arrogatio*, e questa faceva passare sotto la patria potestà dell'adottante il cittadino romano *sui juris* con tutto il suo patrimonio e con tutte le persone che da esso dipendevano. L'altra, fu l'adozione propriamente detta, quella cioè delle persone *alieni juris*, e questa si usava quando un figlio di famiglia era dato in adozione da colui sotto la cui potestà egli viveva ad un altro sotto la cui potestà egli passava”⁸. A differenza di quanto accadeva nell'*adoptio*, con l'*adrogatio* si aveva il passaggio sotto la *patria potestas* dell'adottante dell'adottato ed anche delle altre persone e dei beni da questi dipendenti. Ciò comportava il cambiamento dello *status familiae* di un soggetto, evento che richiedeva l'approvazione da parte di tutto il popolo riunito nei Comizi Curiati: l'*adrogatio* era quindi un atto pubblico, veniva stabilita mediante apposita legge.

L'*adoptio* era, invece, un atto privato realizzato davanti un magistrato ed alla presenza di testimoni, nel rispetto di specifici rituali e formule mediante i quali il padre naturale emancipava il proprio figlio e procedeva, poi, alla sua vendita fittizia in favore dell'adottante dietro consegna di una moneta simbolica: l'adottante assumeva così la potestà sull'adottato.

In ogni caso, l'adozione nell'antica Roma serviva per accrescere il patrimonio o il prestigio di una *familia*; era lo strumento per tramandare il *nomen*. Serviva per soddisfare interessi politici o patrimoniali degli adulti, non aveva alcun riguardo circa le esigenze di minori abbandonati.

In epoca giustiniana fu introdotta una divisione all'interno dell'istituto dell'*adoptio*, restando invece pressoché immutata la disciplina dell'*adrogatio*:

⁶ Cicerone, *De domo sua ad pontefices oratio*, 57 a. C., pronunciata per riottenere la propria casa che, in seguito all'esilio, era stata occupata da Publio Clodio Pulcro. In questa occasione Cicerone mette in dubbio la validità dell'adozione realizzata a favore di Clodio da parte di un plebeo (così che potesse accedere alle cariche politiche riservate a questa classe sociale) più giovane di lui e che era quindi impossibilitato ad esercitare la *patria potestas* su Clodio

⁷ C. Russo Ruggeri, *op. cit.*, p. 105 ss.

⁸ P. Fiore, *Adozione*, in *Digesto italiano*, II, Torino, 1884, p. 161.

Giustiniano distinse tra *adoptio plena* e *adoptio minus plena*, a seconda che l'adottante fosse o meno un ascendente.

L'*adoptio plena* ricalcava la disciplina generale dell'*adoptio* già esistente sin dall'epoca repubblicana ed era praticabile soltanto quando l'adottante era un ascendente dell'adottato; quest'ultimo veniva poi parificato a tutti gli effetti al figlio generato dall'adottante.

Si ricorreva all'*adoptio minus plena* quando l'adottante era un estraneo. L'adottato non soggiaceva alla patria potestà dell'adottante, rimaneva presso la propria famiglia di origine, ma gli era riconosciuto il diritto di succedere nel patrimonio dell'adottante. "Si trattava di un istituto estremamente importante perché rifletteva l'esigenza, evidentemente frequente, di garantire a soggetti tra loro estranei un vincolo sul patrimonio dell'uno nei confronti dell'altro. Realizzando, in altre parole, conseguenze assimilabili a quelle di qualsiasi lascito testamentario"⁹. Questa seconda forma di adozione era praticabile anche dalle donne, non essendoci il passaggio dell'adottato sotto la patria potestà dell'adottante, situazione incompatibile con le facoltà riconosciute alle donne durante il periodo romano.

La riforma giustiniana del 531 a.C. modificò radicalmente lo scopo dell'istituto, poiché non si limitò a rendere possibile l'unione di *familiae* o l'assoggettamento alla *patria potestas* dell'adottante, ma fece sì che l'adottato fosse qualificato come figlio di colui che adottava, al pari di figli legittimi naturali. Giustiniano introdusse il principio secondo il quale *adoptio naturam imitatur* per scongiurare ed eliminare i frequenti abusi della disciplina sull'adozione soprattutto per scopi politici, perciò si stabilì che, così come accade verosimilmente con i figli naturali, anche il figlio adottivo doveva essere più giovane dell'adottante di almeno diciotto anni¹⁰.

Con la caduta dell'Impero romano l'istituto perse, in parte, il proprio carattere unitario e si sviluppò in modo diverso per adattarsi a nuove esigenze, senza però mai scomparire del tutto. L'idea, condivisa in passato da molti studiosi, che in epoca medievale l'adozione fosse scarsamente praticata è, alla luce degli studi sviluppatisi a partire dagli anni '90 del secolo scorso, da considerarsi errata: non era più

⁹ G. Sgueo, *op. cit.*

¹⁰ C. Casanova, *L'adozione e l'agnazione. Alcune riflessioni*, in *Mélanges de l'École française de Rome – Italie et Méditerranée modernes et contemporaines*, 124/1, 2012, su journals.openedition.org.

realizzata nelle forme classiche elaborate dai romani, e questo giustifica gli scarsi riferimenti sull'argomento nella letteratura giuridica che avevano fatto supporre un generale decadimento dell'istituto, ma iniziarono ad emergere diverse forme di adozione, variamente denominate, che si realizzavano in forma privata tramite la stesura di un atto notarile; si assiste ad una volgarizzazione dell'istituto volto ora a soddisfare non più gli interessi dei ricchi romani privi di discendenza, ma i desideri dei ceti più poveri, in particolare "il sentimento cristiano di paternità e protezione"¹¹. Documenti fondamentali per la conoscenza di queste pratiche, per il loro contenuto, la loro evoluzione e diffusione sono soprattutto gli archivi ospedalieri e in generale degli istituti dedicati all'assistenza dell'infanzia abbandonata, ma anche i testamenti conservati negli archivi delle varie città, proprio perché è soprattutto da questi atti che emergono le ragioni più umane e intime alla base dell'adozione e lo stretto legame instauratosi tra le parti, oltre la profonda gratitudine degli adottati nei confronti di chi li ha accolti¹².

Gli studiosi osservano come, in questi atti, il termine adozione venisse spesso utilizzato come *nomen generale* per riferirsi alle diverse pratiche attraverso le quali si realizzava il trasferimento di bambini presso nuovi nuclei familiari e che avevano però tra di loro, e anche rispetto all'adozione romana, notevoli differenze¹³: per realizzare l'adozione secondo gli schemi romani era previsto un rigido formalismo e la pratica poteva realizzarsi validamente solo *apud publicum iudicem*; per le nuove forme vi era meno rigidità poiché il tutto avveniva in forma privata. Anche gli effetti erano diversi: mentre l'adozione "dava origine ad un legame di agnazione tra il padre adottivo e il figlio non biologico"¹⁴, oltre a far sorgere diritti successori, con le nuove forme non era certo che tutto ciò andasse a realizzarsi. Sopravviveva un *adoptio in*

¹¹ L. Sandri, *Formulari e contratti di adozione nell'ospedale degli Innocenti di Firenze tra tardo Medioevo ed Età moderna*, in *Mélanges de l'École française de Rome – Italie et Méditerranée modernes et contemporaines* 124/1, 2012, su journals.openedition.org.

¹² M.C. Rossi, *Storie di affetti nel Medioevo: figli adottivi, figli d'anima e figli spirituali*, in *Mélanges de l'École française de Rome – Italie et Méditerranée modernes et contemporaines* 124/1, 2012, su journals.openedition.org.

¹³ M. Garbellotti, *op. cit.*; M.G. Di Renzo Villata, *L'adozione tra medio evo ed età moderna: un istituto al tramonto?*; M. Garbellotti e M.C. Rossi, *Et deliberaverunt acceptare eum per suum filium adoptivum*, entrambi, in *Mélanges de l'École française de Rome – Italie et Méditerranée modernes et contemporaines* 124/1, 2012, su journals.openedition.org.

¹⁴ M. Garbellotti, *op. cit.*

hereditatem per dare un erede a chi fosse privo di figli propri per poter tramandare il patrimonio e il nome, però senza che l'adottato fosse sottratto alla patria potestà del padre naturale; si diffonderà, poi, soprattutto in Francia tra il XIV e il XV secolo, un tipo d'adozione *de nom et d'armes*, usato dalla nobiltà e dalla borghesia urbana per trasmettere il proprio nome e le proprie 'armi' in mancanza di discendenti¹⁵; le fonti riportano anche forme di adozione in cui non sorgono diritti successori né vi è, per il genitore biologico, la perdita della patria potestà. Ciò avveniva soprattutto quando il bambino veniva affidato ad una istituzione caritativa e il padre era poi libero di riprendersi il figlio se e quando lo riteneva opportuno. Intanto i rettori e i priori degli ospedali avevano il compito di accudire e allevare il bambino, potendolo anche affidare ad un'altra famiglia¹⁶. Dubbi sono però sorti circa la titolarità da parte dei priori della patria potestà nei confronti dei trovatelli: molti studiosi, non riconoscendola, negano che gli atti di trasferimento degli esposti dagli istituti o dagli ospedali presso nuove famiglie possano essere considerati vere e proprie adozioni, ma i documenti ritrovati presso l'ospedale degli Innocenti di Firenze dichiarano il contrario, e lo stesso ricaviamo dagli archivi dell'ospedale Maggiore di Milano. Infatti da queste carte si evince che il priore era titolare della patria potestà e, in assenza di genitori naturali, aveva il potere di consegnare i trovatelli ad altre persone che avrebbero provveduto loro come figli: i bambini abbandonati erano quindi considerati membri della grande 'famiglia' dell'ospedale di cui il priore era il capo¹⁷.

La varietà di pratiche ed effetti ad esse collegate ha spinto gli studiosi a ritenere inesistente o comunque scarsamente praticata, nel periodo medievale e durante l'età moderna, l'adozione propriamente detta, così come era conosciuta nel diritto romano, proprio perché non veniva a crearsi quel vincolo di filiazione tipico dell'istituto: il fatto che persone diverse dai genitori biologici promettessero, anche rispettando tutte le formalità del caso, di accudire il bambino come 'un figlio' non provava assolutamente che questo venisse poi ritenuto tale sotto tutti i profili; si giustifica l'esistenza di questi diversi istituti rispetto all'adozione classica

¹⁵ M. G. Di Renzo Villata, *op. cit.*

¹⁶ M. Garbellotti, *op. cit.*

¹⁷ L. Sandri, *op. cit.*; G. Albini, *Dall'abbandono all'affido: storie di bambini nella Milano del tardo Quattrocento*, in *Mélanges de l'École française de Rome – Italie et Méditerranée modernes et contemporaines* 124/1, 2012, su journals.openedition.com

“argomentando sulla *imitatio naturae* che comporta assimilazione, non parificazione completa”¹⁸. Tuttavia dalle recenti ricerche emerge che anche in epoca medievale e moderna tra gli effetti dell’adozione, o di atti a questa assimilabili, era previsto anche il riconoscimento a favore dei figli adottati degli stessi diritti dei figli di sangue, senza considerare che per molti bambini presi in affidamento era prassi utilizzare come proprio il cognome della famiglia accogliente: non c’è quindi alcun tramonto dell’adozione, ma si assiste ad una sua diversificazione ed evoluzione¹⁹.

Un ruolo fondamentale nell’evoluzione del rapporto adottivo è stato svolto, in origine, soprattutto dalla Chiesa che, tramite le proprie comunità ispirate dalla *pietas* cristiana, ha iniziato a preoccuparsi di accogliere bambini abbandonati, privi di famiglia e dimora, in appositi istituti per cercare di offrire loro una vita dignitosa, anche avviandoli ad un mestiere. Alcuni studiosi, al contrario, ritengono che proprio con la diffusione e l’affermarsi del cristianesimo sia iniziato il declino dell’adozione poiché, secondo gli insegnamenti della Chiesa, solo all’interno del matrimonio può, per volere di Dio, nascere un figlio; i bambini adottati quindi, considerando la sacralità del matrimonio e del legame biologico, non potrebbero essere considerati a tutti gli effetti come figli, ma soltanto una pallida rappresentazione che è, tra l’altro, in contrasto con la dottrina religiosa²⁰.

Sarà proprio al modello religioso che si ispireranno gli istituti pubblici, sorti a partire dal XVIII secolo sulla spinta di una nuova attenzione da parte della politica per l’infanzia, in particolare per far fronte a situazioni di abbandono, sfruttamento e vagabondaggio dei minori. Tali istituti, però, assumeranno in breve tempo una triste fama visto l’alto tasso di mortalità dei bambini che vi risiedevano, né riusciranno ad impedire del tutto il loro sfruttamento. Infatti, per garantire un futuro ai trovatelli e alleggerire le proprie spese, l’istituto poteva collocare i minori presso famiglie che si dichiaravano disponibili ad allevarli e insegnare loro un mestiere; il rapporto era giuridicamente instabile poiché la famiglia accogliente poteva restituire il bambino all’istituto di provenienza in ogni momento, non sorgeva alcun rapporto di maternità

¹⁸ M.G. Di Renzo Villata, *op. cit.*

¹⁹ M. Garbellotti, *op. cit.*

²⁰ G. Cerrelli, *L’adozione nel diritto canonico*, su PensareilDiritto.it, marzo 2015

o paternità ma, soprattutto, il minore poteva essere impiegato come forza lavoro gratuita come più riteneva opportuna la famiglia destinataria²¹.

A favore dei ragazzi abbandonati e accolti in istituti poteva essere sottoscritto un contratto di apprendistato della durata predeterminata: era previsto il trasferimento del ragazzo presso l'artigiano che forniva vitto e alloggio e provvedeva all'educazione morale e religiosa del giovane, funzionale anche allo sviluppo di un legame affettivo tra il giovane e la famiglia presso la quale veniva collocato, oltre a formarlo dal punto di vista lavorativo, in modo tale che al raggiungimento della maggiore età, quando il giovane veniva congedato dall'istituto, avrebbe avuto un mestiere per garantirsi il sostentamento. Il contratto prevedeva anche un compenso a favore del giovane per il lavoro svolto ma spesso accadeva che il trovatello venisse considerato semplicemente come un collaboratore all'interno della bottega e non riceveva neanche l'onorario pattuito²². Anche laddove i contadini e gli artigiani dichiaravano di volere crescere i fanciulli che già avevano curato durante il periodo baliatico come propri figli, liberando l'istituto da ogni onere economico, non si può escludere che fosse soltanto un modo per reclutare manodopera a basso costo, vista la diffusione di questo fenomeno²³.

Diversa era, invece, la situazione per le bambine e ragazze abbandonate: si è osservato come il numero di bambine abbandonate fosse notevolmente più alto rispetto ai bambini, e il numero di adozioni fosse invece più basso.

Il fenomeno è spiegato ricordando quella che era la situazione che all'epoca viveva la donna, in quanto non poteva tramandare il patrimonio né il nome della famiglia e difficilmente avrebbe potuto accrescerne la ricchezza, senza considerare che bisogna provvedere anche alla sua dote al momento del matrimonio²⁴.

Le esposte potevano lasciare l'istituto solo nel momento in cui avessero trovato una nuova famiglia o mediante matrimonio, e in questo caso la dote era donata dall'ospedale, o più frequentemente perché concludevano un contratto con una famiglia che necessitava di una ragazza che si occupasse della casa. In questi

²¹ L. Lenti., *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in *Tratt. dir. fam.*, a cura di P. Zatti, II, Milano, 2012, p. 768.

²² M. Garbellotti, *op. cit.*

²³ L. Sandri, *op. cit.*

²⁴ G. Albini, *op. cit.*

casi la ragazza si trasferiva presso la dimora della famiglia, riceveva vitto e alloggio ed era sottoposta alla tutela del padrone di casa, essendo quindi ritenuta parte della servitù della casa: la fanciulla poteva assicurarsi la dote attraverso l'attività lavorativa.

In ipotesi di affido, invece, era la famiglia accogliente che avrebbe dovuto trattare la ragazza come figlia propria e provvedere poi alla sua dote e a maritarla in modo conveniente al raggiungimento della giusta età.

A partire dalla metà del Settecento, per salvaguardare l'onestà e la virtù delle giovani, fu escluso l'affido a uomini soli e comunque gli ospedali si riservavano il diritto di visitare periodicamente le ragazze per verificare che fossero trattate adeguatamente e, in caso contrario, avrebbero potuto portare nuovamente la fanciulla presso di loro²⁵. Spesso questo onere non veniva adempiuto dagli istituti e dagli ospedali, anzi con il passare del tempo non se ne rinviene più alcun riferimento negli atti: la buona riuscita dell'affido o dell'adozione, tanto per le ragazze quanto per i ragazzi, dipendeva esclusivamente dalla fortuna²⁶.

Numerose testimonianze di atti di adozione e affidamento si ritrovano negli archivi dell'ospedale fiorentino degli Innocenti²⁷, ma anche in quelli dell'Ospedale Maggiore di Milano²⁸, così come negli archivi ospedalieri o dei brefotrofi di Bologna, Padova, Siena, Venezia, Treviso, Trento, Roma, Napoli²⁹.

I documenti riportano pratiche diverse per le quali veniva usato indifferentemente il medesimo termine, né vi è certezza giuridica circa gli effetti, poiché questi potevano anche essere definiti e modificati dalle parti coinvolte: si passa da relazioni di tipo spirituale ad un affidamento temporaneo, pratiche di *fosterage*, *mise en nouriture* (ricomprendono situazioni anche molto differenti tra loro ma che hanno in comune il passaggio, spesso temporaneo, di ruoli e compiti propri dei genitori, quali l'educazione e il nutrimento, ad altre persone, che se ne assumono la responsabilità), contratti di apprendistato o di famulato ad un'adozione piena. Segni distintivi di un'adozione piena erano l'assunzione, da parte del bambino, del

²⁵ M. Garbellotti, *op. cit.*

²⁶ G. Albini, *op. cit.*

²⁷ L. Sandri, *op. cit.*

²⁸ G. Albini, *op. cit.*

²⁹ S. Marino, *I 'figli d'anima' dell'Annunziata di Napoli in età moderna*, in *Mélanges de l'École française de Rome – Italie et Méditerranée modernes et contemporaines* 124/1, 2012, su journals.openedition.org.

cognome della nuova famiglia in cui veniva inserito e la dichiarazione, da parte dei nuovi genitori, di riconoscere in favore del minore i diritti successori, ma l'assenza di questa clausola non escludeva comunque che, nei fatti, si trattasse di un'adozione vera e propria: non era raro che trasferimenti temporanei, limitati al solo periodo baliatico per assicurare il nutrimento del minore, mutassero in trasferimenti definitivi per la volontà degli affidatari di tenere il bambino e crescerlo come proprio figlio senza ricevere più alcuna retribuzione dall'ospedale³⁰.

L'istituto poteva affidare i bambini tanto a coppie sposate e prive di figli propri, ma anche in presenza di altri figli, così come si ritrovano testimonianze di adozioni e affidi a favore di donne o uomini soli, o anche di uomini di chiesa, senza fare particolari distinzioni circa il ceto sociale di origine.

A differenza di quanto si farà poi nel corso dell'Ottocento, quindi, non si poneva tanto l'attenzione sulla composizione del nucleo familiare di coloro disposti ad accogliere il minore, ma era necessaria la loro onestà, la condotta morigerata e pia, la loro capacità di provvedere al sostentamento del bambino. Il tutto era dimostrato nel corso di colloqui tra gli interessati, i vicini e il parroco³¹.

Risulta ancora difficile indagare le ragioni più profonde e sentimentali alla base dell'adozione o dell'affido in epoca medievale e moderna, sul perché determinate persone si dichiarassero disponibili a prendersi cura, a vario titolo, di bambini abbandonati, accogliendoli nella propria casa come figli propri.

Non si può accertare se fossero spinti da spirito di amore e carità, da volontà di sfruttamento o altre motivazioni egoistiche poiché tutto ciò non traspare dai registri degli ospedali e degli istituti: sono conservati soltanto gli atti che riportano le generalità dei soggetti coinvolti nella procedura di adozione, né i testamenti

³⁰ M. Garbellotti e M.C. Rossi, *op. cit.*; L. Sandri, *op. cit.*

³¹ M. Garbellotti, *op. cit.*, ove si legge: "A Venezia, nel 1575, i rettori del brefotrofio della Santa Casa della Pietà accolsero la richiesta della vedova Franceschina di prendere *'in adoption per fiol de anima Andrea fiol dell'hospital'*. A Firenze, nel 1768, un contadino chiese al priore dell'ospedale degli Innocenti di prendere in carico Camillo, un bambino di dieci anni; il padre adottivo si impegnava per iscritto ad *'alimentarlo e dargli vitto e vestito come a proprio figlio senza mai potere per tempo alcuno pretendere dal nostro spedale alcun salario e altro assegnamento'* e in più voleva che Camillo fosse *'considerato in tutto e per tutto come vero figlio legittimo e naturale del detto adottante senza eccezione alcuna, e goder tutto quello che potesse goder e pretendere Giovanni suo figlio legittimo e naturale presentemente di anni tredici'*; A padre Giovanni il priore della padovana Ca' di Dio consegnò, nel 1468, un bambino di sette anni *'in filium'* e padre Giovanni si impegnava a trattare il piccolo Giovannino bene e con amore e lo nominò erede dei suoi beni come un figlio legittimo".

conservati, in cui pure emerge la dimensione affettiva, possono darci informazioni complete visto il loro numero esiguo.

Per certo si sono verificati casi in cui il bambino abbandonato veniva accolto e curato con amore da una famiglia diversa da quella propria di origine³², ma non si può affermare che questa fosse la regola perché ci sono anche prove di segno opposto, senza considerare, poi, tutto ciò che rimane sommerso³³.

Maggiori certezze possiamo, invece, averle sulle origini dell'abbandono: la miseria e la povertà indubbiamente contribuivano a far prendere una simile decisione e lo stesso sviluppo di un sistema assistenziale a tutela dell'infanzia abbandonata, e poi la sua diffusione capillare, in qualche modo ha portato ad un aumento dei casi di abbandono presso monasteri ed ospedali per assicurare al bambino la sopravvivenza e un futuro migliore³⁴.

In epoca illuminista, con la diffusione di sentimenti di solidarietà e benessere, emerge la necessità di dare una regolamentazione alla prassi di accogliere in famiglia minori abbandonati o provenienti da famiglie incapaci di provvedere al loro regolare sostentamento ma non per sfruttarne la forza lavorativa, bensì per garantire loro assistenza e tutela: la richiesta è quella di assicurare stabilità a questo rapporto, permettendo a questi minori di essere riconosciuti a tutti gli effetti come figli legittimi degli adottanti. Cambia la prospettiva attraverso la quale si interpreta l'adozione, infatti ancora per tutto il medioevo e l'età moderna l'istituto, nelle sue diverse forme, è sempre stato regolato più nell'ottica e secondo gli interessi dell'adottante che dell'adottato, con l'obiettivo di dare un erede a chi ne fosse privo o un sostegno a chi ne avesse bisogno.

Soltanto verso la fine Settecento i bisogni dei bambini privi di famiglia iniziano ad essere messi al centro del dibattito: già nel 1790 in Francia l'istituto era stato

³² Ci sono testimonianze di parentele spirituali (emerge un nuovo ruolo del padrino e della madrina, in parte diverso rispetto a quanto previsto dal rito cattolico, poiché questi divenivano genitori spirituali con ampie responsabilità circa l'educazione e la formazione dei propri figliocci, senza che questo venisse necessariamente allontanato dai propri genitori biologici; erano inoltre uno strumento per accrescere la rete di rapporti sociali dei loro figli spirituali) e genitorialità sostitutive (le diverse istituzioni che si occupavano di accogliere, nutrire ed educare i bambini scelsero di riprodurre, al loro interno, modelli di vita e relazioni familiari, anche se non si può sapere con certezza quali relazioni umane ed affettive si svilupparono in questi contesti) che si preoccupavano di educare ed assicurare al 'figlio d'anima' un ambiente familiare sano e confortevole.

³³ M. C. Rossi, *op. cit.*

³⁴ G. Albin, *op. cit.*

individuato come mezzo per risolvere il problema dell'infanzia abbandonata e permettere ai bambini di godere dell'amore dei genitori adottivi e, allo stesso tempo, come strumento utile per alleggerire i costi sostenuti dagli istituti pubblici dove i trovatelli venivano accolti e cresciuti, anche se secondo alcuni l'obiettivo della riforma proposta in materia di adozione era finalizzata a "*polverizzare i patrimoni e favorire il livellamento economico della società*". Questo fine politico e sociale viene esplicitato nella relazione al primo progetto del *Code civil* nel quale è ribadito il rinnovato favore con il quale si guarda questo istituto, qualificandolo come "*un'istituzione ammirevole*"³⁵, e si sottolinea come sia in grado di assicurare la divisione delle fortune senza troppi contrasti.

Lo stesso dibattito che si sviluppò attorno l'adozione, sulla sua utilità e sul suo significato, oltre che sulla regolamentazione e sul suo rapporto con quanto avveniva in Francia prima della rivoluzione è un'ulteriore testimonianza del fatto che l'istituto, seppur in forma diversa, ha continuato ad esistere anche dopo la caduta dell'Impero Romano fino a giungere alle soglie dell'Ottocento³⁶.

Nel corso degli anni, mentre si elaborava quello che poi sarebbe stato il *Code Napoléon*, però, l'entusiasmo iniziale che aveva accompagnato la proposta di inserire nella legislazione francese anche una disciplina dell'adozione andò scemando, fino a ricondurre l'istituto al suo impianto classico, così come era stato elaborato da Giustiniano. Se negli anni immediatamente successivi alla Rivoluzione vi era chi concepiva l'adozione quasi "*come un dovere sacro, ineludibile per ogni cittadino privo di figli*" che doveva quindi diventare padre adottivo di un bambino abbandonato, e chi vi riconosceva "*un atto di liberalità, di beneficenza per proteggere fanciulli privi di genitori*", aprendo l'istituto anche a chi aveva già figli, il tutto nell'interesse del minore, nel testo definitivo del codice si trovano forti limitazioni per scongiurare la conclusione di "adozioni alla leggera"³⁷.

Nei primi progetti di preparazione del *Code civil*, infatti, è presentata una disciplina molto avanzata e articolata dell'istituto: con ben ventiquattro articoli si agevolava, con una procedura semplificata, l'adozione anche da parte di coppie che

³⁵ F. Campobello, *La rivoluzione copernicana dell'adozione*, Torino, 2019, p. 19.

³⁶ C. Casanova, *op. cit.*

³⁷ M.G. Di Renzo Villata, *L'adozione nell'Ottocento: un istituto in un irreversibile declino?*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Milano, 2015, p. 1072.

avessero già figli, a patto che gli adottanti fossero maggiorenni e ci fosse una differenza di età con l'adottando di almeno quindici anni per il padre e di tredici per la madre adottiva; il bambino adottato sarebbe diventato figlio legittimo della coppia e sarebbe stato reciso qualsiasi legame con la famiglia di origine.

Già nei progetti successivi, presentati sul finire del 1700, si eliminò il legame giuridico tra adottato e la famiglia adottante e si limitò l'adozione ai soli minori di quindici anni, a meno che non si trattasse di bambini la cui origine era sconosciuta o che già erano inseriti nella famiglia adottante e trattati come figli; fu preclusa, inoltre, a coloro che già avevano una discendenza.

Addirittura, nel testo elaborato dalla commissione nel 1800 scomparve qualsiasi riferimento all'adozione: soltanto grazie all'intervento del *Conseil d'État* e di Napoleone stesso fu nuovamente inserita nel codice, anche se le due autorità erano, inizialmente, su posizioni opposte.

Il Consiglio di Stato francese riteneva necessario reintrodurre e disciplinare questo istituto in quanto strumento utilizzabile per soddisfare il desiderio di genitorialità di coppie sterili o per assicurare un sostegno alle famiglie molto povere e numerose («*la consolation des mariages stériles et une vaste carrière de secours pour les enfants souvent très-nombreux de pères et mères pauvres*»), limitando quindi notevolmente il suo campo di applicazione, mentre il futuro imperatore dei francesi sosteneva con fervore la posizione di chi auspicava una maggiore espansione dell'istituto, arrivando a definirlo «*une espèce de nouveau sacrement, rafforzato dall'intervento del potere legislativo*».

Secondo Napoleone non dovevano essere posti eccessivi limiti per l'accesso a questa procedura ed era necessario, poi, che l'adottato interrompesse qualsiasi legame con la famiglia di origine dal momento che doveva entrare a far parte della famiglia adottante non come erede ma come vero e proprio figlio («*Le fils adoptif doit être comme celui de la chair et des os*»)³⁸.

Proprio intorno alle conseguenze dell'adozione e allo *status* che avrebbe acquisito l'adottato si sviluppò un ampio dibattito tra giuristi che, così come avveniva in passato, attribuivano fondamentale importanza ai legami di sangue e chi invece,

³⁸ M.G. Di Renzo Villata, *op. ult. cit.*, p. 1073; F. Campobello, *op. cit.*, p. 20.

sostenendo le idee di matrice illuminista, affermava che la patria potestà non derivasse dalla procreazione e da vincoli biologici, bensì dall'allevamento, la cura, l'istruzione e il mantenimento del bambino stesso. In particolare vi era chi (su tutti Tronchet, giurista scelto da Napoleone per far parte della commissione incaricata di redigere il codice civile) seguendo quell'impostazione che favorisce la filiazione legittima a discapito di altre, riteneva che l'adozione fosse un mezzo per aggirare le disposizioni dettate dalla legge nei confronti dei figli naturali e i limiti che vi erano in questi casi circa il riconoscimento e l'adozione; sottolineava, inoltre, che la nobiltà, i valori e le virtù che in essa sono ricomprese possono essere trasmesse solo attraverso il sangue, ragion per cui gli adottati non potevano essere considerati al pari della prole legittima mentre, al contrario, vi era chi, osservando ciò che avveniva nella prassi, negava il principio della trasmissibilità della nobiltà per nascita.

Si faceva, infatti, notare come le coppie appartenenti alle classi più elevate che non potevano avere figli comunque facessero ricorso all'adozione, anche se in modo molto discreto: in realtà non vi era mai alcun riferimento a questa pratica proprio perché avrebbe significato confessare l'impotenza della coppia aristocratica a procreare, perciò si sceglieva di accordarsi con popolane povere, disposte a vendere i propri figli e che fungevano da madri surrogate, così che la coppia avrebbe poi potuto presentare il bambino come proprio figlio legittimo.

Si evidenziava, così, quanto la pratica fosse diffusa e, quindi, la necessità di una regolamentazione e, soprattutto, si scardinava quell'ideologia secondo la quale determinate virtù si possono trasmettere solo geneticamente: non esiste una gerarchia, il figlio adottivo non è di rango inferiore rispetto a quello legittimo, il tutto dipende da come vengono cresciuti ed educati i bambini che devono godere del medesimo status all'interno della famiglia³⁹.

Napoleone stesso, tuttavia, adotterà poi una posizione più moderata, prevedendo il mantenimento dei legami tra l'adottato e la famiglia di origine ma con la trasmissione dei beni e del cognome dell'adottante, ma dovrà scontrarsi contro il muro alzato dal *Conseil d'État* che accetterà di introdurre nel codice soltanto

³⁹ C. Casanova, *op. cit.*

l'adozione dei maggiorenni, lasciando da parte qualsiasi preoccupazione sull'infanzia abbandonata che era invece stato il fulcro dell'origine della discussione.

Venne quindi stralciata quella che era la proposta originaria di introdurre una disciplina dell'adozione dei minori molto moderna, proprio perché prevedeva che questa "...era destinata agli infradiciottenni figli di ignoti oppure abbandonati. Essi potevano essere adottati da una coppia senza figli, sposata da almeno 10 anni, o da una persona sola che non avesse figli legittimi, purché fosse sposata o lo fosse stata in precedenza. Doveva corrispondere all'interesse dell'adottato e realizzava il suo trapianto completo e irrevocabile dalla famiglia d'origine alla famiglia di accoglienza; l'adottato acquistava a tutti gli effetti la posizione di figlio legittimo dell'adottante"⁴⁰ per introdurre, al suo posto, un istituto diverso: la tutela officiosa.

Nel *Code Napoléon* e negli altri codici ottocenteschi che si ispirarono a questo testo, tra cui anche il codice italiano del 1865, quindi, troviamo una regolamentazione della materia che ancora risente dell'importanza attribuita ai rapporti di sangue e alle aspettative successorie, distinguendo tra adozione per i maggiorenni e tutela officiosa per i minorenni.

L'adozione, in particolare, disciplinata negli artt. 343-360, viene qualificata come un contratto tra adottato e adottante, essendo necessario il consenso di entrambi, che determina esclusivamente il sorgere di un rapporto giuridico tra i due, senza realizzare alcun trasferimento dell'adottato sotto la patria potestà dell'adottante. Vista la sua natura contrattuale poteva essere sciolta consensualmente; era poi necessario che l'adottante si trovasse nell'impossibilità di avere figli, avesse almeno cinquanta anni e che la differenza di età con l'adottato fosse di almeno quindici anni.

La disciplina della tutela officiosa per i minorenni è stata introdotta per regolare i rapporti tra minore indigente o orfano e colore che, spontaneamente e mediante semplice dichiarazione all'autorità municipale, si impegnavano ad allevarlo potendo esercitare sull'adottato la patria potestà, senza che però il minore fosse considerato al pari del figlio legittimo della coppia e senza alcuna garanzia circa il trattamento che avrebbe ricevuto.

⁴⁰ L. Lenti, *op. cit.*, p. 772.

Ancora per tutto l'Ottocento l'adozione non era finalizzata ad assicurare al minore orfano la cura, l'assistenza e l'amore di una famiglia, ma serviva per soddisfare il bisogno di genitorialità di coppie che non potevano avere propri figli; era l'istituto attraverso il quale si assicurava la discendenza e la sopravvivenza del casato; poteva essere utilizzato per individuare nell'adottato la persona che si sarebbe presa cura dell'adottante durante la sua vecchiaia. L'eventuale relazione affettiva che poteva sorgere tra i soggetti interessati era un elemento secondario, così come lo era l'attenzione per le necessità dei bambini abbandonati.

2. L'adozione nel Codice civile italiano del 1942 e l'avvento della Costituzione repubblicana

La disciplina dell'adozione dettata a partire dal Codice civile italiano del 1942 trae ispirazione dalle nuove riflessioni intorno l'istituto che si sono sviluppate negli Stati Uniti dalla metà del XIX secolo e che hanno, poi, influenzato l'intero continente europeo.

Già nel 1851, infatti, lo Stato del Massachusetts si era dotato di una legge che regolava il definitivo trasferimento del minore verso una famiglia diversa da quella propria di origine avendo riguardo al *best interests of the child*. Questa rappresenta la prima legge che disciplina l'adozione in chiave moderna, che si concentra sulle esigenze e sui bisogni del minore. L'obiettivo è quello di assicurare al bambino, privo di una famiglia adeguata, di poter crescere in un ambiente familiare sano, ricevendo l'amore, le cure e le attenzioni necessarie, avvalendosi di coppie desiderose di fare di quel bambino sfortunato un proprio figlio a tutti gli effetti, anche in presenza di altri figli legittimi.

La legge del Massachusetts, alla quale poi seguiranno simili discipline in tutti gli altri Paesi degli Stati Uniti, costruisce l'adozione come un contratto tra privati in cui è necessario il consenso degli adottanti e del tutore del minore di qualsiasi età, sottoposto in seguito a ratifica da parte del giudice. Quest'ultimo doveva verificare che l'adozione rispondesse al miglior interesse per il minore, che i genitori adottanti fossero in grado di educare e mantenere il bambino. "L'adottato, con la pronuncia del giudice, diventava figlio legittimo dell'adottante a tutti gli effetti; veniva meno ogni rapporto giuridico, quindi ogni diritto e obbligo reciproco, fra il bambino e la famiglia d'origine"⁴¹. Questo trasferimento aveva carattere definitivo, non era più possibile per la famiglia di origine chiedere la restituzione del bambino.

Il vecchio continente recepì tale impostazione con molto ritardo: bisogna attendere l'*Adoption of Children Act* inglese del 1926 per garantire la creazione di un rapporto familiare stabile, anche se il trapianto dell'adottato nella famiglia dell'adottante non poteva dirsi pieno poiché il minore conservava diritti ereditari nei

⁴¹ L. Lenti, *op. cit.*, p. 779.

confronti dei genitori di origine, ma non ne acquisiva verso gli adottanti; il genitore biologico poteva, inoltre, chiedere che gli fosse restituito il bambino in qualsiasi momento⁴².

Il resto dell'Europa ripenserà ad una modifica della disciplina dell'adozione per far fronte alle conseguenze della Prima guerra mondiale, che aveva lasciato dietro di sé orfani di guerra e minori abbandonati vista la miseria e l'impossibilità delle famiglie di occuparsene, ma i primi interventi significativi si avranno soltanto alla fine degli anni Trenta⁴³, mentre soltanto nel secondo dopoguerra sarà individuato nella creazione di una famiglia per bambini che ne sono privi lo scopo ultimo dell'adozione.

Il legislatore italiano recepirà, in parte, le evoluzioni americane soltanto per la stesura del codice del 1942. Prima di questo momento, infatti, la disciplina italiana è stata fortemente influenzata da quella francese. Già i codici degli Stati preunitari riproducevano quasi alla lettera il *Code Napoléon* e intendevano l'adozione come “un mezzo legale per supplire alla mancanza di figli naturali”⁴⁴, che poteva intervenire “solo in sollievo di coloro che non hanno figli, sì perché essa non dev'essere di pregiudizio a' diritti de' figliuoli legittimi”⁴⁵, disposta esclusivamente in favore di persone adulte (i codici napoletano, all'art. 270, e quelli dei ducati dell'Italia centrale ammettono l'adozione dei minori solo dietro espressa autorizzazione da parte della famiglia di origine).

La procedura poteva essere attivata solo da coloro che avessero raggiunto il cinquantesimo anno di età e fossero privi di figli legittimi ed era richiesta una differenza di età tra adottato e adottante di almeno quindici anni; era necessario il consenso del padre biologico e dell'adottato e, in seguito alla conclusione dell'accordo, l'adottato avrebbe aggiunto al cognome della propria famiglia di origine

⁴² A. Vegliante, *Una breve storia dell'adozione*, in *Mnemosyne o La costruzione del senso*, 2015, 8, p. 161 ss.

⁴³ Nel 1939 la Francia introduce nel proprio ordinamento una nuova forma di adozione, la *légitimation adoptive*, aperta solo a coppie sposate e senza figli legittimi, nei confronti di un minore privo di famiglia; questi diveniva a tutti gli effetti figlio legittimo degli adottanti. Estende l'adozione per i maggiorenni già disciplinata sin dal 1804 anche ai minori che, dietro consenso dei propri genitori, possono essere assoggettati alla patria potestà dell'adottante; sopravvivono, in ogni caso, i rapporti dell'adottato con la famiglia d'origine, salvo esplicita richiesta da parte dell'adottante.

⁴⁴ Così affermava Pompeo Signorini nel 1803, incaricato di revisionare il progetto del codice sardo, cfr. M. G. Di Renzo Villata, *op. ult. cit.*, p. 1075.

⁴⁵ Così precisava Saverio Cangiano nelle sue *Lezioni di diritto positivo secondo il codice per lo Regno delle Due Sicilie*, promulgato nel 1819; sul punto v. M.G. Di Renzo Villata, *op. ult. cit.*, p. 1081.

quello dell'adottante (medesima formulazione per l'art. 347 del codice Napoleone, l'art. 196 del il codice albertino, l'art. 271 delle Leggi civili per lo Regno delle due Sicilie, l'art. 147 del codice parmense, l'art. 183 del codice estense). L'adottato sarebbe stato qualificato come erede dell'adottante, mantenendo allo stesso tempo anche i diritti patrimoniali nei confronti della famiglia di origine; il codice parmense e quello estense ammettevano anche la successione da parte dell'adottato nei beni dei parenti degli adottanti, vietata invece dagli altri codici ottocenteschi, arrivando quindi a sancire una piena parificazione successoria tra i figli naturali e legittimi e figli adottivi, come auspicato da alcuni giuristi già all'inizio dell'Ottocento⁴⁶.

In aggiunta il codice del ducato di Parma, almeno nei suoi lavori preparatori, diversamente da quanto dettato dagli altri codici coevi, mostrava una particolare attenzione anche nei confronti dell'adottando e del suo interesse a ricevere cure e formazione in modo adeguato da parte di chi ne fosse davvero in grado: era infatti preclusa, e rappresentava quindi un valido motivo per il rifiuto del genitore biologico di prestare consenso all'adozione, a colui che «avendo avuto figli anteriormente all'adozione fosse incorso nella perdita, o privazione della patria podestà [...], quelli che volontariamente si fossero privati della potenza di generare, quelli che fossero stati condannati per delitti di procurato aborto, di esposizione d'infante, d'infanticidio, di omicidio in linea discendente o nel coniuge...»⁴⁷.

Dopo l'unificazione della penisola è applicato a tutto il territorio il codice albertino del 1838 che sarà poi sostituito, nel 1865, dal primo codice unitario del Regno d'Italia: la disciplina sarà la stessa del codice sardo, ampiamente ispirato a quello francese, ma l'inserimento della disciplina sull'adozione sarà fortemente discussa.

Nel progetto originariamente proposto da Pisanelli non è contemplata e il Guardasigilli, nel *Discorso* di fronte al Senato per presentare il suo lavoro, spiega la propria presa di posizione: «Nel progetto non troverete ammessa l'adozione; essa è

⁴⁶ M.G. Di Renzo Villata, *op. ult. cit.*, p. 1081 ss. In particolare Pompeo Signorini già nel 1803 si esprimeva a favore del riconoscimento nei confronti del figlio adottivo di «una maggiore assimilazione alla condizione del figlio legittimo, «talmente che, sciolti tutti i diritti e doveri civili che aveva questi verso il padre naturale, passasse nella podestà del padre adottivo e avesse verso il medesimo quei dritti di successione, etc., e doveri, che aveva prima dell'adozione verso il padre naturale», da conservare pure nell'eventualità di sopravvenienza di figli legittimi e naturali all'adottante».

⁴⁷ A. Vegliante, *op. cit.*; M.G. Di Renzo Villata, *op. ult. cit.*, p. 1078 ss.

una istituzione che s'innesta naturalmente ad alcuni ordini, i quali non sono più conformi alla vita della società odierna; essa costituisce un'artificiale fattura dei rapporti di paternità e di filiazione, in contraddizione del vero; spesso si mostra come mezzo di eludere e defraudare le prescrizioni della legge, e talvolta racchiude una immoralità».

Lo stesso concetto sarà ribadito più volte davanti il Senato, sottolineando anche la scarsa applicazione dell'istituto⁴⁸, ma la Commissione senatoria spingerà per garantire una disciplina dell'istituto all'interno del codice condividendo idee diverse circa l'adozione, espresse dal senatore Vigliani in risposta al Guardasigilli: «...l'adozione null'altro divenne che un atto di beneficenza che non muta i rapporti dell'adottato colla sua famiglia naturale. Questa indole conserva ancora al dì d'oggi, dopo avere traversato presso alcuni popoli diverse vicende. Nel diritto italico si può affermare che sempre si sono conservate intorno all'adozione le ultime tradizioni romane, e se le adozioni più non si possono dire frequenti, non sono neppure tanto rare [...] Un puro sentimento di beneficenza che avrà l'umanità, e il desiderio naturale all'uomo di vivere nei posteri hanno in origine ispirato questa imitazione della natura a sollievo di coloro che figli non ebbero, o ne rimasero orfani [...] L'adozione non altera, non falsa, ma favorisce e supplisce la natura. È una invenzione pietosa della legge, la quale è destinata a colmare un vuoto che una sorte avara ed avversa lascia non di rado nella vita dell'uomo»⁴⁹.

L'adozione troverà, infine, uno spazio nel primo Codice civile del Regno d'Italia anche se con forti limitazioni, così come avveniva nei codici coevi, e la disciplina rimarrà pressoché immutata fino ai primi anni del secolo successivo.

Anche in Italia, infatti, sono le conseguenze della Prima guerra mondiale a far emergere la necessità di ripensare in modo diverso l'adozione e soprattutto di concentrare l'attenzione sull'infanzia abbandonata.

Tra il 1917 e il 1919 ci si limita, tuttavia, solo ad estendere l'adozione non legittimante, secondo la disciplina del codice del 1865, a tutti i minorenni orfani di

⁴⁸ M.G. Di Renzo Villata, *op. ult. cit.*, p. 1085. Si sottolinea il silenzio sull'adozione negli anni precedenti, la mancanza di atti e decisioni giurisprudenziali sull'argomento. Anche dopo l'entrata in vigore del codice, però, l'intervento della giurisprudenza in materia sarà piuttosto scarso e per lo più finalizzato a ribadire che devono essere applicati i principi ispiratori della disciplina da rinvenire nel codice stesso e nei lavori preparatori.

⁴⁹ M.G. Di Renzo Villata, *op. ult. cit.*, p. 1086 ss.

guerra, anche di un solo genitore, e ai minori non riconosciuti nati tra l'inizio della guerra e il 1919; riesce ad emergere una nuova attenzione per i bisogni dei bambini privi di famiglia, come si evince già dalle attribuzioni che la legge 31 luglio 1919, n. 1357, riconosce al giudice, chiamato a svolgere le *“indagini più accurate per accertarsi che l'adozione sia per riuscire di vantaggio all'orfano, anche con riguardo alle condizioni economiche dell'adottante, dovendosi escludere l'adozione da parte di chi sia in condizione di trarre personale profitto dalla pensione spettante all'orfano o dal patrimonio che egli possieda”*, e si ribadisce lo stesso anche nella circolare emanata del Ministero dell'Interno per definire i contenuti e i limiti della legge, nella quale si legge che *“l'adozione può essere una delle più provvide forme di assistenza degli orfani di guerra [...] ma potrebbe costituire il peggior danno per l'orfano adottato, se determinata da obliqui scopi di sfruttamento e se gli interessi dell'orfano stesso sieno sottratti all'assidua vigilanza cui la menzionata legge gli dà diritto”*⁵⁰.

Nel codice del 1942 questa disciplina fu, poi, estesa a tutti i minori, attribuendo la patria potestà all'adottante, anche se, allo stesso tempo, si ammetteva la revoca dell'adozione in caso di comportamenti scorretti delle parti coinvolte.

L'adozione nella formulazione originaria del codice del 1942, disciplinata nel titolo VIII, libro I, riprende elementi propri del codice del 1865: era aperta ad adottanti che avessero almeno cinquanta anni di età e fossero privi di figli; era necessario il consenso delle parti coinvolte, e tra adottante e adottato doveva esserci una differenza di età non inferiore ai diciotto anni; il rapporto sorgeva non per effetto dei consensi ma solo dopo l'emanazione del decreto da parte della Corte di Appello che sanciva l'adozione, dopo aver verificato la presenza dei requisiti richiesti dalla legge, la fama dell'adottante e la convenienza dell'accordo per l'adottato. Dopo l'emanazione del decreto l'adottato assumeva, in aggiunta al cognome della famiglia di origine, anche il cognome dell'adottante e la possibilità di succedere nel patrimonio; non si perfezionava, però il suo definitivo e stabile trasferimento nella famiglia accogliente né venivano recisi i legami con la famiglia di origine.

In Italia l'istituto continua ad essere modellato sulla base di quelle che sono le esigenze patrimoniali degli adulti, risponde all'importanza attribuita all'epoca

⁵⁰ M.G. Di Renzo Villata, *op. ult. cit.*, p. 1095.

all'esistenza di un discendente per tramandare il nome e mantenere il patrimonio all'interno della famiglia⁵¹.

Per soddisfare finalità di assistenza dell'infanzia abbandonata fu introdotta l'affiliazione, strumento in origine molto più utilizzato dell'adozione, visti i limiti che erano dettati dal legislatore per questa pratica, ma soprattutto perché divenne lo strumento per attribuire ai figli adulterini, che per legge non potevano essere riconosciuti, il cognome del genitore biologico. Era, inoltre, anche un mezzo attraverso il quale il regime fascista si proponeva di conservare il tessuto familiare ed economico della società contadina, esplicito punto di riferimento nell'elaborazione della disciplina, così da assicurare a coppie contadine sterili o con pochi figli nuovi aiuti lavorativi. Il tutto diede vita, inevitabilmente, a fenomeni di sfruttamento⁵².

L'affiliazione riconosceva a favore di minori abbandonati una famiglia sostitutiva che doveva provvedere al loro mantenimento fino alla maggiore età, anche se il rapporto poteva sciogliersi in ogni momento su richiesta dell'affiliante. In questo istituto l'affiliato acquisiva il cognome dell'affiliante ed era assoggettato alla sua potestà, ma non acquisiva diritti successori nei suoi confronti.

L'istituto è stato, poi, soppresso dall'art. 77 della legge n.183/1984.

Una diversa e maggiore attenzione nei confronti dell'adozione dei minori in Italia si avrà dopo l'entrata in vigore della Costituzione, il 1° gennaio 1948, in attuazione dell'articolo 30 che dispone che *“è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti”*. Proprio in questo principio viene individuata la *ratio* ispiratrice della riforma che attribuisce al giudice il potere di far sì che sia interrotto ed eliminato ogni legame tra il bambino e la famiglia di origine, i diritti della quale sono comunque garantiti dalla stessa Costituzione (così come lo stesso art. 30 riconosce il diritto-dovere dei genitori di crescere ed educare i propri figli), ma sono diritti che ora sono destinati a cedere, come previsto dallo stesso secondo comma dell'art. 30 Cost., di fronte al preminente interesse del minore a crescere in un ambiente familiare idoneo⁵³.

⁵¹ G. Sgueo, *op. cit.*

⁵² S. Inaudi, *Figli di nessuno. Il travagliato percorso della legge sull'adozione speciale*, in *Genesis*, XIV/1, 2015, p. 164 ss.

⁵³ M. Dogliotti, *L'adozione dei minori*, in *Fam. dir.*, 2015, 11, p. 1021 ss.

La stessa Suprema Corte riconoscerà che il nucleo familiare è tutelato “dall’ordinamento nella misura in cui appare rispondente alla sua fondamentale funzione di assicurare lo sviluppo della personalità dei suoi membri”, per cui laddove la famiglia biologica “non sia in grado di svolgere il suo compito istituzionale di strumento socialmente qualificato di promozione della personalità dei membri più deboli e bisognosi”, il legislatore ha previsto “in funzione vicariante, una sistemazione che, indipendentemente dal vincolo del sangue, comporti, nell’interesse del minore, la realizzazione dei compiti cui i genitori sono venuti meno, e che è essenziale siano svolti in un quadro psicologico-affettivo riprodotto la situazione tipica del sano nucleo familiare, sostituendo alla famiglia legittima e naturale del sangue, quella adottiva degli affetti. È stata, perciò, introdotta, [...] l’adozione speciale, attribuendo ad ogni figlio (legittimo o naturale) il diritto ad una famiglia adottiva che tenga le veci di quella originaria che ha fallito il suo scopo, che si attua collocandolo, con carattere di stabilità, in un diverso nucleo familiare che per i requisiti fisici, morali e patrimoniali degli adottanti sia idoneo a svolgere la funzione educativa affidatagli”⁵⁴.

L’attenzione e il dibattito, non solo parlamentare, sulla necessità di riformare la legge sull’adozione aumentarono in seguito alla diffusione degli studi relativi alle dannose conseguenze sullo sviluppo psico-fisico del bambino cresciuto in un ambiente familiare inadeguato, oltre ai danni causati dalla crescita in istituto, sottolineando l’importanza che, in una crescita sana, rivestono i legami affettivi: l’adozione viene ora vista come strumento per far fronte a queste problematiche, per contrastare l’indigenza delle famiglie e situazioni di abbandono, per evitare l’istituzionalizzazione di troppi minori, portando al centro dell’attenzione i bisogni e gli interessi del fanciullo, trascurando però i problemi sociali che affliggevano le famiglie di origine che avrebbero potuto essere risolti con mirati interventi di sostegno⁵⁵.

Il Parlamento, dopo oltre tre anni di discussione, approverà la legge 5 giugno 1967 n. 431 che introduce nel nostro ordinamento quella che viene definita dallo stesso legislatore “adozione speciale”, in alternativa a quella ordinaria già disciplinata dal codice. La normativa modifica il titolo VIII, libro I del Codice civile introducendo il capo III, denominato “Dell’adozione speciale”.

⁵⁴ Cass., 8 novembre 1974, n. 3420, in *Dir. fam. pers.*, 1975, p. 1.

⁵⁵ S. Inaudi, *op. cit.*, p. 164 ss.

L'adozione speciale era in origine applicabile solo ai minori di otto anni in stato di abbandono morale e materiale.

La disciplina rispecchia l'evoluzione sociale nel frattempo intervenuta e la nuova sensibilità mostrata nei confronti dell'infanzia: l'istituto aveva finalità solidaristiche, era sottoposto a controllo del giudice che doveva soprattutto assicurarsi che l'inserimento del minore nella nuova famiglia rispondesse al suo preminente interesse, assicurava al bambino adottato la qualifica e la posizione di figlio legittimo degli adottanti, in un rapporto genitore-figlio per nulla diverso rispetto a quello esistente in una famiglia biologica, determinava il trapianto nella famiglia adottante definitivo e irrevocabile.

La nuova forma di adozione era aperta a coppie sposate da almeno cinque anni, che non si trovassero in stato di separazione, neppure di fatto, che avessero un'età rispetto a quella dell'adottante superiore di almeno venti anni, ma non oltre quarantacinque; dovevano inoltre dimostrare che le loro condizioni morali e materiali fossero idonee per l'educazione e il mantenimento del bambino. L'intera procedura era soggetta all'intervento dell'autorità giudiziaria, infatti non dipendeva più esclusivamente dalle parti coinvolte il sorgere del vincolo mediante apposito accordo, sottoposto poi a controllo di mera legittimità da parte del giudice, ma sarà il Tribunale per i minorenni del luogo in cui risiede il minore che dovrà accertare in origine lo stato di abbandono, e poi l'idoneità degli aspiranti adottanti.

La legge n. 431/1967 introduce per la prima volta nel nostro ordinamento l'adozione legittimante dei minori, poiché dopo la dichiarazione di adottabilità ed un periodo di affidamento preadottivo della durata di un anno sotto la vigilanza dei servizi sociali, e sulla base della relazione presentata da questi ultimi circa l'esito dell'affidamento, il giudice con proprio decreto dichiara l'adozione: l'adottato è equiparato al figlio legittimo dell'adottante, ne assume il cognome perdendo quello che aveva in precedenza, cessa qualsiasi rapporto con la famiglia di origine.

Questa legge segna il passaggio, anche in Italia, dall'adozione "cognominale e patrimoniale"⁵⁶ all'adozione legittimante, spostando l'attenzione dalla famiglia, da quelli che sono gli interessi di discendenza che da sempre hanno caratterizzato

⁵⁶ C. Maggia, *Come è cambiata l'adozione in cinquant'anni: normative, dati applicativi a confronto e prospettive di riforma*, in *Minorigiustizia*, 2017, 4, p. 124 ss.

l'istituto, all'interesse del bambino che diventa soggetto di diritti⁵⁷, primo fra tutti il diritto di vivere in una famiglia in grado di garantire lo sviluppo della sua personalità, in attuazione anche dell'articolo 2 della Costituzione. "Per attuarlo si recide un vincolo fino ad allora ritenuto «sacro» e «inviolabile»: quello tra i figli e la famiglia di origine. La tutela della famiglia cede di fronte ai diritti preminenti del bambino ed in tal modo prende consistenza una nuova concezione della famiglia non più intesa come «istituzione», portatrice di interessi superiori rispetto a quelli delle persone, che in suo nome possono essere sacrificati, ma come «formazione sociale», tutelata se e fino a quando in essa trovano realizzazione i diritti fondamentali delle persone"⁵⁸.

Trova piena realizzazione quell'idea di matrice illuminista secondo la quale la famiglia e i rapporti familiari non dipendono esclusivamente da legami biologici, ma fondamentali sono i rapporti che si istaurano: il figlio non è di chi lo ha generato, ma di chi lo cresce, lo educa e provvede al suo sostentamento; si giunge al superamento del "concetto di filiazione quale fattore esclusivamente biologico a favore di una visione della famiglia quale istituto fondato in primo luogo sull'amore, il rispetto, la protezione e l'educazione"⁵⁹.

Nonostante i limiti della nuova disciplina – tra i quali si lamentava anche la mancanza di una magistratura minorile specializzata nel compiere la valutazione multidisciplinare che richiedeva la materia⁶⁰ – non si può negare la sua portata rivoluzionaria sul diritto e sullo stesso concetto di famiglia, novità che destabilizzò parte della dottrina e della giurisprudenza (soprattutto i giudici di merito, negli anni immediatamente successivi l'introduzione della legge n. 431/1967, si mostrarono contrari ad accettare il nuovo rapporto regolato, limitando la portata della riforma per salvaguardare il legame biologico tra genitori e figli)⁶¹ e fu, poi, fortemente osteggiata anche negli ambienti più tradizionalisti del cattolicesimo: la nuova disciplina veniva qualificata come un attacco alla famiglia di sangue e ai diritti dei figli legittimi.

⁵⁷ Questo nuovo ruolo attribuito al minore in un percorso di adozione rappresenta la prima tappa, raggiunta con la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959, di un percorso che porterà sempre di più a garantire il preminente interesse dell'infanzia, riempiendo di significato tale espressione attraverso concreti interventi normativi.

⁵⁸ G. Ferrando, *Diritto di famiglia*, Bologna 2020, p. 348.

⁵⁹ S. Inaudi, *op. cit.*, p. 166.

⁶⁰ C. Maggia, *op. cit.*

⁶¹ App. Palermo, 6 febbraio 1970, in *Giur. mer.*, 1970, 1, p. 53 ss.; App. Roma, 28 febbraio 1977 in *Foro pad.*, 1997, 1, p. 137 ss.

Le opposizioni del mondo cattolico si spensero in seguito alla risoluzione del Concilio Vaticano II che qualifica l'adozione di bambini abbandonati come fossero figli propri tra le opere di apostolato laico, mentre le obiezioni derivanti dal mondo laico furono contrastate dalla giurisprudenza più attenta al cambiamento sociale e alla necessità, avvertita anche in parte della popolazione, di riformare il diritto di famiglia, oltre che dal lavoro dei media che sempre più mostravano le condizioni pessime in cui si trovano a vivere i minori abbandonati in istituto⁶².

La giurisprudenza, in particolare, si allontana dal percorso inizialmente seguito e abbraccia definitivamente le novità introdotte dalla legge a partire dalla sentenza della Cassazione n. 3420 del 1974, nella quale si riconosce la disciplina come diretta applicazione dei principi costituzionali ispiratori, tra i quali non vi è solo l'art. 30 Cost., ma anche gli artt. 2 e 3 che garantiscono i diritti inviolabili dell'individuo e impongono alla Repubblica il compito di intervenire per rimuovere gli ostacoli, di qualunque natura essi siano, che impediscano il pieno sviluppo della sua personalità⁶³; in questa pronuncia la Suprema Corte ribadisce che la finalità dell'adozione è quella di assicurare al minore di essere inserito in un ambiente familiare rispondente alle sue esigenze psico-fisiche⁶⁴, iniziando quindi a riconoscere i diritti dei minori e un nuovo ruolo alla "*famiglia degli affetti*" e, inoltre, riduce l'assolutezza della potestà genitoriale riconoscendovi precisi limiti⁶⁵: "il sistema instaurato dalla legge 5 giugno 1967, n. 431 mira a tutelare non interessi di discendenza o patrimoniali, ma unicamente l'interesse del minore a svilupparsi in seno ad una famiglia cui sia legato da vincoli affettivi;

⁶² S. Inaudi, *op. cit.*, p. 167.

⁶³ M. Dogliotti, *Spunti in tema di "diritti del minore" in materia di adozione ordinaria e adozione speciale*, in *Giur. mer.*, 1976, 1, p. 57 ss.

⁶⁴ In questo senso già Trib. min. Roma, 14 maggio 1973: «l'adozione tende a dare al minore quell'indispensabile ambiente familiare in cui, solo, il minore può realizzare un adeguato sviluppo della propria personalità psicofisica»; cfr. M. Dogliotti, *op. ult. cit.*

⁶⁵ In questo senso Trib. min. Bologna, 23 ottobre 1973, il quale sottolinea come, da ultimo, proprio la disciplina sull'adozione speciale abbia mutato i rapporti tra genitori e figli: se in passato la patria potestà era considerato un potere assoluto e incontrollato, fondamento della famiglia patriarcale in cui il padre era il capo con poteri illimitati sulla moglie e sui figli, già a partire dal codice civile del 1942 e soprattutto con l'avvento della Costituzione si assiste ad un suo ridimensionamento. La potestà, ora condivisa da entrambi i genitori, si sostanzia nell'esercizio di un potere nell'interesse dei figli e con la legge n.431 esplicitamente si afferma che l'interesse del minore prevale su quello contrapposto dei genitori; si introduce, inoltre, un controllo esterno attribuendo al giudice, ai sensi degli artt. 330, 333 c.c., il potere di dichiarare la "*decadenza dalla patria potestà o di una limitazione di essa relativa alla valutazione dell'eventuale condotta del padre pregiudizievole agli interessi umani del figlio*". Cfr. M. Dogliotti, *Patria potestà, diritti del minore e intervento del giudice*, in *Giur. mer.*, 1976, 1, p. 45 ss.

pertanto la legge non ravvisa alcun diritto intangibile dei genitori sui figli allorché l'interesse di questi chiaramente risulti compromesso rispetto ad altre più soddisfacenti sistemazioni.

Il legislatore è mosso dalla constatazione che se il bisogno di affetto e di cure trova di regola la migliore soddisfazione, quale 'luogo' privilegiato, in seno alla famiglia, da parte dei genitori, legittimi o naturali che siano, in altri casi il compito di educazione e di sviluppo della personalità del minore può essere più adeguatamente svolto nella famiglia degli affetti, facendo leva sul desiderio di una coppia di coniugi di riversare su un bambino, anche se da essi non procreato, quella carica affettiva che di norma lega, oltre il vincolo di sangue, genitori e generato; non è perciò tutelato dall'ordinamento, per quanto giustificato ed apprezzabile, l'interesse delle coppie sole, di riempire un vuoto (ed infatti l'assenza di discendenti non è condizione di accesso all'adozione speciale), ma quello dell'abbandonato ad essere accolto in un ambiente che riproduca le condizioni, ritenute ottimali, della famiglia biologica nella quale, di norma, campeggia la componente affettiva, essenziale all'armonico sviluppo della sua personalità”.

Dopo questa pronuncia della Cassazione si assiste ad un graduale cambiamento da parte dei giudici nell'interpretare la nuova disciplina, e soprattutto la giurisprudenza minorile prende coscienza del proprio ruolo elevandosi a “garante e promotrice” dei diritti dei minori, assumendosi il compito di definire i limiti e riempire di contenuto le espressioni utilizzate dal legislatore andando a creare, attraverso le proprie sentenze, una vera e propria cultura giuridica del settore: saranno infatti i Tribunali a discutere intorno al significato da attribuire a termini quali abbandono, forza maggiore, famiglia.

Il legislatore infatti non fornisce, né nel 1967 né negli interventi successivi, una definizione precisa di stato di abbandono, rimettendo al giudice il compito di stabilire quando sussiste una situazione in cui i minori si trovino *“privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a forza maggiore”*, (art. 314, comma primo) che giustifica la dichiarazione di adottabilità.

Da subito la giurisprudenza chiarisce⁶⁶ – ed è stato riaffermato dalla Cassazione in più occasioni – che “per la sussistenza dello stato di abbandono... occorre la sussistenza di carenze materiali psicologiche e affettive inemendabili, non dipendenti da cause transitorie, e di tale rilevanza da integrare una situazione di rischio grave e irreversibile suscettibile di impedire detto sviluppo, situazione indicante la rescissione del legame familiare come unico mezzo adatto a evitare maggiori pregiudizi al minore”⁶⁷; si ha quando la famiglia di origine non è in grado di adempiere l’obbligo, contenuto nell’art. 30 della Costituzione e che trova specificazione nell’art. 147 c.c., di mantenere, educare e istruire i figli tenendo conto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni.

La dichiarazione dello stato di adottabilità, in ogni caso, non ha carattere sanzionatorio nei confronti della condotta posta in essere dai genitori⁶⁸, ma ha come unico obiettivo quello di tutelare il minore. Il giudice chiamato ad accertare l’esistenza dello stato di abbandono dovrà verificare, in relazione al caso concreto, se la situazione in cui si trova il minore è oggettivamente per lui dannosa o meno, indipendentemente da quelle che possono essere le responsabilità dei genitori: non si deve guardare al singolo comportamento dei genitori, anche perché non un qualsiasi ritardo o irregolarità nell’adempimento dei doveri genitoriali stabiliti dalla legge può giustificare l’adozione, ma si devono considerare le conseguenze che la situazione potrebbe avere sulla personalità del minore, e in questa valutazione è necessario far riferimento “non alla figura di un minore astratto, né a tutti i minori di quell’età o di quell’ambiente sociale [...] ma, a quel minore particolare, con la sua

⁶⁶ Cass., 28 luglio 1972, n. 1975, seguita poi da Trib. min. Genova, 2 giugno 1973, in *Giur. mer.*, 1976, 1, p. 54 ss., in cui si ribadisce che “*si ha stato di abbandono nel caso in cui la carenza di assistenza materiale e morale vesta carattere assoluto, e cioè non si tratti solo di una sensibile riduzione di atti o prestazioni, ma di una privazione di quelle prestazioni indispensabili per il normale sviluppo psico-fisico del minore*”; anche Cass., 4 maggio 2000, n. 5580, in *Fam. dir.*, 2000, 6, p. 558 ss. : “*Lo stato di abbandono che giustifica la dichiarazione di adottabilità ricorre allorché i genitori non sono in grado di assicurare al minore quel minimo di cure materiali, affettive, aiuto psicologico indispensabile per lo sviluppo e la formazione della sua personalità e la situazione non sia dovuta a forza maggiore di carattere transitorio, tale essendo quella inidonea per la sua durata a pregiudicare il corretto sviluppo psico - fisico del minore, secondo una valutazione che, involgendo un accertamento di fatto, spetta al giudice di merito*”.

⁶⁷ Cass., 23 luglio 2003, n. 11426 e Cass., 7 gennaio 2011, n. 273; cfr. L. Fadiga, *L’adozione legittimante dei minori*, in *Tratt. dir. fam.*, a cura di P. Zatti, II, Milano, 2012, p. 835 ss.

⁶⁸ In questo senso Cass., 23 dicembre 1982, n. 7112, inedita; Cass., 13 gennaio 1988, n. 180 in *Foro it.*, 1988, p. 198 ss.

storia, il suo 'vissuto', le sue caratteristiche fisiche e psicologiche, la sua età, il suo grado di sviluppo"⁶⁹.

Nel corso degli anni, quindi, in mancanza di una specifica definizione legislativa, la giurisprudenza ha riconosciuto l'esistenza dello stato di abbandono in situazione molto diverse tra di loro, e anche la dottrina ha dato il suo contributo.

Tra gli studiosi, in particolare, vi era chi riteneva che fosse necessario accogliere la genericità dell'espressione utilizzata dal legislatore poiché ogni tentativo di "precisare il concetto di abbandono risulterebbe limitativo e non sufficientemente suscettibile di adattarsi alle diverse e drammatiche situazioni presenti nella realtà sociale", ma, all'opposto, vi era anche chi sosteneva che "un criterio orientativo andasse necessariamente individuato ai fini di una tutela effettiva del primario interesse del minore, soprattutto attraverso l'aiuto fornito dai principi costituzionali, quale l'obbligo genitoriale di istruire, mantenere ed educare il minore, ex art. 30 Cost."⁷⁰.

La giurisprudenza è arrivata a stabilire che l'abbandono sussiste quando vi sono carenze del nucleo familiare non solo dal punto di vista materiale, ma anche e soprattutto morale e affettivo, perciò potrebbe darsi luogo ad adozione in casi in cui i bambini hanno sostegno economico, ma sono poi abbandonati a loro stessi o in istituti per l'incapacità o la mancanza di interesse dei genitori di occuparsene; opinione condivisa da parte della dottrina che ritiene esistente lo stato di abbandono quando mancano tutte le cure che, normalmente, i genitori prestano ai figli, arrivando a qualificare i bambini che si trovano in questa condizione come "*orfani di guerra con genitori viventi*", mentre altra parte ha sottolineato come di fronte ai giudici è sempre l'assistenza materiale e la sua eventuale mancanza che viene presa maggiormente in considerazione e fa pendere l'ago della bilancia della decisione⁷¹.

Individuare, quindi, gli elementi che evidenziano uno stato di abbandono è stato un percorso piuttosto articolato e complesso: in origine l'esistenza di uno stato di abbandono era dichiarato nei confronti di minori ricoverati presso orfanotrofi e

⁶⁹ M. Dogliotti, *L'adozione dei minori*, cit., p. 1021 ss.

⁷⁰ M. Dogliotti, *op. cit.*; C.D. Fioravanti, *Ancora sui presupposti dello stato di abbandono nell'adozione dei minori*, in *Fam. dir.*, 2001, 1, p. 45 ss.

⁷¹ D. Morello Di Giovanni, *Ancora sui presupposti dello stato di abbandono per la dichiarazione di adottabilità*, in *Fam. dir.*, 2002, 6, p. 619 ss.

istituti pubblici o religiosi per “trovatelli”, quindi nei confronti di coloro che erano già fuori dalla propria famiglia di origine; successivamente i giudici, ribadendo che la funzione principale dell'adozione è quella di assicurare al minore di crescere in un ambiente familiare idoneo, hanno esteso la portata dell'adottabilità e tutte quelle situazioni in cui i genitori biologici, pur esistendo e avendo presso di loro i figli, non si curavano dei loro bisogni materiali, affettivi e psicologici vuoi per generico disinteresse⁷², vuoi perché affetti da disturbi mentali o tossicodipendenza. Quindi anche l'incapacità genitoriale giustifica la dichiarazione di adottabilità.

Non è, tuttavia, sufficiente che il genitore sia affetto da malattia mentale per aversi incapacità genitoriale, poiché dovrà accertarsi in concreto se questi è o meno in grado di adempiere i propri doveri senza comportare danni permanenti o pregiudizi nella crescita del minore. In questo senso si esprimeva la Cassazione già nel 1998, sottolineando che “le anomalie della personalità” dei genitori “pur se affetti da rilevanti disturbi o vere e proprie patologie mentali, in tanto possono rilevare ai fini dell'accertamento del predetto stato in quanto si traducano in una incapacità assoluta ad allevare ed educare i figli, tale da produrre danni irreversibili al loro sviluppo fisico e psicofisico”⁷³.

Anche la condizione di tossicodipendenza vissuta dai genitori biologi non giustifica immediatamente la dichiarazione di adottabilità. La Corte di cassazione, con sentenza n. 12491/2000 ricorda come l'adozione sia uno strumento non per assicurare al minore condizioni di vita migliori di quelle che vive nella famiglia di origine, ma è un mezzo per far fronte ad una situazione irrecuperabile di abbandono,

⁷² Oltre le altre sentenze già citata anche Cass. n. 4388/1995 nella quale viene ribadito che lo stato di abbandono che giustifica la dichiarazione di adottabilità sussiste soltanto quando vi sia nella famiglia di origine una carenza di quel minimo di cure materiali, calore affettivo, aiuto psicologico, indispensabile per lo sviluppo e la formazione del minore, Cass. 9 gennaio 1998, n. 120 che sostiene che «*l'inadeguatezza dell'apporto affettivo e materiale del genitore consente la dichiarazione di adottabilità solo quando, all'esito di un accertamento rigoroso, risultino carenze materiali ed affettive di tale rilevanza da integrare di per sé, una situazione di pregiudizio dell'interesse del minore, tenuto anche conto dell'esigenza primaria che questo cresca nella famiglia di origine; detta esigenza non può essere sacrificata per la semplice inadeguatezza dell'assistenza genitoriale o, meno ancora, degli atteggiamenti psicologici e/o educativi - e dunque della preferibilità presso terzi - occorrendo al contrario, che la vita offerta dal genitore scenda al di sotto di una soglia minima di cure materiali, calore affettivo ed aiuto psicologico indispensabile per lo sviluppo e la formazione della personalità del minore*»; cfr. S. Merello, *Ancora sulla nozione di stato di abbandono nell'adozione di minori*, in *Fam. dir.*, 2001, 6, p. 622 ss.

⁷³ Cass. 5 novembre 1998, n. 11112 in *Fam. dir.*, 1999, 2, p. 121 ss., con commento di E. Ravot, *Stato di abbandono e anomalie della personalità dei genitori*.

perciò “l’evoluzione in positivo del carattere della madre tossicodipendente, che abbia manifestato la seria volontà di riavere con sé il figlio, affidandosi anche al sostegno del consultorio, nonché la presenza dei nonni materni, quali figure coinvolte nel vissuto del bambino e idonee a garantirgli un ambiente sereno ed equilibrato per la sua crescita, escludono la configurabilità di uno stato di abbandono del minore e la conseguente dichiarazione di adottabilità”; la Corte non ha, dunque, deciso il caso guardando solo al passato, durante il quale si sono verificate situazioni che avrebbero potuto integrare lo stato di abbandono, ma anche al presente e al futuro, considerando la seria volontà della madre di liberarsi dalla dipendenza per poter crescere il proprio bambino, con il quale ha sempre voluto mantenere i rapporti, anche quando a causa dell’abuso di droga da parte dei genitori questo era stato affidato ad un istituto⁷⁴.

Una più articolata presa di posizione circa la possibilità di decretare lo stato di abbandono, anche laddove i bambini convivono con i genitori di sangue, si è avuta in situazioni in cui questi ultimi si macchiano di condotta violenta nei confronti dei propri figli, ricomprendendo maltrattamenti e violenza fisica, sessuale e psichica.

Lo stato di abbandono, infatti, sussiste non solo laddove i genitori biologici rifiutino di occuparsi del figlio, ma anche in presenza di un comportamento commissivo “incompatibile con l’esercizio del diritto-dovere imposto dall’art. 147 cod. civ. di mantenere, istruire ed educare la prole”⁷⁵. In questa prospettiva, i giudici non hanno esitato a dichiarare l’adottabilità del minore che subiva continui atti di violenza e maltrattamenti da parte dei genitori, fino a vivere in condizioni di costante terrore e odio, perché situazione in contrasto con il diritto del figlio ad una crescita serena⁷⁶; ma, per converso, è stata riconosciuta l’esistenza di uno stato di abbandono del minore anche in presenza di quei “comportamenti commissivi [che] ne compromettono in modo grave ed irreversibile lo sviluppo e l’equilibrio psichico”, cioè

⁷⁴ C.D. Fioravanti, *op. cit.*

⁷⁵ App. Milano, 18 febbraio 1997, in *Fam. dir.*, 1997, 4, p. 328 ss.

⁷⁶ S. Giuliano, *Stato di abbandono: requisiti e presupposti, nota a Corte di Appello di Milano, 18 febbraio 1997*, in *Fam. dir.*, 1997, 4, p. 328 ss.

in presenza di cure eccessive da parte del genitore nei confronti del figlio tali da condizionare la sua salute e tranquillità mentale⁷⁷.

La giurisprudenza è giunta a riconoscere l'adozione come *extrema ratio*, come ultima risorsa quando la situazione di pregiudizio e disagio che si trova a vivere il minore è irrecuperabile, in accordo con una rivalutazione del diritto del minore di crescere nella propria famiglia di origine, tenendo conto non solo di quelle che sono le possibilità e le capacità dei genitori, ma anche dell'intera cerchia di parenti, senza tralasciare i possibili interventi pubblici a sostegno delle famiglie in difficoltà né le ipotesi di un mutamento nel comportamento dei genitori tale da giustificare la revoca dello stato di adottabilità⁷⁸.

Questo cambiamento deve, tuttavia, essere serio e concreto, non può la decisione del giudice di revocare o non pronunciare l'adottabilità basarsi esclusivamente sulla dichiarata volontà dei genitori di cambiare senza che queste parole siano poi accompagnate da atti e comportamenti in questa direzione: per quanto l'adozione e, quindi, l'allontanamento del minore dalla famiglia di origine sia considerato come rimedio estremo, laddove la permanenza in famiglia dovesse pregiudicare il normale sviluppo psico-fisico del bambino il giudice, nel rispetto dei diritti riconosciuti al minore che devono prevalere sui diritti/doveri dei genitori, non potrà decidere diversamente⁷⁹.

Il legislatore ha recepito appieno, più di quanto era già stato fatto nel 1983, questo orientamento nella legge n. 149/2001.

⁷⁷ Cass., 24 ottobre 1995, n. 11054, in *Fam. dir.*, 1996, 1, p. 14 ss., con commento di W. Riedweg, *Lo stato di abbandono può essere determinato da un eccesso di cure?*

⁷⁸ Cass., 23 febbraio 1999, n. 1550, in *Fam. dir.*, 1999, 3, p. 245 ss., con commento di S. Giuliano, *La sopravvenuta "seria volontà" del genitore di occuparsi del minore esclude lo stato di abbandono*; Cass., 21 settembre 2000, n. 12491, in *Fam. dir.*, 2001, 1, p. 45 ss.

⁷⁹ Cass., 17 luglio 2009, n. 16795, in *Fam. dir.* 2009, 11, p. 997 ss., con commento di F. Astiggiano, *Stato di abbandono di un minore e ruolo dei parenti: quando il concetto di famiglia si amplia*; Cass., 26 marzo 2012, n. 4855, in *Fam. dir.*, 2013, 2, p. 168 ss.; Cass., 28 febbraio 2013, n. 5013, in *Fam. dir.*, 2013, 7, p. 673 ss.; Cass., 23 febbraio 2018, n. 4493, in *Giur. it.*, 2018, p. 533 ss., nella quale si legge che *"l'abbandono si configura come grave e irreversibile violazione degli obblighi dei genitori di educazione, mantenimento ed istruzione dei figli, ai sensi dell'art. 30 Cost. e art. 147 (art. 315 bis) c.c. Ma tale irreversibilità va correlata alle esigenze di armonico sviluppo dei minori, e dunque l'eventuale recupero della inadeguatezza genitoriale dovrebbe essere determinato, certo e ragionevolmente non lungo, dovendosi pertanto verificare la concreta possibilità di pregiudizio per il minore, causato dall'incertezza e dalla durata del percorso di eventuale recupero genitoriale"*, ricordando che *"una mera espressione di volontà dei genitori, una speranza di recupero delle capacità genitoriali non è idonea al superamento dell'abbandono"*.

La Cassazione ha poi fatto un ulteriore passo nella tutela dei diritti del minore, anche se si tratta di un caso isolato: con sentenza 7 giugno 2000, n. 7713 è arrivata a qualificare i danni subiti dal bambino nei confronti del quale i genitori hanno mostrato un generale disinteresse, tale da integrare lo stato di abbandono, come danno esistenziale e, quindi, risarcibile – secondo le qualificazioni allora vigenti – come tale ai sensi dell'art. 2043 c.c., poiché si è ostacolata la realizzazione dell'individuo garantita dagli artt. 2 e ss. Cost⁸⁰.

Nell'attuale panorama, sulla scia dell'orientamento giurisprudenziale affermatosi e confermato dal legislatore, accanto ad una riduzione delle ipotesi in cui è accertata l'inesistenza o l'incapacità permanente dei genitori biologici di adempiere i propri obblighi nei confronti dei figli, tali da giustificare lo stato di adottabilità e la fuoriuscita del bambino dalla propria famiglia di origine, si assiste ad un aumento dei casi nei quali è riconosciuta l'esistenza di una situazione intermedia e ibrida.

In questi casi i genitori hanno capacità educative limitate a causa di disturbi mentali, immaturità sociale o culturale, condizioni di tossicodipendenza in cui si susseguono tentativi di disintossicazione, oppure le loro capacità sono altalenanti, per cui non sono in grado di assicurare la stabilità e la continuità necessarie per il sano sviluppo del minore: in tali circostanze di inadeguatezza, ma non incapacità dei genitori, la dichiarazione di adottabilità sarebbe una conseguenza eccessiva, benché lasciare il minore nella famiglia biologica possa essere pericoloso.

La giurisprudenza minorile ha coniato l'espressione 'semiabbandono permanente' con la quale "si fa riferimento alle situazioni nelle quali la famiglia del minore è più o meno insufficiente rispetto ai suoi bisogni, ma ha un ruolo attivo e positivo, che non è opportuno venga cancellato totalmente. Nello stesso tempo, non vi è alcuna ragionevole possibilità di prevedere un miglioramento delle capacità della famiglia, tale da renderla idonea a svolgere il suo compito educativo in modo sufficiente, magari con un aiuto esterno curato dai servizi sociali. Queste situazioni di carenza della famiglia solo parziale, ma permanente, non sono contemplate dalla legge"⁸¹.

⁸⁰ F. Piccaluga, *Famiglia, malattia abbandono e responsabilità civile*, in *Fam. dir.*, 2003, 2, p. 198 ss.

⁸¹ Trib. min. Bari, 7 maggio 2008, in *Fam. dir.*, 2009, 4, p. 393 ss.

In presenza di tali condizioni è necessario assicurare al minore forme di assistenza intermedie, garantendogli l'uscita dalla propria famiglia di origine senza però rompere definitivamente i rapporti e i legami con questa. Il Tribunale dovrà, con la collaborazione dei servizi sociali, prima di tutto individuare le misure di sostegno per aiutare la famiglia a superare queste difficoltà e garantire al minore la vita con i propri genitori biologici e, solo nel caso in cui queste non siano sufficienti o non dovessero rispondere all'interesse del minore, potrà essere disposto il suo allontanamento senza, laddove possibile, interrompere definitivamente i rapporti con la famiglia di origine.

Una risposta a questa esigenza è rappresentata dall'adozione mite, la cui esistenza è stata riconosciuta, nonostante un primo periodo di negazione⁸², anche dalla Cassazione con ordinanza 13 febbraio 2020 n. 3643, in attuazione del diritto al rispetto della vita familiare contenuto nell'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo⁸³.

Nel 2021 con l'ordinanza n. 1476 la Suprema Corte ribadisce la propria posizione: "in tema di adozione, il prioritario diritto fondamentale del figlio di vivere, nei limiti del possibile, con i suoi genitori e di essere allevato nell'ambito della propria famiglia, sancito dalla L. n. 184 del 1983, art. 1, impone particolare rigore nella valutazione dello stato di adottabilità, ai fini del perseguimento del suo superiore interesse, potendo quel diritto essere limitato solo ove si configuri un endemico e radicale stato di abbandono, la cui dichiarazione va reputata - alla stregua della giurisprudenza costituzionale, della Corte Europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia - come '*extrema ratio*' a causa dell'irreversibile incapacità dei genitori di allevarlo e curarlo per loro totale inadeguatezza"⁸⁴; l'adozione che ha come conseguenza inevitabile la recisione dei legami tra il minore e la famiglia di origine può essere disposta solo in casi eccezionali, è una soluzione che ha carattere residuale, poiché è applicabile solo laddove non si può far validamente ricorso a strumenti alternativi.

⁸² Cass., 27 settembre 2013, n. 22292, in *Guida dir.*, 2013, 46, p. 34 ss.

⁸³ A. Thiene, *Semiabbandono, adozione mite, identità del minore. I legami familiari narrati con lessico europeo*, in *Fam. dir.*, 2020, 11, p. 1067 ss.

⁸⁴ Cass., 25 gennaio 2021, n. 1476, su *cortedicassazione.it*

L'Italia è stata più volte richiamata⁸⁵ proprio perché, pur riconoscendo il diritto del minore ad essere educato nella propria famiglia nell'art.1 della legge 184/1983, e quindi l'adozione come ultima risorsa, non assicura l'adempimento effettivo dell'obbligo di sostenere le famiglie in difficoltà⁸⁶ nel rispetto della vita familiare sancito dall'art. 8 della Convenzione, né conosce forme di adozione diverse da quella piena, in cui si ha la rottura dei legami tra l'adottato e i genitori biologici.

A causa della perdurante inerzia del legislatore (già nel 2005 erano state presentate due proposte di legge per una modifica della disciplina in materia di adozione che dedicavano ampio spazio al semiabbandono, all'adozione mite e aperta, ma il tutto è decaduto per fine della legislatura) è ricaduto sui giudici (in particolare il Tribunale per i minorenni di Bari a partire dal 2003) il compito di trovare una soluzione per tutte quelle situazioni in cui non si può dichiarare lo stato di abbandono del minore nonostante le rilevanti difficoltà della famiglia di origine.

L'istituto dell'adozione mite trova il suo fondamento in una interpretazione estensiva dell'art. 44, lett. d) della legge n.184/1983⁸⁷: il Tribunale di Bari nel 2008 recupera quell'orientamento che ritiene dichiarabile l'adozione in casi particolari ex art. 44 lett. d), anche quando non ricorra una situazione di abbandono, in armonia con il primo comma dello stesso articolo, sottolineando che per l'applicazione dell'art. 44 lett. d) "è necessario che per il minore vi deve essere un livello di abbandono da parte dei genitori certamente grave, ma non tanto grave da comportare la sua dichiarazione di adottabilità".

I giudici pugliesi mettono a confronto le due tipologie di adozione, quella legittimante e quella non legittimante, raffigurandosele come due cerchi concentrici e raggruppando in quello più piccolo i casi in cui viene dichiarato l'abbandono del minore e può, dunque, essere dichiarata l'adozione piena, lasciando poi nel cerchio

⁸⁵ Corte Edu 21 gennaio 2014, ric. 33773/11, *Zhou c. Italia*, su *giustizia.it*; Corte Edu 13 ottobre 2015, ric. 52557/14, *S.H. c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1, p. 683 ss.

⁸⁶ L'obbligo per lo Stato, le regioni e gli enti locali di intervenire a sostegno delle famiglie in difficoltà stabilito dall'art. 1 della legge sull'adozione è comunque limitato a quelle che sono le risorse disponibili di questi enti, spesso insufficienti.

⁸⁷ L. Lenti, *L'adozione*, in *Tratt. dir. fam. Le riforme*, a cura di P. Zatti, II, Milano, 2019, p. 387 ss. Questa previsione, tra le ipotesi di adozione in casi particolari, era stata elaborata dal legislatore come norma di chiusura del sistema per offrire una soluzione a tutti quei casi, che si ritenevano rari, che non potevano essere regolati dalla disciplina ordinaria per una constatata impossibilità di affidamento preadottivo, ma che nella realtà del tempo sono invece divenuti i più frequenti.

più grande “quelle zone grigie dell’abbandono”, quando cioè non si rinviene l’esistenza di un vero e proprio abbandono in senso pieno ma è più opportuno parlare di “semiabbandono permanente”.

Costante e consolidata giurisprudenza individua nella dichiarazione di adottabilità l’*extrema ratio*, da pronunciarsi soltanto quando non è possibile recuperare la situazione di abbandono esistente, non essendo sufficienti mere carenze materiali e/o affettive dei genitori a rappresentare un grave pregiudizio per il sano ed equilibrato sviluppo della personalità del minore.

Il tribunale barese ha quindi qualificato l’adozione mite, in cui l’aggettivo ‘mite’ implica necessariamente una collaborazione e la ricerca di un punto di equilibrio tra tutte le parti coinvolte, servizi sociali, tribunale, famiglia di origine, adottiva e minore, come una tipologia di adozione in casi particolari in cui è possibile il mantenimento dei rapporti tra il bambino e la famiglia d’origine anche se il minore è collocato presso un’altra famiglia, alla quale si richiede, a differenza di quanto avviene nelle altre ipotesi di adozione, una certa flessibilità e disponibilità a diverse forme di accoglienza in base a come evolve il rapporto tra il minore e la propria famiglia di origine: potrà essere infatti disposto il ritorno del minore dai propri genitori biologici, ma anche l’adozione piena⁸⁸.

La costruzione di questo istituto in questi termini ha suscitato non poche perplessità in dottrina, la quale si interroga sulle conseguenze che potrebbero derivare al minore e alla sua identità personale in presenza di due diversi nuclei familiari, e quindi due modelli educativi, a cui fare riferimento che potrebbero anche essere in contrasto tra di loro, finendo dunque per sacrificare l’interesse del minore e il suo diritto ad un sano sviluppo psico-fisico posto a fondamento della disciplina⁸⁹.

Il nuovo modello elaborato dal tribunale pugliese è stato poi condiviso da una parte della giurisprudenza sempre crescente⁹⁰ e ha portato anche a nuove riflessioni sul modello di adozione privilegiato dal legislatore, quello legittimante, ritenuto non

⁸⁸ F.F. Franco, *Adozione mite: una “scorciatoia” giuridica o un istituto di nuovo conio?* in *Il Civilista*, 2010, VI; A. Finessi, *Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell’intervento statale e best interest of the child*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 6, p. 1343 ss.

⁸⁹ 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, 3, p. 115 ss.

⁹⁰ Da ultimo Cass., 22 novembre 2021, n. 35840, su italgiure.giustizia.it.

più rispondente al nuovo panorama di affetti e legami familiari e quindi inidoneo a tutelare i diritti dei minori, se non nei casi più gravi, mentre da più parti si invoca una modifica legislativa che disciplini in modo puntuale gli istituti alternativi già in uso dalla giurisprudenza, non solo per colmare il vuoto normativo ma soprattutto per limitare la discrezionalità del giudice⁹¹.

⁹¹ A. Thiene, *op. cit.*; C. Maggia, *op. cit.*; S. Caffarena, *L'adozione "mite" e il "semiabbandono": problemi e prospettive*, in *Fam. dir.*, 2009, 4, p. 389 ss.

3. La legge 4 maggio 1983 n. 184

La legge n. 184/1983 riforma la disciplina dell'adozione italiana recependo i principi enunciati nella Convenzione di Strasburgo del 1967 per l'adozione dei minori e per la tutela della vita familiare.

Il legislatore italiano, sin dal primo articolo, manifesta la sua volontà di attribuire all'istituto la qualifica di rimedio utilizzabile solo quando non è possibile assicurare altrimenti al minore un ambiente sano e idoneo in cui crescere, e tale intento permea l'intero testo: l'art. 1 afferma che *"il minore ha diritto di essere educato nell'ambito della propria famiglia"* e successivamente, prima di disciplinare l'adozione, è introdotto l'istituto dell'affidamento. L'affidamento, infatti, esclude che il minore sia definitivamente strappato dalla sua famiglia di origine, elemento invece proprio dell'adozione, ma è funzionale ad offrire un sostegno a famiglie temporaneamente in difficoltà: *"la situazione che giustifica l'affidamento eterofamiliare (a norma degli artt. 2 ss. della legge n. 1849 del 1983, come sostituiti dai corrispondenti articoli della legge n. 149 del 2001) e quella che conduce alla pronuncia di adottabilità si differenziano in quanto la mancanza di 'un ambiente familiare idoneo' è considerata, nel primo caso, temporanea e superabile con il detto affidamento, mentre, nel secondo caso, si ritiene che essa sia insuperabile e che non vi si possa ovviare se non per il tramite della dichiarazione di adottabilità"*⁹².

Un antecedente di questo strumento può essere individuato nel regio decreto n. 718/1926 che negli articoli 176 e 177, in riferimento ai minori di dodici anni abbandonati, prevedeva la possibilità di collocarli *"presso famiglie, possibilmente abitanti in campagna, che offrano serie garanzie di onestà, laboriosità, attitudini educative e amorevolezza verso i bambini e dispongano inoltre di un'abitazione conveniente e di mezzi economici sufficienti per provvedere al mantenimento dei fanciulli ricevuti in consegna"*. La famiglia accogliente avrebbe dovuto trattare questo bambino come proprio, pur non potendo giuridicamente qualificarlo come tale, e assicurarsi che frequentasse la scuola e avviarlo ad un mestiere⁹³.

⁹² Cass., 9 giugno 2005, n. 12168, in *Fam. dir.*, 2006, 3, p. 269 ss.

⁹³ A. e M. Finocchiaro, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, Milano, 1983 p. 49 ss.

L'affidamento disciplinato nella legge del 1983 viene inserito per far fronte a situazioni nelle quali non è possibile dichiarare lo stato di abbandono del minore, ma è opportuno allontanarlo temporaneamente dalla sua famiglia di origine per la sussistenza di particolari situazioni di difficoltà o impossibilità temporanea di garantirgli le cure dovute, nell'attesa che i genitori possano recuperare appieno le proprie capacità genitoriali.

È regolato negli articoli da 2 a 5 della legge, preoccupandosi il legislatore di definire le ipotesi, la durata e le modalità attraverso le quali si realizza l'affidamento, oltre alle conseguenze derivanti da questa situazione per il minore coinvolto, per la famiglia di appartenenza e per quella affidataria.

Ai sensi dell'art. 2 il minore di qualsiasi età, privo solo temporaneamente *“di un ambiente familiare idoneo può essere affidato ad un'altra famiglia, possibilmente con figli minori, o ad una persona singola, o ad una comunità di tipo familiare, al fine di assicurargli il mantenimento, l'educazione e l'istruzione”*; l'elenco dei soggetti presso i quali il minore può essere collocato esprime un ordine decrescente di preferenze⁹⁴, ma i giudici non hanno mancato di ribadire che, tenuto conto dello scopo dell'istituto, cioè quello di assicurare al minore che ne è temporaneamente privo un ambiente familiare idoneo, *“non può escludersi che in casi particolari, a seconda delle circostanze e delle peculiarità denotate dal minore, l'ambito più idoneo possa non essere costituito da un modello di comunità familiare completa - nella quale cioè coesistono sia la figura paterna sia quella materna sia quella dei fratelli”*⁹⁵.

La giurisprudenza ha poi riconosciuto la possibilità di affidare minori provenienti da famiglie in temporanea difficoltà anche a coppie omosessuali, riscontrando anche in questo caso l'esistenza di una vita familiare, già prima della legge n. 76/2016.

In particolare, il Tribunale per i Minorenni dell'Emilia-Romagna in un proprio decreto del 31 ottobre 2013 sottolinea i diversi presupposti e la diversa disciplina dettati dal legislatore per l'adozione e l'affidamento, concentrandosi proprio sui soggetti che possono accedere a questi istituti, perciò *“se deve escludersi il diritto di adottare in capo a soggetti adulti non costituenti una famiglia in senso giuridico, in*

⁹⁴ A. e M. Finocchiaro, *op. cit.*, p. 22.

⁹⁵ Trib. min. Bologna, 31 ottobre 2013, in *Fam. dir.*, 2014, 3, p. 237 ss.

materia di affido non possono, invece, essere esclusi dal novero dei potenziali affidatari i singoli individui e quindi, in base ad un necessario passaggio logico-giuridico, anche le coppie di fatto (cioè composte da due singoli individui alla cui unione il Legislatore non connette la produttività di effetti giuridici) come quelle di consanguinei ovvero dello stesso sesso, legate da qualunque tipo di rapporto, purché, qualora entrambi siano incaricati dell'affido, stabile e con caratteristiche tali da apparire idonee ad assicurare al minore il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui ha bisogno; a riprova di ciò vale l'argomento per cui, formalmente, la legge non vieterebbe l'affido ad un singolo individuo che fosse componente di una coppia non riconoscibile come famiglia, non rilevando in tale caso la sussistenza e le caratteristiche di tale unione"; da qui l'impossibilità per i giudici bolognesi di individuare nel fatto che i componenti della coppia abbiano lo stesso sesso un ostacolo all'affidamento del minore presso di loro, sottolineando, inoltre, che "come rilevato dalla recente giurisprudenza di legittimità, in assenza di certezze scientifiche o dati di esperienza, costituisce mero pregiudizio la convinzione che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale".

Il legislatore non indica esplicitamente quali siano le circostanze che rendono un ambiente familiare temporaneamente inadatto, ma sarà compito dei servizi sociali indagare la situazione e procedere con apposita segnalazione al giudice tutelare che provvederà a disporre l'affidamento con proprio decreto.

A seconda della gravità della situazione, nel rispetto del principio della gradualità dell'intervento statale, il giudice potrà disporre l'affidamento a terzi mantenendo la collocazione del minore presso i genitori (che vedranno in parte ridotta la propria potestà), attribuendo in questi casi ai servizi sociali il compito di sostenerli nel loro percorso di recupero della capacità genitoriali, o potrà decidere di affidare e collocare il bambino presso altri⁹⁶.

⁹⁶ Trib. Mantova, 7 maggio 2015; Trib. Milano, 16 giugno 2015, con commento di A. Arceri, *L'affidamento dei figli a terzi nella recente giurisprudenza di merito*. in *Fam. dir.*, 2016, 4, p. 387 ss. La Cassazione (4 novembre 2019, n. 28257, su cortedicassazione.it) ha di recente affermato che l'affidamento intra-familiare è, se praticabile, da preferire all'etero-affidamento perché evita al minore "insieme al trauma conseguente all'allontanamento dei genitori, quello di vedersi privato del contesto familiare in cui è cresciuto".

È fondamentale la presenza dei servizi sociali perché saranno proprio loro a dover verificare che sia attuato quanto stabilito dal giudice e a dover individuare le modalità di intervento più idonee, considerando la situazione di partenza e la sua evoluzione nel tempo, quindi l'impegno e i risultati raggiunti dai genitori biologi nel loro percorso di recupero. Nello svolgimento del compito loro assegnato i servizi sociali dovranno verificare lo stato in cui si trova a crescere il minore e se la situazione di difficoltà che vive la famiglia, che può avere varia natura, economica, sociale, affettiva, sia tale da giustificare l'affidamento; devono esaminare il caso in modo oggettivo, rapportando la situazione che sussiste in quella specifica famiglia con le conseguenze che questa potrebbe avere sulla crescita di quel particolare minore, perciò sarà necessario giungere ad una conoscenza approfondita del caso e delle persone coinvolte: devono essere ascoltati i genitori o il tutore (che devono prestare il loro consenso all'affidamento o, in mancanza di questo, interverrà il tribunale per i minorenni ai sensi degli artt. 330 e seguenti c.c.) e deve essere ascoltato anche il minore che ha già compiuto dodici anni.

Dovrà essere svolta anche un'attenta analisi e formazione delle diverse famiglie che si dichiarano disponibili ad accogliere temporaneamente un minore, dal momento che queste dovranno essere consapevoli del ruolo delicato che sono chiamate a svolgere e dell'intreccio di relazioni e affetti che verrà a svilupparsi. Sarà compito dei servizi sociali individuare la famiglia affidataria più rispondente al minore coinvolto e anche questa famiglia sarà in costante contatto con i servizi sociali, dovendo affrontare i bisogni e le paure del minore accolto, ma anche importanti stravolgimenti nella vita di tutti i giorni.

Sulla base di questa attività istruttoria, il provvedimento dovrà indicare quali sono i motivi che giustificano il temporaneo allontanamento del minore dalla sua famiglia di origine, ma anche il percorso che questa è chiamata a seguire, individuando le diverse misure di sostegno predisposte dai servizi sociali per permettere il superamento di questo particolare momento. Il progetto dovrà essere molto puntuale ma anche flessibile, poiché dovrà tener conto degli sviluppi, positivi o negativi che interverranno: l'affidamento e il sostegno offerto rappresentano sicuramente un importante strumento per superare una momentanea difficoltà, ma i genitori biologici non sono obbligati a seguire il programma elaborato dai servizi

sociali e confermato dal giudice, anche se questo rifiuto potrebbe portare ad un aggravamento della situazione a danno del bambino e della stessa unità familiare, ed essere quindi indice di un futuro stato di abbandono; potrebbe anche capitare che la famiglia, pur impegnandosi, non riesca ad evolvere e, anche a distanza di tempo, risulti impossibile predisporre il ritorno in sicurezza del minore, dando così vita ad affidamenti a lungo termine che superano, nell'interesse del minore, i limiti imposti dalla legge.

Il provvedimento dovrà, inoltre, indicare le modalità attraverso le quali possono continuare i contatti tra il minore e la famiglia di origine anzi, ai sensi dell'art. 5 della legge sull'adozione, sorge in capo allo stesso affidatario l'obbligo di agevolare i rapporti tra il bambino e i suoi familiari laddove questo sia possibile e conveniente per il minore; deve essere indicata la durata del periodo di affidamento, comunicazione che non può essere certa, ma solo presumibile poiché non è possibile stabilire a priori il tempo necessario per superare una situazione di difficoltà, anche se con la riforma del 2001 è stato fissato il termine massimo in 24 mesi, limite che è comunque prorogabile nell'interesse del minore.

La Cassazione⁹⁷, inoltre, in tempi recenti è intervenuta per porre un limite al potere del giudice di dettare ai genitori biologici i percorsi da seguire, stabilendo in particolare che “la prescrizione ai genitori di sottoporsi ad un percorso psicoterapeutico individuale e a un percorso di sostegno alla genitorialità da seguire insieme è lesiva del diritto alla libertà personale costituzionalmente garantito e alla disposizione che vieta l'imposizione, se non nei casi previsti dalla legge, di trattamenti sanitari. Tale prescrizione, pur volendo ritenere che non imponga un vero obbligo a carico delle parti, comunque le condiziona ad effettuare un percorso psicoterapeutico individuale e di coppia confliggendo così con l'art. 32 Cost. [...] Mentre infatti la previsione del mandato conferito al Servizio sociale resta collegata alla possibilità di adottare e modificare i provvedimenti che concernono il minore, la prescrizione di un percorso terapeutico ai genitori è connotata da una finalità estranea al giudizio quale quella di realizzare una maturazione personale dei genitori che non può che rimanere affidata al loro diritto di auto-determinazione”.

⁹⁷ Cass, 1° luglio 2015, n. 13506, in *Fam. dir.*, 2016, 6, p. 554 ss.

La decisione ha, tuttavia, trovato l'opposizione di parte della dottrina che si preoccupa del "fattore tempo", soprattutto nei procedimenti che riguardano la famiglia e coinvolgo minori, poiché c'è il rischio di prolungare i tempi necessari per la risoluzione della criticità che può avere conseguenze negative per l'equilibrato sviluppo del minore⁹⁸; anche parte della giurisprudenza ha espresso opinioni contrarie affermando che "con il rispetto del principio di autodeterminazione, immanente all'esercizio, in positivo o in negativo, di ogni diritto fondamentale di libertà, appare invece pienamente compatibile una prescrizione che si limiti ad un mera esortazione, sotto forma di invito, sprovvista di indole cogente, poiché il meccanismo di condizionamento indiretto suscettibile di derivarne si traduce in un sacrificio bilanciato dal perseguimento del superiore interesse del minore che deve orientare ogni decisione giurisdizionale che lo riguardi. [...] Occorre a tale riguardo muovere dal rilievo che non è condivisibile, apparendo del tutto apodittico, l'assunto secondo il quale le misure di sostegno alla genitorialità sarebbero estranee alle finalità dei giudizi di risoluzione della crisi familiare, perseguendo viceversa lo scopo di ottenere una maturazione personale delle parti. Quel che un tale aprioristico enunciato non coglie è che, sia pur nel rispetto della dimensione inalienabile dell'altrui diritto di autodeterminazione - che governa il modo di essere di ogni libertà individuale - la cooperazione spontanea richiesta al genitore nel prestarsi alle misure di sostegno alla genitorialità contemplate dal Tribunale si inquadra pur sempre in un intervento primariamente finalizzato a normalizzare la libera esplicazione delle relazioni genitoriali con la prole, in modo da ricondurle entro la sfera di un loro fisiologico dipanarsi onde favorire l'equilibrato sviluppo psico-fisico del minore"⁹⁹.

Finalità propria dell'affidamento è quella di assicurare al minore, in ogni tempo, un sano sviluppo, rispettando il suo diritto di crescere nella propria famiglia: la collocazione presso la famiglia affidataria ha, infatti, carattere temporaneo e non è prevista la cessazione dei rapporti tra il bambino e la famiglia di origine.

Una volta superata la causa determinante sarà disposta la cessazione dell'allontanamento.

⁹⁸ F. Danovi, *L'ordine di effettuare terapie e percorsi di sostegno: i poteri del giudice travalicano davvero la libertà delle parti? Commento a Cass. n. 13506/2015*, in *Fam. dir.*, 2016, 6, p. 556 ss.

⁹⁹ Trib. Lucca, 18 marzo 2020, in *Fam. dir.*, 2020, 6, p. 597 ss.

Può, tuttavia, essere complesso, sia per i servizi sociali che per il giudice, stabilire se si tratta di una difficoltà solo temporanea o permanente, se vi è possibilità di recuperare la situazione e formulare una prognosi circa il tempo necessario o se questo risultato è irrealizzabile.

Ciò può comportare incertezza e instabilità per il minore che prima sarà posto in affidamento che potrà essere prolungato *sine die*, potrà poi vedersi assegnato presso diverse famiglie affidatarie, o addirittura potrà essere dichiarato lo stato di abbandono e quindi la sua adottabilità. Sono procedimenti che possono richiedere anche molto tempo prima di giungere a conclusione definitiva e che possono incidere negativamente sulla crescita del bambino ma, allo stesso tempo, dichiarare in modo affrettato lo stato di adottabilità vorrebbe dire escludere qualsiasi possibilità di superamento delle difficoltà e sacrificare il diritto del minore a crescere nella propria famiglia: “ne emerge tutta la delicatezza dei poteri riconosciuti ai servizi sociali e al giudice nel valutare la situazione familiare del minore”¹⁰⁰ e anche la necessità oramai impellente di ripensare ad una riforma del sistema elaborato dal nostro legislatore.

Proprio in queste situazioni, infatti, si evidenziano i punti critici della rigidità dell'adozione legittimante, il tutto a danno di un sano sviluppo del minore che potrebbe invece trovare stabilità e serenità attraverso l'adozione mite.

A seconda dei casi, quindi, in seguito all'affidamento non si avrà il rientro del minore nella sua famiglia di origine, ma si potrà aprire un procedimento di adozione. In tali circostanze l'art. 4, comma 5 *bis* della legge n. 184/1983, introdotto dalla legge n. 173/2015, prevede che la stessa famiglia affidataria, qualora risponda ai requisiti richiesti dalla legge, possa chiedere di poterlo adottare; il tribunale per i minorenni dovrà tener conto del rapporto stabile e dei legami affettivi che si sono sviluppati tra il bambino e la famiglia accogliente, soprattutto se il periodo di affidamento è stato prolungato, dovendo preferire questa ad altre famiglie ugualmente idonee all'adozione se ciò risponde all'interesse del minore.

Non vi è automatismo, ma si introduce un canale preferenziale per la famiglia già affidataria, dovendo il giudice basare la propria decisione sempre sul preminente interesse del minore.

¹⁰⁰ G. Ferrando, *op. cit.*, p. 351.

Già l'anno successivo all'entrata in vigore di questa legge era, però, stato sottolineato un importante limite di questa disciplina (in parte emerso già nella discussione parlamentare che aveva preceduto l'approvazione della legge n. 173/2015) relativo alla differenza di presupposti tra affidamento e adozione; il primo, infatti, può essere disposto a favore di coppie sposate, conviventi, omosessuali e anche nei confronti di persone singole, mentre l'art. 6 della legge n. 184/1983 riserva l'adozione alle sole coppie coniugate: un solido legame affettivo conseguente l'affidamento può sorgere anche se la 'famiglia' affidataria non è costituita da coniugi e, se l'obiettivo della legge del 2015 è quello di tutelare questo legame, "risulta irragionevole consentire la conversione dell'affidamento in adozione soltanto quando gli affidatari possiedano i requisiti indicati dall'art. 6 L. adoz., ossia siano coniugati da almeno tre anni"¹⁰¹, poiché in tutti gli altri casi si avrà la rottura di questo importante rapporto e il minore si troverà a vivere un altro traumatico distacco.

Nel 2016 veniva, dunque, presentato un progetto di legge nel quale si richiedeva di attribuire, in ogni caso e nell'interesse del minore, rilevanza all'affidamento, proprio in considerazione della portata limitata della riforma dell'anno precedente: "La famiglia affidataria può... fare domanda di adozione - prevedono i progetti di legge - solo se sussistono i requisiti previsti dall'art. 6 della l. n. 184 del 1983, ossia solo nel caso in cui si tratti di coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. E i bambini affidati a famiglie con coppie conviventi? E i bambini affidati a persone singole? Non stabiliscono anch'essi legami affettivi che meriterebbero di essere preservati? Come spiegare loro che, nel caso in cui siano stati affidati a una coppia sposata tutto andrà bene, forse resteranno con essa e non saranno costretti a ricominciare con altre famiglie, mentre nel caso in cui siano stati affidati a una coppia non coniugata o a una donna o a un uomo che vivono da soli non hanno garanzie per il futuro, i loro legami affettivi non valgono nulla e dovranno cominciare tutto di nuovo presso un'altra famiglia?"¹⁰². Anche se invocata da più parti, però, una simile riforma non è stata ancora introdotta quindi solo le coppie coniugate possono accedere all'adozione. Laddove la famiglia affidataria non dovesse, invece, possedere i requisiti per poter adottare, ma vi è stato un lungo periodo di affidamento

¹⁰¹ A. Morace Pinelli, *Per una riforma dell'adozione*, in *Fam. dir.*, 2016, 7, p. 719 ss.

¹⁰² Così l'On. Marzano nella relazione al progetto di legge L.C. 3019; cfr. A. Morace Pinelli, *op. cit.*

e il minore è ormai orfano di entrambi i genitori si potrà procedere all'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44, comma 1°, lett. a) a favore della stessa famiglia accogliente.

È, in ogni caso, espressamente riconosciuto il diritto degli affidatari di essere *“convocati, a pena di nullità, nei procedimenti civili in materia di responsabilità genitoriale, di affidamento e di adottabilità relativi al minore affidato ed hanno facoltà di presentare memorie nell'interesse del minore”* (art. 5, comma 1, legge n. 183/1984), ma la loro posizione processuale è limitata ed in contrasto con l'obiettivo dichiarato della legge del 2015 di valorizzare l'affidamento e i legami in questo sorti, poiché non sono considerati parti del giudizio né possono impugnare il provvedimento conclusivo.

La legge del 2015, anche se con limiti ed in modo contraddittorio, si propone di tutelare il diritto alla continuità affettiva dei legami sorti durante il periodo di affidamento tra minori e famiglia affidataria, ma nell'ottica del minore, solo se il mantenimento di questi rapporti risponde al preminente interesse del bambino, non contempla il diritto dell'affidatario/adottante ad avere figli.

Ancora una volta il legislatore riconosce il minore come titolare consapevole di diritti e relazioni che devono prevalere sugli interessi degli altri soggetti a lui collegati, in questo caso gli affidatari: la legge richiede che siano convocati nei procedimenti relativi al minore affidato, ma non impone alcun vincolo al giudice nel valutare la loro posizione e le loro parole, se non la valorizzazione del preminente interesse del minore¹⁰³.

Negli articoli successivi della legge n. 184/1983 il legislatore modifica e amplia la disciplina previgente dell'adozione, introducendo anche l'adozione internazionale e l'adozione in casi particolari. L'obiettivo è quello di assicurare sempre e comunque al minore di crescere in una famiglia in condizioni di serenità, regolando le diverse ipotesi che possono ora verificarsi e che prima erano sconosciute nel nostro ordinamento. Il testo, inoltre, distingue nettamente tra adozione dei minorenni e dei maggiorenni, estendendo la disciplina della prima ipotesi a tutti i minori, eliminando il limite previsto nella legge del 1967: la differenza non è più tra adozione speciale

¹⁰³ P. Morozzo Della Rocca, *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la L. n. 173/2015*, in *Fam. dir.*, 2017, 6, p. 602 ss.

per coloro che hanno meno di 8 anni, e adozione ordinaria per tutti gli altri, ma dipende dal superamento o meno della maggiore età.

L'adozione dei maggiorenni continua ad essere disciplinata secondo il modello codicistico dettato negli artt. 291 ss. c.c. ed è, per lo più, finalizzata a garantire a colui che è privo di figli una discendenza alla quale trasmettere il proprio patrimonio e il proprio nome, dal momento che l'adottato anteporrà il cognome dell'adottante al proprio: conserva quelli che sono i caratteri originari dell'istituto e la mancata previsione dell'obbligo di assistenza morale tra adottato e adottante sottolinea il suo carattere esclusivamente patrimoniale¹⁰⁴.

È necessario il consenso sia dell'adottante che dell'adottando, da prestarsi personalmente davanti il presidente del Tribunale, ma anche l'assenso dei genitori dell'adottando e dei coniugi di entrambe le parti poiché, pur non essendo direttamente coinvolti nel rapporto ne subiranno in parte gli effetti; è consentita a coloro che abbiano raggiunto i trentacinque anni di età e che abbiano una differenza di età di almeno diciotto anni con colui che intendono adottare¹⁰⁵. L'adozione produce i suoi effetti dal momento in cui interviene la sentenza del tribunale ordinario (fino a questo momento è sempre possibile revocare il consenso): l'adottato conserva tutti i diritti e i doveri verso la sua famiglia di origine ma, allo stesso tempo, assume i diritti successori di figlio nei confronti dell'adottante e sorge l'obbligo reciproco degli alimenti legali tra adottante e adottato; il rapporto sorge esclusivamente tra le due parti coinvolte e non si estende anche agli altri familiari o parenti. L'adozione è revocabile per indegnità dell'adottato o dell'adottante ai sensi dell'art. 305 c.c.

È l'istituto che si riferisce ai minori che viene rimodellato, tenendo conto dell'evoluzione sociale e dei nuovi problemi che nel frattempo si erano presentati.

In particolare, nel nostro ordinamento, mancava una disciplina circa l'adozione internazionale che si ha quando vi è diversa nazionalità tra adottanti e adottato. In origine era un fenomeno marginale, venuto poi a crescere poiché il

¹⁰⁴ A. Gatto, *La sopravvenienza di figli successivamente al passaggio in giudicato della sentenza di adozione di persona maggiorenne*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, 2, p. 969 ss.

¹⁰⁵ Vi è da tempo un orientamento giurisprudenziale, confermato da ultimo da Cass., 3 aprile 2020, n. 7667, in *Fam. dir.*, 2021, 4, p. 370 ss., che ammette deroghe a questa regola riconoscendo al giudice di poter, nel rispetto della *imitatio naturae*, ragionevolmente ridurre il divario minimo di età tenuto conto delle particolari circostanze del caso concreto.

numero di bambini italiani dichiarati adottabili era inferiore rispetto al numero di coppie che erano desiderose di adottare. È disciplinata per la prima volta negli articoli 29-43 della legge del 1983 e il principio ispiratore è quello dell'uguaglianza tra adozione nazionale e internazionale: nella finalità e nelle procedure non possono essere ammesse differenze se non quelle legate al fatto che il bambino da adottare proviene da un altro Paese, per cui deve essere predisposto il suo ingresso in Italia e il trapianto definitivo in una famiglia e in una cultura diversa, tenuto conto anche della disciplina del Paese di provenienza.

In origine era lasciato ampio spazio di iniziativa agli aspiranti adottanti, potendo loro recarsi direttamente presso altri Paesi e accordarsi mediante intermediari non qualificati o direttamente con la famiglia di origine, il tutto senza un'effettiva valutazione dell'interesse del minore. Spesso veniva preferita la famiglia adottiva che era disposta a pagare di più, realizzando quasi una compravendita di bambini. Maggiori tutele in questo campo sono state introdotte dalla Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, ratificata dal nostro Paese con la legge n. 476/1998 che ha modificato la disciplina contenuta nel testo del 1983: oggi l'intera procedura è soggetta al controllo e all'intervento dell'autorità pubblica, dovendo gli aspiranti adottanti rivolgersi ad enti autorizzati per dare avvio alla procedura che sarà poi definita con sentenza del tribunale per i minorenni¹⁰⁶.

L'adozione legittimante dei minori è disciplinata a partire dall'articolo 6 della legge ed è costruita su modello della regolamentazione introdotta nel 1967: nel momento in cui interviene la sentenza del Tribunale per i minorenni che dichiara l'adozione il minore acquista a tutti gli effetti lo stato di figlio dei genitori adottanti e stringe rapporti di parentela con i parenti di questi, mentre cessa ogni rapporto con la famiglia di origine. Questa nuova situazione risulterà anche dagli atti dello stato civile in cui dovrà essere riportato solo il nuovo cognome assunto dal minore, quello della famiglia adottante, mentre il precedente andrà perduto. L'adozione è irrevocabile.

¹⁰⁶ Cass., 2 settembre 1997, n. 8383, in *Fam. dir.*, 1998, 4, p. 358 ss.

Coerentemente con quanto già previsto in precedenza, l'art. 6 stabilisce che, in seguito ad apposita domanda presenta al Tribunale per i minorenni (art. 22), *“l'adozione è permessa ai coniugi uniti in matrimonio [...] e che siano idonei ad educare, istruire ed in grado di mantenere i minori che intendono adottare”*. La scelta di ammettere all'adozione solo coppie sposate è legata alla volontà di assicurare stabilità al minore, vista la stabilità stessa nei rapporti tra i coniugi, e risponde alla necessità di assicurare al minore una famiglia che possa riprodurre quello che, all'epoca, era lo stato normale delle cose, poiché si riteneva che solo attraverso l'interazione continua con la figura materna e paterna potesse svilupparsi appieno e in modo sano la personalità del minore¹⁰⁷.

Già negli anni immediatamente successivi l'entrata in vigore della riforma si è aperto il dibattito, non solo giurisprudenziale, sulla possibilità per i single di poter adottare: la disposizione dettata dal nostro legislatore disattende quanto previsto dall'art. 6 della Convenzione di Strasburgo che ammette anche l'adozione di minori da parte di una persona sola ma, come chiarito dalla Corte costituzionale, interpellata circa le legittimità costituzionale della disposizione¹⁰⁸, si tratta di una previsione che non trova immediata attuazione nel nostro ordinamento, dal momento che rientra sempre nella discrezionalità del legislatore interno prevedere una tale possibilità; in aggiunta, invece di rimettersi al Parlamento, si pronuncia a favore di questa ipotetica, futura previsione normativa. L'adozione da parte del singolo, infatti, non sarebbe in contrasto con il dettato costituzionale poiché, anche se l'art. 29 privilegia la famiglia fondata sul matrimonio, l'art. 30 prevede che sia lo Stato a dover intervenire laddove i genitori non siano in grado di assolvere i propri compiti, rimettendo alla discrezionalità del legislatore il compito di individuare gli strumenti più idonei¹⁰⁹.

Il dibattito ha interessato anche l'impossibilità di adottare per le famiglie di fatto, formate da conviventi *more uxorio*, fino a quando i giudici di legittimità, anche in questo caso, hanno precisato che non vi è incostituzionalità in una simile previsione, essendo tutto rimesso ad una scelta del legislatore ordinario¹¹⁰.

¹⁰⁷ A. e M. Finocchiaro, *op. cit.*, p. 72.

¹⁰⁸ Corte Cost., 16 maggio 1994, n. 183, con commento di M. Dogliotti, *La Consulta, l'adozione dei singoli e il futuro (eventuale) legislatore*, in *Fam. dir.*, 1994, 3, p. 245 ss.

¹⁰⁹ M. Dogliotti, *op. ult. cit.*

¹¹⁰ V. Carbone, *Adozione da un unico adottante: manca la norma*, in *Corr. giur.*, 1995, 9, p. 1059 ss.

La riforma modifica anche i limiti di età degli adottanti, che ora devono superare di almeno diciotto ma non più di quaranta l'età del minore: l'intento è quello di assicurare al bambino adottato di crescere con genitori che siano effettivamente in grado di occuparsi di lui e di accompagnarlo nella vita quanto più a lungo possibile, riproducendo quello che avviene nella famiglia di sangue¹¹¹. Tale limite, fissato in maniera così rigida, poteva dar vita a situazioni inique quando era superato di poco, magari da uno solo degli aspiranti adottanti, e comunque l'assegnazione presso quella famiglia rappresentava la soluzione più idonea per soddisfare l'interesse del minore. Il problema è stato risolto prima in via giurisprudenziale¹¹², interpretando in modo più elastico la disposizione, poi vi si è adeguato anche il legislatore con la riforma del 2001.

La Corte costituzionale, considerando esclusivamente il soddisfacimento del preminente interesse del minore, ha più volte ammesso eccezioni a questa regola, rimettendo ad attento apprezzamento del giudice la valutazione concreta, in ragione della sussistenza di "validi motivi per la realizzazione dell'unità familiare". È stata dunque riconosciuta, in parte, l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, secondo comma, dando all'interprete il potere di derogare ragionevolmente i limiti imposti. Nella stessa direzione ha continuato poi a muoversi la giurisprudenza, avendo in ogni caso riguardo e rispetto per il ruolo del legislatore e la sua discrezionalità nel fissare le regole, ma considerando anche il preminente interesse del minore e aprendo quindi, in presenza di particolari condizioni, ad eccezioni e deroghe¹¹³.

¹¹¹ In questo senso Corte Cost., 10 febbraio 1988, n. 183, in *Foro it.*, 1988, 1, p. 2802 ss.: *"La diminuzione del minimo da 20 a 18 e del massimo da 45 a 40 ha la funzione di offrire al minore genitori adottivi giovani, in modo che il modello della famiglia degli affetti sia non dissimile nel divario generazionale da quello della famiglia del sangue"*, non mancando, però, di osservare l'inopportunità del *"divario massimo di quarant'anni anziché di quarantacinque anni per i genitori adottivi"*, in quanto questo comporta *"l'effetto di escludere dalla domanda di adozione coppie ancora giovani e pienamente idonee al compito di procurare al minore un focolare stabile ed armonioso"*.

¹¹² Già Corte Cost., sent. n. 183/1988 cit. interveniva sulla questione dichiarando *"la illegittimità costituzionale dell'art. 79, primo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (<Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori>), nella parte in cui non consente l'estensione degli effetti dell'adozione legittimante nei confronti dei minori adottati con adozione ordinaria quando la differenza di età tra adottanti ed adottato superi i 40 anni"*.

¹¹³ Corte Cost., 18 luglio 1996, n. 303, in *Giust. civ.*, 1996, 1, p. 2177 ss., *"dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, secondo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori), nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre l'adozione, valutando esclusivamente l'interesse del minore, quando l'età di uno dei coniugi adottanti superi di oltre quaranta anni l'età dell'adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli, se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore"*; Corte Cost., 9 luglio

Proprio perché, in ogni caso, l'adozione deve rispondere al preminente interesse del minore, l'art. 7 della legge n. 183/1984 introduce, come elemento necessario per il perfezionamento della procedura, il consenso del minore che abbia già compiuto quattordici anni, l'obbligo di audizione del minore ultra-dodicenne e, negli altri casi, si dovrà procedere a valutare l'opportunità di ascoltare il bambino coinvolto in base al livello di maturità raggiunto. L'art. 25, primo comma, infatti stabilisce che il minore che ha superato il quattordicesimo anno di età deve dichiarare espressamente il consenso (che non può essere sottoposto a termine o condizione, a pena di nullità, ed è revocabile finché non interviene la sentenza di adozione) ad essere adottato dalla coppia individuata. Il minore potrà giungere ad una valutazione della coppia di coniugi prescelta, e quindi alla sua futura vita familiare, in seguito alla esperienza da lui vissuta durante il periodo di affidamento preadottivo della durata di un anno.

La riforma legislativa "intende attribuire alla personalità e alla volontà del minore un ruolo non indifferente" nei procedimenti che lo coinvolgono direttamente, per individuare in concreto gli interessi e i bisogni "che non possono non emergere soprattutto da un colloquio diretto con il soggetto interessato". In accordo con l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale si qualifica il minore come soggetto titolare di diritti soggettivi perfetti, autonomi e azionabili; non è più destinatario passivo di scelte prese da altri, ma risulta essere protagonista in prima persona¹¹⁴.

1999, n. 283, in *Fam. dir.*, 1999, 5, p. 427 ss.; Cass., 20 maggio 1997, n. 4470, in *Fam. dir.*, 1997, 4, p. 313 ss.; Cass., 9 giugno 1997, n. 5130, in *Fam. dir.*, 1998, 1, p. 47 ss.

¹¹⁴ Cass., 23 luglio 1997, n. 6899, con commento di B. Lena, in *Fam. dir.*, 1997, 6, p. 523 ss.

4. Le modifiche della legge 28 marzo 2001, n. 149

La legge n. 149/2001 rappresenta ad oggi, per la disciplina dell'adozione, l'ultima tappa di un percorso intrapreso dal legislatore nel 1967 sulla scia di una nuova attenzione nei confronti dell'infanzia e di un'evoluzione sociale e culturale che ha interessato la famiglia.

Sintomi di questo cambiamento si ravvisano già nelle Dichiarazioni internazionali ed europee adottate in seguito alla seconda guerra mondiale, nelle quali viene dato ampio spazio ai diritti dei minori all'interno della famiglia e alla tutela dell'infanzia: a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo dell'Assemblea delle Nazioni Unite del 1948, alla quale fa seguito la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959, fino alla Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo approvata a New York nel 1989. L'art. 24 della Carta di Nizza, firmata nel 2000, enuncia i diritti dei bambini affermando che *“i minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere”*, dove per benessere non si intende solo la salute psico-fisica, ma rimanda ad una concezione più ampia che ricomprende anche le condizioni di vita sociale, economiche e morali, imponendo agli Stati precisi obblighi, sia positivi che negativi per la sua promozione; prosegue riconoscendo il diritto del bambino di esprimere liberamente la propria opinione che, nelle questioni che lo riguardano, deve essere ascoltata e presa in considerazione; sancisce l'obbligo per le autorità pubbliche e le istituzioni private di considerare preminente l'interesse del minore in tutti gli atti che prevedono il suo coinvolgimento; recepisce il diritto alla bigenitorialità, dal momento che *“ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse”*.

L'influenza di questa evoluzione sull'ordinamento italiano è riscontrabile sin dagli articoli della Costituzione, nella nuova elaborazione che viene presentata della famiglia e degli obblighi dei genitori nei confronti dei figli (artt. 29-31) e che saranno poi esplicitati nelle riforme degli anni successivi, prima fra tutte la riforma del diritto di famiglia attuata con la legge n. 151/1975¹¹⁵.

¹¹⁵ Con questa riforma viene data attuazione ai principi costituzionali relativi all'uguaglianza tra i coniugi, riconoscendo loro medesimi poteri nella gestione della famiglia, anche in riferimento alla potestà genitoriale

La stessa disciplina dell'adozione elaborata nel nostro Paese si ispira al contenuto e ai principi enunciati nelle Dichiarazioni internazionali che si preoccupano di riconoscere e tutelare i diritti dell'infanzia, anche se la riforma del 2001, a differenza di quelli che sono gli intenti dichiarati, sembra aver limitato la protezione di questi diritti dei bambini: diversamente da quanto stabilito nel 1984, ora il legislatore rompe quel collegamento e quella collaborazione che si era rafforzata negli anni tra servizi sociali e Tribunale per i minorenni, al fine di garantire la terzietà dell'organo giudicante. È stato, infatti, limitato il potere di iniziativa da parte del Tribunale nel dare avvio ad un procedimento di adozione. Non sono più attribuiti al suo Presidente poteri di intervento ufficiosi neanche in caso di urgenza, ma oggi solo al pubblico ministero è riconosciuto tale potere, per cui l'apertura della procedura dipende solo ed esclusivamente dalla sua valutazione: ricevuta segnalazione di un possibile stato di abbandono¹¹⁶ il pubblico ministero dovrà raccogliere tutte le informazioni necessarie per valutare in concreto la situazione e decidere se proporre ricorso di adozione al Tribunale per i minorenni.

La novella modifica, soprattutto, alcune disposizioni processuali in modo tale da assicurare, anche nel giudizio di adottabilità, il rispetto del principio del contraddittorio tra le parti e degli altri principi del 'giusto processo' sin dall'avvio del procedimento che, però, sono effettivamente entrate in vigore soltanto nel 2007: la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della legge n. 149/2001 è stata accompagnata dal d.l. n. 150/2001 che rimandava l'applicazione di questa parte della normativa al momento successivo "all'emanazione di una specifica disciplina sulla difesa d'ufficio nei procedimenti per lo stato di adottabilità" che, in realtà, non è mai stata dettata dal legislatore.

che ora diventa una responsabilità condivisa in eguale misura tra i genitori; non è più necessaria la sussistenza di colpa per aversi separazione personale, ma questa potrà aversi quando la convivenza è divenuta intollerabile o può arrecare *"un grave pregiudizio alla educazione della prole"*; viene valorizzato il lavoro della donna svolto nell'ambito del nucleo familiare. La legge ha anche dato attuazione ai principi costituzionali sulla parità tra i figli.

¹¹⁶ Ai sensi dell'art. 9, comma 1, *"chiunque ha facoltà di segnalare all'autorità pubblica situazioni di abbandono di minori di età. I pubblici ufficiali, gli incaricati di un pubblico servizio, gli esercenti un servizio di pubblica necessità debbono riferire al più presto al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo in cui il minore si trova sulle condizioni di ogni minore in situazione di abbandono di cui vengano a conoscenza in ragione del proprio ufficio"*.

A tutela dei diritti dei minori e della famiglia di origine, quando esiste, la legge prevede l'obbligo di nominare un difensore al minore e ai genitori coinvolti nell'adozione: l'art. 8 nell'ultimo comma stabilisce che *“il procedimento di adottabilità deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori o degli altri parenti”* indicati dalla legge.

La giurisprudenza ha precisato che il difensore del minore, che ora diventa parte necessaria del giudizio sin da quando questo è instaurato, non può essere nominato da coloro che ne hanno la rappresentanza legale (genitori, parenti o tutore) visto il conflitto di interessi presente, ma deve essere effettuata direttamente dal presidente del tribunale di fronte al quale ha preso avvio il giudizio di adottabilità: “il riconoscimento della titolarità di diritti direttamente in capo al minore lo rende titolare del connesso diritto di agire e difendersi nel giudizio, nel quale fin dall'inizio acquisisce, in linea con la previsione normativa di cui alla lett. d) dell'art. 5 della Convenzione di Strasburgo cit., la qualità di parte processuale distinta ed autonoma [...]. La natura e la delicatezza dei compiti che tale difensore è tenuto a svolgere, sui quali ci si è sopra più diffusamente soffermati, impone, come peraltro previsto dall'art. 9 della Convenzione di Strasburgo, che sia 'l'autorità giudiziaria' a procedere alla nomina di un rappresentante del minore, 'distinto' cioè diverso dal soggetto cui compete la rappresentanza legale del minore, incaricando di tale ruolo 'un avvocato' e così evidenziando l'opportunità, per il minore, di vedere cumulate in un unico soggetto la funzione di rappresentanza speciale e quella di assistenza tecnica”, dal momento che “gli interessi del tutore e del minore possano essere in astratto suscettibili di contrapposizione, dovendo tra l'altro siffatta valutazione essere portata avanti con estremo rigore per l'esigenza di maggiore protezione che deve essere assicurata al soggetto minore e per la particolare valenza che finisce con l'assumere il complesso compito del difensore, tenuto a rappresentare e sostenere, in una condizione di piena libertà di coscienza, il 'reale' interesse del minore, senza essere influenzato dagli interventi finora attuati e dalle ragioni agli stessi sottese”¹¹⁷.

¹¹⁷ App. Milano, sez. min., 16 ottobre 2008, con commento di F. Tommaseo, *Rappresentanza e difesa del minore nei giudizi di adottabilità*, in *Fam. dir.*, 2009, 3, p. 251 ss.

La Cassazione¹¹⁸ non è, tuttavia, dello stesso avviso, sostenendo che non è condivisibile l'affermazione per cui il tutore "sarebbe, anche soltanto potenzialmente, sempre e comunque il conflitto di interessi con il minore", ma riconosce la necessità di valutare ogni caso singolarmente: mentre nell'ipotesi in cui la rappresentanza legale del minore è affidata ai genitori o altri parenti il conflitto di interessi può considerarsi in *re ipsa*, in quanto il giudizio è finalizzato proprio ad accertare l'adeguatezza di questi soggetti nell'assicurare al bambino un sano sviluppo, nel caso di tutore esterno ai rapporti familiari l'esistenza di questo conflitto di interessi deve essere accertata e, in mancanza, direttamente il tutore "potrebbe rappresentare il minore stesso e nominare un difensore; se si trattasse di un avvocato, ai sensi dell'art. 86 c.p.c., potrebbe stare in giudizio personalmente, senza il patrocinio di altro difensore, in rappresentanza del minore".

La Suprema Corte è poi intervenuta affermando che, laddove sussista il conflitto di interessi tra minore e tutore, la mancata nomina di un curatore speciale che rappresenti il minore e di un difensore che lo assista nei giudizi di adottabilità rappresenta un vizio tale da provocarne "la nullità assoluta, insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado di esso e, quindi, anche in sede di legittimità, nullità dipendente dal vizio di costituzione del rapporto processuale (art. 75 c.p.c., comma 2) e dalla violazione del principio del contraddittorio (art. 101 c.p.c.)"¹¹⁹.

In particolare, l'intervento del 2001, che modifica in parte la legge sull'adozione del 1983, è incentrato sull'idea che la famiglia sia il luogo ideale e privilegiato per la crescita del minore, per cui devono essere limitate le ingerenze pubbliche nei rapporti tra genitori e figli solo a ciò che è necessario nel preminente interesse del minore. La denominazione stessa della legge sull'adozione è stata modificata in questo senso, per cui oggi è rubricata "Diritto del minore ad una famiglia".

La famiglia alla quale si fa riferimento in materia di adozione è molto ampia, volta a ricomprendere non solo i genitori del minore, ma anche nonni, fratelli, zii, cugini, proprio con l'obiettivo di soddisfare prima di tutto l'interesse del minore; per la

¹¹⁸ Cass., 17 febbraio 2010, n. 3804, in *Fam. dir.*, 2010, 6, p. 550 ss.

¹¹⁹ Cass., 8 maggio 2009, n. 10594 con commento di F. Tommaseo, *La Cassazione sul curatore speciale del minore nei giudizi di adottabilità*, in *Fam. dir.*, 2009, 7, p. 667 ss.

legge è indifferente che ad occuparsi di un minore siano i genitori o i nonni, a patto che questa famiglia allargata, libera di organizzarsi autonomamente al proprio interno, sia in grado di assicurare l'assistenza morale e materiale al bambino e garantirgli, quindi, un corretto e sano sviluppo sotto tutti i punti di vista¹²⁰.

Il legislatore recepisce definitivamente, in questo modo, quell'orientamento giurisprudenziale e dottrinale già affermatosi nel corso del tempo che qualifica l'allontanamento del minore dalla propria famiglia di origine e la rottura di ogni legame solo come soluzione ultima, in riferimento a casi particolarmente gravi nei quali non è possibile agire diversamente: già Cass., 23 luglio 1997, n. 6899, riconosceva che "come già ritiene l'art. 1 della legge 4 maggio 1983, n. 184, il minore ha diritto di essere educato nell'ambito della propria famiglia. Questa prevalenza della famiglia di sangue è riconosciuta anche dalla giurisprudenza (da ultimo Cass. 11 novembre 1996, n. 9861) e trova riscontro negli artt. 8 e 9 della legge 27 maggio 1991, n. 176.

Secondo questo apparato normativo «gli Stati si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come sono riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali». Inoltre, secondo il successivo art. 9, «gli Stati parti vigilano affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che le autorità competenti non decidano, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione è necessaria nell'interesse preminente del fanciullo. Una decisione in questo senso può essere necessaria in taluni casi particolari, ad esempio quando i genitori maltrattano o trascurano il fanciullo oppure se vivono separati ed una decisione debba essere presa riguardo al luogo di residenza del fanciullo».

Come appare evidente dal testo riportato dalla Convenzione, il minore ha diritto a non essere separato dai propri genitori, tranne che non sia nel suo stesso interesse. È quanto, in definitiva, sancisce l'art. 8 della legge italiana sull'adozione, in relazione alle ipotesi di abbandono del minore dalle quali emerge l'interesse dello stesso ad andare incontro a una situazione diversa da quella che gli può assicurare la famiglia d'origine. In questi sensi si è già espressa questa Corte, secondo cui,

¹²⁰ F. Astiggiano, *op. cit.*

l'abbandono del minore da parte dei genitori, giustificativo della dichiarazione di adottabilità, si verifica quando entrambi facciano mancare al figlio, non per forza maggiore di carattere transitorio, l'assistenza morale e materiale indispensabile al normale sviluppo della sua personalità, e pertanto, non è ravvisabile per il solo fatto dell'allontanamento da casa di uno dei genitori, né per le carenze culturali e mentali dell'altro, né per l'inadeguatezza dell'apporto economico, affettivo ed educativo, occorrendo invece accertare se tali circostanze implicino un'irreversibile compromissione della crescita del minore, e, quindi, rendano necessaria, per il suo preminente interesse, la rinuncia alla famiglia di sangue, anche alla luce delle circostanze sopravvenute nel corso del giudizio di opposizione avverso detta dichiarazione (ivi inclusa l'eventuale ritrovata disponibilità dei genitori a prendersi cura del figlio), ove idonee a evidenziare l'effettiva consistenza della situazione precedente (Cass. 25 giugno 1988, n. 4283)".

La famiglia alla quale si fa riferimento, quindi, è prima di tutto la famiglia di origine del minore, ove esistente, imponendo, ai sensi del comma 3 dell'art.1, allo Stato, alle Regioni e agli Enti locali di adottare misure volte ad evitare lo stato di abbandono per scongiurare l'allontanamento del minore da questa. Si precisa infatti, nel comma precedente, che una situazione anche grave di indigenza non può giustificare la dichiarazione di adottabilità del minore per abbandono, né il suo allontanamento dalla famiglia anzi, sono le istituzioni, in questo caso, a dover intervenire attraverso aiuti e sostegni, sia di natura economica che assistenziale, anche attraverso convenzioni concluse con organismi di volontariato.

La legge limita ulteriormente la possibilità di dichiarare lo stato di abbandono del minore negandolo, ai sensi dell'art. 8, quando la mancata assistenza materiale e morale dipenda da causa di forza maggiore di carattere transitorio¹²¹: si fa riferimento ad una causa contingente e reversibile, non dipendente dalla condotta dei genitori, che si prevede possa essere recuperata¹²².

¹²¹ Cass., 19 aprile 1995, n. 4388, in *Gius.*, 1995, 18, p. 2857 ss.; Cass., 25 maggio 1995, n. 5739, in *Fam. dir.*, 1995, 6, p. 442 ss; Cass., 4 maggio 2000, n. 5580, in *Fam. dir.*, 2000, 6, p. 558 ss., *"intendendosi per tale quella che duri per un periodo protraentesi in misura da non mettere a rischio il corretto sviluppo psico-fisico del minore, secondo una valutazione che, involgendo un accertamento di fatto, spetta al giudice di merito"*.

¹²² Cass., 28 luglio 1967, n. 2581, in *Foro it.*, 1967, 7-8: *"la forza maggiore può essere invocata solo in presenza di circostanze che sfuggono completamente al dominio della volontà dei genitori"*.

Si è, dunque, arrivati ad escludere l'esistenza di una causa di forza maggiore, ed è quindi stato riconosciuto lo stato di abbandono, in situazioni in cui, nonostante gli sforzi compiuti dal genitore per adempiere i propri obblighi era necessario, per superare la situazione di difficoltà, un lungo periodo di interventi e cure psicologiche oltre ad un costante sostegno proveniente dall'esterno della famiglia, situazione ritenuta incompatibile con il requisito della transitorietà e della facile superabilità¹²³. Si fa riferimento, più che ad una mancanza materiale, ad una carenza di assistenza morale, all'abbandono affettivo che non può certo essere colmato attraverso gli aiuti e i sostegni esterni previsti dalla legge a favore delle famiglie in difficoltà¹²⁴.

A seconda della situazione concreta, in base a come questa influenza la crescita del minore, laddove sia riconosciuta l'esistenza di una causa di forza maggiore può farsi ricorso a misure di sostegno per la famiglia oppure può essere disposto l'affidamento. Il terzo comma dell'art. 8, in ogni caso, espressamente esclude che possa riconoscersi esistenza di causa di forza maggiore di fronte al rifiuto da parte della famiglia di usufruire delle misure di sostegno offerte dai servizi sociali; l'art. 15, comma 1, lett. c), precisa che il Tribunale per i minorenni può dichiarare lo stato di adottabilità se la famiglia di origine non ha dato esecuzione alle prescrizioni eventualmente impartite dal giudice ai sensi dell'art. 12, finalizzate *“a garantire l'assistenza morale, il mantenimento, l'istruzione e l'educazione del minore”* ed evitare l'adozione, o quando *“è provata l'irrecuperabilità delle capacità genitoriali in un tempo ragionevole”*.

Sempre nell'ottica di garantire al minore di crescere nella propria famiglia di origine e, allo stesso tempo, di godere di un ambiente sano e amorevole, ci si preoccupa di definire in modo più puntuale i parenti che sono tenuti al suo mantenimento, ai sensi dell'art.8, e anche gli obblighi che gravano su questi. Sin dal primo intervento in materia di adozione dei minori si è affermato che per la sussistenza dello stato di abbandono non è sufficiente che i genitori siano inadempienti verso i figli, ma un simile disinteresse deve coinvolgere anche *“i parenti tenuti a provvedervi”*: il legislatore non indica esplicitamente chi sono questi soggetti,

¹²³ App. Roma, 19 aprile 1999; rinvenibile in E. Ravot, *Adozione di minori: stato di abbandono e forza maggiore*, in *Fam. dir.*, 2000, 6, p. 558 ss.

¹²⁴ M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2021, p. 441.

ma dalla formulazione dell'art. 9 si ricava che questi sono i parenti fino al quarto grado, poiché solo nel caso in cui il bambino sia affidato dai genitori alle cure di questi parenti non è necessaria alcuna segnalazione all'autorità pubblica, per cui questi si occuperanno del minore solo sulla base di un obbligo morale e non giuridico; ancora più espliciti sono gli artt. 11 e 12 della legge sull'adozione, poiché prevedono il coinvolgimento diretto dei parenti entro il quarto grado, quando esistenti, nel procedimento di adozione.

È stato, ancora una volta, l'intervento della giurisprudenza a definire meglio il contenuto e la portata dell'art. 8, anche se la posizione assunta dai giudici ha conosciuto delle oscillazioni nel corso degli anni: in origine era ritenuto che, per escludere l'adottabilità del minore, fosse necessario accertare la sussistenza di precedenti rapporti significativi tra il bambino e i parenti entro il quarto grado ai quali poteva essere affidato; il loro coinvolgimento nella vita del minore, anche se in modo diverso, doveva essere precedente al verificarsi di questa situazione.

La Corte di Cassazione, infatti affermava, nel 1991, che i parenti che per legge devono essere sentiti nel procedimento che può portare alla dichiarazione di adottabilità sono "solo quelli che abbiano mantenuto rapporti significativi con il minore"¹²⁵, arrivando quindi a dichiarare l'abbandono del bambino in situazioni in cui tali parenti esistevano, ma non vi era alcun legame particolare tra di loro¹²⁶.

Di contro, invece, negli anni successivi è stata riconosciuta maggiore rilevanza alla disponibilità dei parenti di volersi occupare del bambino che aveva perso i genitori o che era da questi stato abbandonato, indipendentemente dall'esistenza o meno di precedenti rapporti significativi, dovendo in questi casi valutare il giudice la serietà della dichiarazione resa dalla parte e la sua idoneità a crescere, educare e istruire il bambino: "infatti - anche alla luce di una corretta configurazione dell'istinto adottivo come *extrema ratio* e della preferibilità per il minore di crescere nella sua famiglia di origine (di cui fanno appunto parte anche i parenti entro il grado indicato)

¹²⁵ Cass., 6 dicembre 1991, n. 13133, inedita.

¹²⁶ Sulla stessa scia anche Cass., 18 marzo 1997, n. 2404, in *Giur. it.*, 1998, p. 445 ss., e Cass., 17 marzo 1998, n. 2863, inedita, che sottolineano come l'art. 12 afferma che devono essere sentiti solo i parenti entro il quarto grado che abbiano mantenuto rapporti significativi con il minore poiché solo questi, in virtù di un tale coinvolgimento nella vita del bambino, possono offrire elementi utili circa l'interesse del minore e al fine di evitare la dichiarazione di abbandono.

- non può, dichiararsi la situazione di abbandono (anche) quando sia dimostrata la seria disponibilità a prestare assistenza materiale e morale al minore da parte di parenti, entro il quarto grado, che con lo stesso non abbiano avuto per il passato significative relazioni materiali ed affettive”¹²⁷.

La Corte di Appello di Milano, peraltro, rifacendosi alle diverse pronunce della Suprema Corte (nn. 13133/1991, 2404/1997, 2863/1998, 10656/1996) precisa i rapporti tra l’art. 12 e l’art. 8 della legge n. 184/1983, accogliendo quell’impostazione che vuole aprire l’adozione ai parenti entro il quarto grado pur in assenza di precedenti rapporti significativi: si rileva, infatti, che “per i parenti entro il quarto grado la legittimazione ad essere convocati nel procedimento per la dichiarazione di adottabilità spetti soltanto a quelli che abbiano mantenuto con il minore rapporti significativi, con l’effetto che detta legittimazione risulta condizionata da tale dato comportamentale che costituisce elemento integrativo della fattispecie e che solo in presenza di tali elementi l’omessa partecipazione di detti congiunti al processo integra «una nullità deducibile e rilevabile anche d’ufficio in ogni stato e grado del giudizio di opposizione avverso la suddetta dichiarazione di adottabilità» – nel mentre sul piano del diritto sostanziale assume rilievo dirimente e preclusivo della dichiarazione stessa la presenza di parenti entro il quarto grado che – comunque, e cioè anche indipendentemente dalla presenza di loro pregressi significativi rapporti con il minore – siano in grado di ovviare alle carenze dei genitori e degli altri prossimi congiunti e di offrire al minore quel minimo di cure materiali ed affettive che, in rapporto alle sue esigenze, è sufficiente per far sì che non si debba ricorrere all’estrema soluzione dell’irreversibile rescissione d’ogni legame con la famiglia naturale”¹²⁸.

Dopo l’entrata in vigore della legge n. 149/2001 la Cassazione è, però, tornata indietro alla propria posizione originaria, ripercorrendo il proprio cammino e ragionando proprio sulle norme di carattere processuale introdotte da questa novella, trovandosi nella situazione di dover comprendere e chiarire se i riferimenti ai “parenti entro il quarto grado che abbiano avuto rapporti significativi con il minore” abbiano solo valenza processuale, tale da restringere l’ambito delle indagini, o anche

¹²⁷ Cass., 29 novembre 1996, n. 10656, con commento di A. Figone, in *Fam. dir.*, 1997, 4, p. 324 ss.

¹²⁸ App. Milano, 9 ottobre 1998, in *Fam. dir.*, 1999, p. 365 ss.

sostanziale, perciò la sola esistenza di questi parenti sarebbe sufficiente ad escludere la dichiarazione di adottabilità. La Suprema Corte, procedendo ad un'analisi letterale del testo normativo, dichiara di condividere l'orientamento minoritario che richiede, affinché possa essere escluso lo stato di abbandono, dei pregressi rapporti significativi tra la rete parentale e il minore: "l'art. 12 della legge 184/83, accanto a prescrizioni di ordine processuale (commi 1, 2 e 3), contiene anche delle previsioni di carattere sostanziale (comma 4) volte a garantire, sia pure in via provvisoria, l'assistenza morale, il mantenimento, l'istruzione e l'educazione del minore, facendo riferimento ai parenti entro il quarto grado che detti significativi rapporti abbiano avuto", individuando soltanto in questi, ragionevolmente, l'idoneità a provvedere tempestivamente ai bisogni del bambino, sia di natura materiale che affettiva; la stessa modifica normativa dettata dall'art. 11 della legge n. 149/01 (che prevede, in caso di decesso dei genitori, l'esclusione dell'adottabilità in presenza di parenti entro il quarto grado che abbiano avuto con il minore rapporti significativi), sposa la tesi più restrittiva, dal momento che apparirebbe irragionevole "condizionare, nella sola ipotesi di decesso di entrambi i genitori e non anche nei casi di accertata inidoneità degli stessi, la declaratoria di adottabilità alla mancanza di parenti che abbiano intrattenuto rapporti significativi con il minore, in quanto verrebbero applicati due diversi criteri, pur in presenza di situazioni analoghe sotto il profilo in esame"¹²⁹.

In tempi più recenti la Suprema Corte ha in parte ridimensionato l'importanza attribuita all'esistenza di precedenti rapporti significativi tra il minore e i parenti entro il quarto grado poiché, nel 2018, ha ritenuto "sufficiente che l'intenzione dei parenti di occuparsi del minore, assumendo nei suoi confronti un ruolo genitoriale, sia stata manifestata con serietà e sollecitudine fin dal momento in cui sono emerse le difficoltà del minore e l'inadeguatezza dei suoi genitori, o quanto meno fin dall'inizio del procedimento giudiziario per dichiarare l'adottabilità"¹³⁰.

Non è, inoltre, di per sé sufficiente "ai fini della dichiarazione dello stato di adottabilità, la dichiarata disponibilità di uno dei parenti entro il quarto grado ad occuparsi del minore [...] ad escludere la situazione di abbandono, dovendo

¹²⁹ Cass., 9 maggio 2002, n. 6629, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 657 ss.

¹³⁰ Cass., 16 febbraio 2018, n. 3915, su *rivistafamiglia.it*.

comunque il giudice accertare in concreto che detta disponibilità, pur dettata da sinceri propositi, non appaia meramente velleitaria ed obiettivamente inattuabile, alla stregua della situazione di fatto esistente al momento in cui essa viene manifestata (sentenza n. 9313 del 1990), dovendo la stessa essere suffragata da elementi oggettivi che la rendano credibile (sentenza n. 4407 del 2006)¹³¹; è necessario, poi, che i parenti così individuati traducano in azioni concrete il loro intento, non solo prestando “attivamente e concretamente assistenza ai minori”, ma anche proteggendo gli stessi da atteggiamenti e influenze negative dei genitori al fine di garantire loro un sano sviluppo della personalità¹³². Sarà compito del giudice di merito indagare ed accertare questa idoneità dei parenti entro il quarto grado.

La novella interviene anche sui limiti di età per gli adottanti, tenendo conto degli indirizzi giurisprudenziali che si erano intanto sviluppati: rimane invariato il limite minimo, perciò tra adottante e adottato devono esserci almeno 18 anni di differenza, ma la disciplina del limite massimo diviene piuttosto articolata.

L’art. 6 della legge, come regola generale, fissa la differenza massima di età in quarantacinque anni ma, nel quinto comma, prevede la possibilità di derogare tale limite se è accertato che “*dalla mancata adozione derivi al minore un danno grave e non altrimenti evitabile*”.

Non si ha una eliminazione totale del limite massimo di età come richiesto da più parti (anche se non mancavano timori di andare verso una “vera e propria *deregulation* della materia”, né pareri opposti che ritenevano fissi e inderogabili i limiti imposti dal legislatore¹³³), ma il legislatore si preoccupa, comunque, di rendere più elastica la disciplina in ragione delle diverse ipotesi che possono verificarsi. Si guarda a quello che accade nelle famiglie in cui genitori e figli sono tra loro legati anche geneticamente e, nell’intento di dar vita, mediante l’adozione, ad un ambiente familiare secondo il criterio della *imitatio naturae*, si attenua la rigidità dei limiti di età.

¹³¹ Cass., 31 ottobre 2008, n. 26371, in *Giur. it.*, 2009, 4, p. 856 ss.

¹³² Cass., 11 agosto 2009, n. 18219, con commento di F. Longo, *Stato di abbandono del minore: una nozione da rimeditare?*, in *Fam. dir.*, 2010, 7, p. 693 ss.; Cass., 10 agosto 2006, n. 18113, in *Giust. civ.*, 2006, 1, p. 2815 ss.; Cass., 30 ottobre 2008, n. 26371, in *Giur. it.*, 2009, 4, p. 856 ss.; Cass., 31 marzo 2010, n. 7961, in *Giur. it.*, 2011, 2, p. 297 ss.; Cass., 24 novembre 2015, n. 23979, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 5, p. 669 ss.

¹³³ R. Barbanera, *Derogabilità dei limiti di età fra adottanti e adottando nell’adozione legittimante alla luce del principio dell’interesse del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 3, p. 364 ss.

In particolare, si è osservato come, sulla scia di cambiamenti sociali ed economici, la decisione di creare una famiglia sia sempre più ritardata nel tempo, perciò aumenta il divario di età tra genitori e figli; inoltre, il progresso tecnologico e quello scientifico hanno migliorato le condizioni di vita, permettendo di vivere in modo sano e attivo più a lungo, quindi anche il bambino avuto in tarda età può ragionevolmente contare sull'appoggio dei propri genitori sino al raggiungimento dell'età adulta ed oltre.

Anche sulla base di queste valutazioni è stato formulato il sesto comma dell'art. 6 nella legge n. 149/2001, il quale ammette per tre specifiche ipotesi l'adozione pur se non sono rispettati i limiti di età. Il testo, infatti, prevede che possa comunque essere dichiarata l'adozione *“quando il limite massimo di età degli adottanti sia superato da uno solo di essi in misura non superiore a dieci anni, ovvero quando essi siano genitori di figli naturali o adottivi dei quali almeno uno sia in età minore, ovvero quando l'adozione riguardi un fratello o una sorella del minore già dagli stessi adottato”*.

Anche se la legge non opera alcuno esplicito riferimento all'interesse del minore, che si può ritenere sussistente solo nell'ultima ipotesi, mentre nelle prime due sembra volersi soddisfare esclusivamente l'interesse dell'adulto ad adottare, il giudice dovrà comunque tenerne conto nella sua decisione. La giurisprudenza ha, in realtà, ribadito come anche in questo caso l'interesse in esame rappresenti la linea guida fondamentale per la decisione del giudice, così come si legge nella sentenza n. 2303/2002 della Cassazione: *“la differenza di età tra adottanti e adottando non deve essere intesa in modo assoluto e rigido, ma, tenendo presente, nel superiore interesse della minore, la peculiarità del caso concreto, essendo consentito, in casi eccezionali, derogare alla regola del divario massimo di età che deve intercorrere tra adottanti e adottando quando sussistano le due condizioni della: differenza di età pur sempre compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli; e del danno grave e non altrimenti evitabile che deriverebbe al minore dalla mancata adozione”*, ragion per cui *“le indagini e le valutazioni del giudice del merito non debbono svolgersi sul piano astratto e generale, ma, in ossequio al principio di rilevanza costituzionale della tutela del prevalente interesse del minore, debbono avere ad oggetto la fattispecie concreta”*.

Nello stesso articolo 6 il comma 1 afferma che l'adozione è consentita ai coniugi sposati da almeno tre anni e non separati, neanche di fatto; il comma 4 prevede che anche il periodo di convivenza stabile e continuativa precedente al matrimonio possa essere computato ai fini del rispetto del limite previsto nel primo comma, a garanzia della stabilità della coppia.

Ancora una volta il legislatore ha deciso di precludere l'adozione piena dei minori a persone singole e a coppie non sposate, individuando nella sola famiglia nucleare fondata sul matrimonio quei requisiti di stabilità richiesti e quell'ambiente familiare sano all'interno del quale è possibile assicurare la crescita, l'educazione e l'istruzione dei figli¹³⁴, in controtendenza rispetto a quanto avviene negli altri Paesi europei¹³⁵.

L'Italia, infatti, rimane oggi uno dei pochi Stati del vecchio continente che apre l'adozione legittimante dei minori solo a coppie sposate, mentre in mancanza di questo vincolo l'adozione è ammessa solo se sussistono particolari condizioni espressamente indicate dalla legge e non produce effetti legittimanti¹³⁶: questo vuol dire che il minore adottato conserva il proprio cognome di origine in aggiunta a quello degli adottanti e continuano a sussistere alcuni obblighi nei confronti della famiglia di origine.

Contro questa regolamentazione della materia da tempo sono mosse numerose critiche, ricordando che già l'art. 6 della Convenzione europea sull'adozione dei minori firmata a Strasburgo nel 1967 ammetteva l'adozione piena anche in caso di un solo adottante (anche se, come ricordato già da Corte Cost n.183/1994, la norma lascia ai legislatori nazionali la libertà di decidere non essendo direttamente applicabile nei singoli ordinamenti) e anche tenendo conto dell'evoluzione sociale nel frattempo intervenuta.

¹³⁴ In origine la preferenza accordata alla famiglia fondata sul matrimonio era giustificata dal fatto che attraverso l'adozione il minore diviene figlio legittimo degli adottanti e sono all'interno di questo vincolo tra i coniugi poteva parlarsi di filiazione legittima. Il fondamento di tale giustificazione è venuto meno in seguito alla riforma introdotta dalla legge 219/2012 che elimina, nei rapporti genitori-figli, nei rispettivi diritti e doveri ogni distinzione tra filiazione fuori e dentro il matrimonio: non si discute più di figlio legittimo o naturale, ma si parla solo e soltanto di figli, tutti con il medesimo *status*.

¹³⁵ L'adozione da parte del singolo è, ad esempio ammessa in Germania, Francia, Svizzera, Svezia, Norvegia, nel Regno Unito, in Belgio, Irlanda, Finlandia, Austria, Spagna.

¹³⁶ Si parla di adozione in casi particolari ai sensi dell'art.44 ss. della legge sull'adozione.

È, infatti, opinione condivisa da ampia parte della collettività, della dottrina, della giurisprudenza, di sociologi e studiosi della materia che sono ugualmente idonei ad assicurare il pieno e sano sviluppo del minore tutti i diversi modelli di famiglia che sono oggi esistenti, tanto la “famiglia tradizionale” fondata sul matrimonio, quanto altre forme di famiglia che sono largamente diffuse, a partire dalla famiglia nucleare in cui i coniugi non sono sposati, passando per le famiglie ricomposte (formate oltre che dai coniugi e i loro eventuali figli comuni, anche da figli discendenti solo da uno di questi) fino ad arrivare alla famiglia monoparentale (in cui vi è una sola persona adulta con i propri figli) o unipersonale¹³⁷.

Allo stesso modo è ritenuta idonea la famiglia omogenitoriale, poiché non ci sono studi ed evidenze scientifiche di segno opposto.

Ecco che quindi in Europa assistiamo ad una frammentazione e ad un forte contrasto tra la normativa di pochi Stati, tra i quali l'Italia, che hanno deciso di attribuire rilievo e la qualifica di nucleo familiare idoneo all'adozione alla sola coppia sposata, rimanendo ancora legati ad un'idea di famiglia ormai superata o comunque affiancata da altri modelli ugualmente validi, e la regolamentazione della materia offerta dalla maggior parte degli Stati europei che, nell'interesse dei minori, con l'obiettivo di assicurare cure e sostentamento a bambini che ne sono privi, dà “rilievo al principio secondo il quale per il minore ‘un solo genitore è meglio di nessuno’ o ‘è meglio avere un genitore solo che vivere in un istituto’”¹³⁸.

La legge n. 149/2001 si preoccupa anche di meglio definire un aspetto da sempre controverso e spinoso della materia: la segretezza dell'adozione.

Il legislatore affronta la tematica prendendo in considerazione da una parte, la necessità per il bambino adottato di conoscere il proprio stato ed eventualmente anche la propria provenienza, soprattutto in presenza di particolari problemi di salute di natura genetica, ma allo stesso tempo si preoccupa di evitare ingerenze e turbative da parte della famiglia di origine; si deve, inoltre, considerare anche il desiderio di rimanere anonimi dei genitori biologici.

¹³⁷ L. Fadiga, *op. cit.*, p. 850 ss.

¹³⁸ V. Carbone, *Adozione dei minori in Italia da parte di un singolo tra regole e aspirazioni*, in *Corr. giur.*, 2011, 5, p. 597 ss.

In origine la procedura era coperta da assoluta segretezza che però, a poco a poco, è venuta a sgretolarsi: sussiste ancora oggi la segretezza verso i terzi, sancendo l'art. 28, secondo comma, il divieto, pena anche la detenzione, per gli ufficiali dello stato civile e gli ufficiali di anagrafe di rilasciare informazioni, atti o documenti dai quali possa risultare l'adozione (se non in presenza di una "*espressa autorizzazione dell'autorità giudiziaria*"), ragion per cui è fatto obbligo di rilasciare qualsiasi attestazione di stato civile relativa all'adottato indicando esclusivamente il nuovo cognome e assolutamente senza alcun riferimento all'adozione intervenuta o informazione sui genitori biologici; è tutt'ora persistente il vincolo di segretezza nei confronti dei genitori biologici, non essendoci alcuna possibilità per loro di conoscere la famiglia alla quale è stato consegnato il bambino, dal momento che l'adozione può essere considerata come una 'rinascita' del minore in cui tutto ciò che è accaduto prima è opportuno che perda rilevanza e si ritiene, quindi, che sia essenziale per il successo dell'adozione interrompere ed impedire qualsiasi contatto o legame tra il minore e la famiglia di origine¹³⁹; è, invece, mutata la posizione dell'adottato circa la possibilità di conoscere le proprie origini.

Il cambio di rotta del legislatore è intervenuto nonostante il parere contrario di parte della giurisprudenza. Si ribadiva, infatti, come la legge n. 184/1983 prevedesse che attraverso l'adozione legittimante il bambino acquisisse lo *status* di figlio legittimo degli adottanti rompendo ogni legame con la famiglia di origine, quindi ammettere l'esistenza del diritto del minore a conoscere i propri genitori starebbe implicitamente a significare che, in realtà questa rottura non vi è stata o non totalmente, introducendo una "doppia genitorialità" che invece la nostra disciplina ha, da sempre, escluso¹⁴⁰.

Era, tuttavia, necessaria una modifica in questa direzione anche alla luce di quanto previsto dalle Convenzioni internazionali in materia: l'art. 30 della Convenzione dell'Aja del 1993, in particolare, prevede che gli Stati contraenti

¹³⁹ S. Marzocchi, *Dei rapporti tra l'identità dell'adottato e la riservatezza del genitore naturale*, in *Giur. it.*, 2006, 10, p. 1801 ss.; A. Liuzzi, *Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: una vexata quaestio*, in *Fam. dir.*, 2002, 1, p. 89 ss.; L. Bozzi, *La parabola del diritto a conoscere le proprie origini. Brevi riflessioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1, p. 170 ss. Oggi si discute se l'interruzione di qualsiasi legame tra minore e famiglia di origine sia davvero funzionale alla realizzazione del miglior interesse del minore.

¹⁴⁰ In questo senso Trib. min. Roma, 30 maggio 1994 e Trib. min. Torino, 5 febbraio 1997, rinvenibili in A. Liuzzi, *op. loc. cit.*

debbano consentire al minore di poter accedere alle informazioni relative ai propri genitori biologici (*“Le autorità competenti di ciascuno Stato contraente conservano con cura le informazioni in loro possesso sulle origini del minore, in particolare quelle relative all’identità della madre e del padre ed i dati sui precedenti sanitari del minore e della sua famiglia. Le medesime autorità assicurano l’accesso del minore o del suo rappresentante a tali informazioni, con l’assistenza appropriata, nella misura consentita dalla legge dello Stato”*) in quanto la conoscenza delle proprie origini è ritenuto un elemento fondamentale per la costruzione della propria identità personale¹⁴¹.

Ecco che a partire dal 2001 il primo comma dell’art. 28, pur non introducendo alcun obbligo, espressamente prevede che *“il minore adottato è informato di tale sua condizione”*. Ci si riferisce soprattutto a minori che, vista la tenera età in cui sono stati dichiarati in stato di abbandono, non hanno alcun ricordo della propria famiglia di origine e saranno, ovviamente, i genitori adottivi a dover informare l’adottato nei tempi e con i modi che riterranno più opportuni. In questa valutazione bisogna tener conto anche di quelle che sono le conseguenze negative che psicologi e sociologi riscontrano nella maggior parte dei casi quando l’adozione è scoperta tardivamente e il silenzio degli adottanti su questa situazione è vissuto dall’adottato quasi come un tradimento accompagnato da una serie infinita di bugie.

Nei commi successivi è, poi, riconosciuto il diritto del minore a conoscere l’identità dei propri genitori biologici, introducendo requisiti diversi a seconda dell’età dell’adottato.

Ai sensi del quarto comma la richiesta di accedere a queste informazioni può essere fatta dai genitori adottivi quando l’adottato sia ancora minorenne e potrà essere accolta dal Tribunale per i minorenni solo quando sussistano *“gravi e comprovati motivi”*, tra i quali rientrano problemi di salute che possono essere risolti attraverso indagini anamnestiche.

Anzi, in questi casi, lo stesso comma stabilisce che *“le informazioni possono essere fornite anche al responsabile di una struttura ospedaliera o di un presidio*

¹⁴¹ Corte Cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Fam. dir.*, 2014, 1, p. 15 ss.: *“il bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l’intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale”*.

sanitario, ove ricorrano i presupposti della necessità e della urgenza e vi sia grave pericolo per la salute del minore". Questa previsione mira a tutelare e garantire il diritto alla salute del minore (art. 32 Cost.).

Raggiunta la maggiore età la domanda può essere proposta dallo stesso adottato ma, se non ha ancora compiuto venticinque anni potrà essere autorizzato a ricevere queste informazioni solo in presenza di gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica. Superato il limite dei venticinque anni la richiesta può essere soddisfatta indipendentemente dai motivi per cui è fatta.

La legge non indica quale sia il tribunale competente a decidere su questa domanda, ma si ritiene che sia il Tribunale per i minorenni del luogo di residenza dell'adottato se è questi ad avanzare la richiesta una volta raggiunta la maggiore età, altrimenti deve preferirsi il Tribunale di fronte al quale è stata decisa l'adozione vista la sua conoscenza approfondita del minore e della sua storia. Il giudice competente dovrà raccogliere tutte le informazioni necessarie, anche quelle di carattere sociale e psicologico, e ascoltare tutte le persone che ritiene opportuno, quindi anche i genitori biologici che potranno manifestare il loro dissenso circa la divulgazione di questo segreto.

L'emanazione del decreto che autorizza l'accesso a queste informazioni permette all'adottato di chiedere ed ottenere copia integrale del proprio atto di nascita in cui sono indicati i genitori di sangue; sarà onere dell'autorizzato adoperarsi per rintracciarli, ma non vi è alcun obbligo in capo ai genitori biologici di accettare di entrare in contatto con lui.

Per garantire la piena attuazione del diritto di conoscere le proprie origini è, inoltre, intervenuta la dichiarazione di illegittimità costituzionale del comma 7 dell'art. 28 della legge sull'adozione da parte della Corte Costituzionale con sentenza 22 novembre 2013, n. 278, nella parte in cui non consentiva in alcun caso di accedere alle informazioni *"nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396"*¹⁴². L'intervento in questa direzione della nostra Corte, essendo già stata

¹⁴² Tale disposizione permette alla donna che non vuole riconoscere il bambino di partorire presso le strutture ospedaliere in totale sicurezza e anonimato: non sarà indicato il suo nome sul certificato di nascita, ma questo riporterà la dichiarazione fatta dal medico o dall'ostetrica che il bambino è *"nato da donna che non consente di essere nominata"*.

interpellata sulla questione nel 2005 e avendo dato risposta completamente opposta¹⁴³, è successivo ad una pronuncia della Corte EDU del 2012 in cui l'Italia viene condannata al risarcimento dei danni in favore della ricorrente perché le era stato negato di accedere alle informazioni sulle proprie origini proprio perché nata da parto anonimo¹⁴⁴. Il Giudice sovranazionale criticava la disciplina italiana in materia sostenendo che questa accordava pieno riconoscimento agli interessi della donna partorienti di rimanere anonima, sacrificando completamente il diritto dell'adottato di essere informato sulle proprie origini, senza operare alcun bilanciamento degli interessi in gioco.

La Corte costituzionale nel 2013 riconosce l'esistenza di un conflitto tra interessi contrapposti e la necessità di trovare un punto di equilibrio tra i diritti della madre e quelli del figlio: non viene meno il diritto della donna di partorire in anonimato, posto che questo è stato previsto dal legislatore per tutelare la salute della partorienti e del nascituro, ma si ridimensiona la rigidità del limite imposto dal comma 7 dell'art. 28, auspicando un intervento del legislatore per introdurre un procedimento che, assicurando la massima riservatezza, possa permettere al giudice, dietro richiesta dell'adottato, di interpellare la donna per un eventuale ripensamento circa l'anonimato.

Nell'inerzia del legislatore è ancora una volta la giurisprudenza che giunge a fornire una guida e garantire il riconoscimento e la tutela dei diritti. Infatti, con sentenza 25 gennaio 2017, n. 1946 le Sezioni Unite sono intervenute riconoscendo la pronuncia del 2013 della Corte Cost. come una sentenza additiva di principio che, oltre ad indicare al legislatore come intervenire successivamente nel disciplinare la materia e colmare il vuoto normativo, contiene anche indicazioni per i giudici di merito per individuare soluzioni immediatamente applicabili *“per assicurare la tutela dei diritti, nell'attesa che il legislatore completi il suo compito”*.

¹⁴³ P.G. Grosso, *Davvero incostituzionali le norme che tutelano il segreto del parto anonimo?*, in *Fam. dir.*, 2013, 8-9, p. 822 ss.: Corte Cost., 25 novembre 2005, n. 425, osserva che il legislatore ha giustamente inteso, mediante «una ragionevole valutazione comparativa», da un lato «assicurare che il parto avvenga in condizioni ottimali, sia per la madre che per il figlio», e, dall'altro, «distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest'ultimo ben più gravi»

¹⁴⁴ Corte EDU, sent. 25 settembre 2012, ric. n. 33783/09, *Godelli c. Italia*, in *Corr. giur.*, 2013, 7, p. 941 ss.

Sulla base di tale qualificazione, tenendo conto del punto di equilibrio individuato nel 2013, la Suprema Corte suggerisce ai tribunali come procedere, pur senza sostituirsi al legislatore che, al momento, rimane inadempiente.

CAPITOLO II

L'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI

1. L'istituto

L'adozione in casi particolari è stata introdotta nel nostro ordinamento con la legge 4 maggio 1983 n. 184, nel titolo IV agli articoli 44-57. La disciplina è stata toccata solo in parte dalla novella del 2001, la legge n. 149, ma è soprattutto l'interpretazione giurisprudenziale che ha ampliato e continua ad ampliare i confini di queste specifiche disposizioni.

Si presenta come un istituto ibrido poiché le finalità e le garanzie sono le stesse dell'adozione legittimante dei minori, mentre gli effetti e i presupposti richiamano quelli dell'adozione ordinaria, oggi adozione per le persone di maggiore età, disciplinata dagli artt. 291 e seguenti c.c.

L'istituto è stato previsto dal legislatore come strumento residuale, per garantire al minore di crescere con le cure e le attenzioni di una famiglia anche quando non è possibile dichiarare lo stato di abbandono o non si può procedere, per la mancanza dei requisiti espressamente richiesti dalla legge n. 183/1984, all'adozione piena.

Permette, quindi, una maggiore flessibilità, ma allo stesso tempo si tratta di una disciplina applicabile soltanto a specifiche situazioni individuate dalla legge, appunto in presenza di casi particolari, quando si ritiene necessario derogare la normativa generale, e che non produce effetti legittimanti. Le situazioni che giustificano tali deroghe sono valutate dal punto di vista del minore e dei suoi diritti, posto che il fine è sempre quello di assicurare e tutelare il suo interesse.

Il legislatore impone esplicitamente, nell'art. 57 della legge n. 184/1983, al giudice di verificare che l'adozione realizzi il preminente interesse del minore, anche compiendo adeguate indagini avvalendosi dell'aiuto dei servizi sociali e degli organi di pubblica sicurezza: non si tratta di una mera precisazione, dal momento che l'intera normativa sull'adozione è ispirata e tende al soddisfacimento di questo interesse, ma sottolinea la diversità e la specificità di questa tipologia di adozione rispetto a quella legittimante, considerando le situazioni particolari e gli effetti che a questa sono ricollegati¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, p. 109 ss.: *“La ratio legis trova una espressa manifestazione nell'art. 57, n.2, laddove impone al tribunale di verificare se l'adozione ex art. 44 L.*

Particolarità che non sta, però, a giustificare alcuna specialità “in quanto anche questo tipo di adozione, al pari dell’adozione piena, mira a tutelare il preminente interesse del minore, inserendolo in una famiglia che si prenda cura di lui. La funzione è pur sempre quella di garantire al bambino un ambiente familiare idoneo al suo sviluppo”¹⁴⁶; l’adozione in casi particolari rappresenta, dunque, uno strumento ulteriore per permettere al bambino di crescere in un ambiente familiare sano.

Pur se il legislatore chiaramente ed in modo inequivocabile richiama l’interesse del minore, il principio è privo di una nozione legislativa: dottrina e giurisprudenza hanno cercato di riempire di contenuto questa espressione guardando sia alle esperienze internazionali in materia che a quelle interne.

La preminenza del criterio del *best interest of the child* è oggi sancita dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989 e ratificata in Italia con la legge n. 176/91, l’art. 3 della quale afferma che “*in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l’interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente*”, imponendo, quindi, agli Stati firmatari di adottare politiche sociali a tutela e conformi all’interesse del minore; una simile formulazione è presente anche nella Carta di Nizza del 2000 (“*in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l’interesse superiore del minore deve essere considerato preminente*” art. 24, comma 2).

Prima ancora che venisse esplicitata la rilevanza di questo principio, però, le Corti avevano anticipato questa impostazione: la Corte Costituzionale già dal 1981,

184/83 ‘realizza il preminente interesse del minore’. Non si tratta di una precisazione superflua, bensì di grande rilevanza e significatività: è pur vero che tutta la normativa sull’adozione si ispira alla realizzazione di tale interesse, ma l’esigenza avvertita dal legislatore di far esplicito riferimento ad esso trova ragione proprio nel prospettato rilievo che la norma chiede requisiti meno rigorosi di quelli previsti per gli adottanti in via legittimante, con un procedimento più rapido e semplificato. Pertanto il legislatore con l’art. 44 della richiamata legge 184/83, oltre ad aver posto precisi limiti ed individuato casi tassativi per limitare la portata dell’istituto, lo circonda di ulteriori cautele, precisando che comunque sarà necessaria un’ulteriore valutazione: che l’adozione realizzi il “preminente interesse del fanciullo” (Corte di Cassazione, Sez. Civile, sentenza 19 ottobre 2011, n. 21651). Peraltro, se l’apprezzamento e la realizzazione di tale interesse costituiscono il limite invalicabile dell’applicazione dell’istituto, essi rappresentano anche una importante chiave interpretativa dello stesso”.

¹⁴⁶ S. Menichetti, *Una sentenza che allinea l’Italia a Strasburgo*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, 3, p. 805 ss.; G. Ferrando, *L’adozione in casi particolari del figlio naturale del coniuge*, in *Corr. giur.*, 2012, 1, p. 93 ss.

dopo aver ricostruito anche storicamente l'evoluzione dell'istituto dell'adozione e averne riconosciuto il fine assistenziale ed educativo, sostiene "che la riforma del 1967 ha spostato il centro di gravità dell'adozione dall'interesse dell'adottante a quello dell'adottato. Ed è innegabile che a livello di legislazione ordinaria la legge n. 431 ha alterato a favore del minore l'equilibrio che poteva ormai riconoscersi, nell'adozione ordinaria per i minori, tra l'interesse di chi si continua attraverso un figlio-erede e l'interesse del minore ad essere allevato ed educato in condizioni più vantaggiose. Ma lo spostamento del centro di gravità dell'istituto era imposto ancor prima sul piano superiore della normativa costituzionale, per il combinato disposto degli artt. 2 e 30, primo e secondo comma, della Costituzione. Queste norme, riconoscendo come fine preminente lo svolgimento della personalità in tutte le sedi proprie, assumono a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò più idoneo: da ravvisare in primissima istanza nella famiglia di origine, e, soltanto in caso di incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva.

L'art. 30, secondo comma, della Costituzione, prevede infatti il dovere del legislatore e dell'autorità pubblica in generale di predisporre quegli interventi che pongano rimedio nel modo più efficace al mancato svolgimento dei loro compiti da parte dei genitori di sangue: e cioè alle funzioni connesse al dovere-diritto di mantenere, istruire ed educare i figli. Ma la finalità di una educazione sostitutiva al meglio comporta la soddisfazione del bisogno di famiglia avvertito con forza dal minore, che richiede per la sua crescita normale affetti individualizzati e continui, ambienti non precari, situazioni non conflittuali.

Del resto, anche sulla base di ben noti documenti di organismi internazionali (ne è casuale che la legge n. 431 del 1967 sia stata preceduta di pochi mesi dalla firma a Strasburgo della Convenzione europea in materia di adozione dei minori), deve procurarsi al minore, mediante l'adozione, *'un foyer stable et harmonieux'* (art. 8, n. 2 Convenzione europea-ratificata e resa esecutiva in base a legge 22 maggio 1974, n. 357). Se dai dati normativi presenti nel nostro ordinamento a livello costituzionale e legislativo risultano il dovere-diritto dei genitori d'origine ed il dovere dello Stato di predisporre le condizioni in cui possa meglio realizzarsi il diritto del minore all'educazione e all'educazione in famiglia, non si possono trascurare talune

conseguenze: così il carattere 'funzionale' del diritto dei genitori del sangue, che sta e viene meno in relazione alla capacità di assolvere i compiti previsti nel primo comma dell'art. 30 della Costituzione; il carattere di 'effettività' che deve rivestire l'assolvimento dei compiti stessi, non delegabili ad altri e dunque da svolgersi con impegno personale e diretto; infine il carattere di 'adeguatezza' (cfr. sentenza n. 145 del 1969) che deve presiedere alla individuazione della famiglia sostitutiva quando trovi applicazione l'art. 30, secondo comma, della Costituzione il che comporta la ricerca della soluzione ottimale 'in concreto' per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior 'cura della persona'¹⁴⁷.

Negli anni, poi, il principio del *best interest of the child* è stato richiamato più volte sia dalla giurisprudenza europea, soprattutto nelle controversie legate all'art. 8 della CEDU relativo al rispetto della vita privata e familiare, anche con esiti differenti a seconda delle peculiarità del caso specifico¹⁴⁸, ma anche dalla nostra giurisprudenza per giustificare e legittimare una interpretazione estensiva dell'art. 44 della legge sull'adozione.

In modo ancora più puntuale di quanto fatto dalla giurisprudenza, la dottrina si è riproposta di definire il contenuto di questo principio, argomentando proprio sul significato della parola interesse. Recuperando l'etimologia del termine si è affermato che per il soddisfacimento di qualunque interesse è imprescindibile un momento relazionale, “*inter+esse*”, ovvero ‘stare tra’, nel nostro caso, diritti e bisogni del minore” e quindi, in base al quadro normativo esistente (art. 30 Cost. e art. 147 c.c. sugli obblighi a carico dei genitori), si può ritenere che risponda all'interesse del minore quella relazione che gli assicuri la miglior cura e crescita intellettuale e morale¹⁴⁹; altra dottrina, pur ritenendo di non poter trascurare il profilo economico

¹⁴⁷ Corte Cost., 29 gennaio 1981, n. 11, in *Giur. cost.*, 1, p. 58 ss.

¹⁴⁸ Nel 2014 la Corte EDU si è pronunciata in senso positivo circa il riconoscimento del rapporto di genitorialità tra coppia committente e minore nato da maternità surrogata sulla base accordi conclusi in Paesi dove questa pratica è ammessa, includendo nella nozione di vita familiare anche le relazioni di fatto (Corte EDU 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, *Mennesson c. Francia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 1, p. 1122 ss.), mentre nel 2017, sempre ricorrendo al *best interest of the child* come principio ispiratore della propria decisione ha adottato, in un caso simile solo per alcuni aspetti, una statuizione di segno opposto (Corte EDU, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Fam. dir.*, 2017, 1, p. 729 ss.)

¹⁴⁹ D. Amram, *Corte di Cassazione e Giurisprudenza di merito: alla ricerca di un contenuto per l'interesse superiore del minore*, in *Fam. dir.*, 2008, 12, p. 1108 ss.

della nozione di interesse (in considerazione del fatto che per dichiarare lo stato di abbandono del minore devono essere accertate carenze non solo morali ma anche materiali da parte dei genitori), sostiene che non ci si possa fermare a questo dato riconoscendo, allo stesso tempo, la difficoltà di elaborare una chiara definizione.

Si è, dunque, guardato all'interesse del minore come ad una clausola generale che permette, in assenza di una esplicita norma di dettaglio, una certa elasticità al giudice nel valutare il caso concreto ed adattare la decisione alle specifiche peculiarità: la nozione di interesse del minore deriverebbe dalla combinazione di "ciò che il minore ritenga costituire il proprio interesse, ovvero 'la sua domanda di vita'¹⁵⁰, ciò che il genitore valuti di interesse del figlio e ciò che un soggetto esterno al rapporto di famiglia, dunque il giudice, il consulente tecnico, l'assistente sociale, considerino di interesse del minore"¹⁵¹.

Con gli articoli 44 e ss. della legge n. 184/1983, il Parlamento ha voluto rispondere alle varie richieste, anche contrastanti, di rimodellare e attenuare la rigidità della disciplina dell'adozione legittimante (che ha da subito mostrato i suoi limiti, essendo spesso incapace di rispondere ai bisogni del bambino), pur senza aprire incondizionatamente all'adozione da parte di persone singole, o che eccedono i limiti di età stabiliti dall'art. 6. Nella relazione al disegno di legge del senatore De Carolis si legge, infatti, come questa tipologia di adozione – che sembra soddisfare gli interessi degli adulti più che assicurare tutela al minore dal momento che "permette l'adozione anche da parte di persone molto anziane, facenti così spesso al minore più da nonni che da genitori; consente l'adozione anche da parte di una singola persona, privando il minore dell'esperienza di una coppia educatrice, con gravi conseguenze per il suo globale sviluppo; accetta la compresenza, talvolta conflittuale, dei genitori adottivi e dei genitori naturali lacerando il giovane che ha bisogno di precisi punti di riferimento" – deve comunque essere prevista ed esistente, ma solo in alcuni casi specifici, perché "se l'interesse del minore deve essere privilegiato, è opportuno accettare anche strumenti giuridici meno perfetti ma

¹⁵⁰ Convenzioni internazionali sui diritti del fanciullo (New York del 1989, art. 12, Strasburgo del 1996, art. 6) ma anche il nostro diritto interno (artt. 315 *bis*, 336 *bis*, 337 *octies* c.c., art. 15 legge n. 184/1983) sanciscono l'obbligo per il giudice di procedere all'ascolto del minore coinvolto prima di adottare provvedimenti che lo riguardano.

¹⁵¹ G. Sicchiero, *La nozione di interesse del minore*, in *Fam. dir.*, 2015, 1, p. 72 ss.

comunque in grado di dare una risposta a bisogni che altrimenti non sarebbero soddisfatti”¹⁵².

Nel tempo, l’istituto è passato dall’essere strumento di chiusura a mezzo privilegiato e utilizzato per rispondere anche ad esigenze che non erano presenti nella mente del legislatore del 1893, proprio grazie alla sua duttilità, contro l’eccessiva rigidità dell’adozione piena¹⁵³. In particolare, si è fatto riferimento a questo istituto in quelle situazioni nelle quali nel corso di un affidamento dovuto a temporanea difficoltà della famiglia di origine sia intervenuto l’abbandono definitivo del minore da parte di questa, o anche nelle situazioni di semiabbandono permanente.

La legge disciplina i due mondi dell’adozione e dell’affidamento come incompatibili e senza alcuna possibilità di contatto, posto che il primo fa riferimento a situazioni definitive di abbandono, il secondo rientra tra le misure di sostegno per le famiglie momentaneamente inidonee a crescere ed educare il bambino, avendo quindi solo carattere temporaneo. I limiti di questa impostazione risultavano evidenti quando, durante un affidamento, sopraggiungeva lo stato di abbandono e ci si scontrava con l’impossibilità di mutare l’affidamento in adozione: la legge, infatti, non permetteva alla famiglia affidataria di essere riconosciuta come famiglia adottiva del minore nonostante il rapporto e il legame nel frattempo maturato tra questa e il bambino.

Ciò comportava l’apertura di un procedimento di adozione e l’assegnazione del minore ad un’altra coppia idonea, causandogli un ulteriore trauma dovuto al distacco dalla famiglia affidataria con la quale, con tutte le difficoltà del caso, aveva già costruito una relazione. Soltanto a partire dalla legge n. 173/2015 è riconosciuta alla famiglia affidataria la possibilità di adottare il minore, a patto che questa stessa famiglia possieda i requisiti richiesti dalla legge per l’adozione legittimante. La

¹⁵² A e M. Finocchiaro, *Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori*, Milano, 1983, p. 435 ss.

¹⁵³ G. Ferrando, *op. cit.* Si è fatto ricorso a questo strumento, prima della legge 40/2004, nel caso di un bambino nato da madre surrogata, riconosciuto dal padre naturale e adottato poi dalla moglie di lui (App. Salerno, 15 novembre 1991, *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, 1, p. 177 ss.); per dare veste giuridica in Italia a rapporti costituiti all’estero sulla base di istituti sconosciuti dal nostro ordinamento, come la kafala islamica (Trib. min. Trento, 5 marzo 2002 e Trib. min. Trento, 10 settembre 2002, in *Nuova giur. civ. comm.* 2003, 2, 149 ss.); per formalizzare i rapporti nati all’interno di famiglie ricomposte o per rendere efficaci in Italia adozioni compiute all’estero da persone singole (Cass. 14 febbraio 2011, n. 3572, in *Fam. dir.*, 2011, 7, p. 697 ss.); per riconoscere il rapporto di filiazione con entrambi i componenti di una coppia omosessuale.

giurisprudenza, però, per tutelare le relazioni familiari di fatto instaurate ed evitare l'allontanamento del bambino dall'ambiente nel quale si era ormai inserito, ha applicato, negli anni immediatamente successivi alla sua introduzione, dunque già prima della novella del 2015, proprio la disciplina dettata dall'art. 44.

In questi casi ha trovato applicazione la lettera *d* (in origine *c*: “*quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo*”) del primo comma di questo articolo, divenuto oggi “*un porto ampio e accogliente*”¹⁵⁴ applicato in molte più ipotesi rispetto a quelle per le quali era stato pensato grazie alla sua ampia formulazione.

Nelle situazioni di semiabbandono permanente, invece, si è manifestato il pericolo che l'assegnazione presso un'altra famiglia potesse protrarsi per periodi lunghissimi, impedendo così al minore di avere certezze e stabilità, non sapendo se e quando questa condizione sarebbe stata superata.

A salvaguardia dei minori si è guardato, anche in questo caso, all'adozione in casi particolari come strumento per attribuire una veste giuridica e formale alle relazioni tra il bambino e gli affidatari, senza però troncare del tutto le relazioni con la famiglia di origine.

Il primo passo nel riconoscere questa direzione intrapresa dai Tribunali è stato fatto dalla Corte costituzionale con sentenza 7 ottobre 1999, n. 383, nella quale è stata riconosciuta l'esistenza di quel principio, di portata generale, che mira a “favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore e i parenti o le persone che già si prendono cura di lui” anche se non si può procedere con l'adozione piena.

Un simile orientamento trae origine dalla visione adottata dalla Corte EDU circa la vita e i rapporti familiari: già a partire dal 1979, sentenza *Marckx c. Belgio*, i giudici europei affermano che l'art. 8 della CEDU, che impone agli Stati l'obbligo di rispettare la vita privata e familiare, evitando ogni ingerenza non necessaria, non ammette alcuna distinzione tra famiglia legittima e famiglia naturale; in sentenze successive (*Keegan c. Irlanda*, 26 maggio 1994, *Zaunegger c. Germania*, 13 dicembre 2009) la Corte EDU precisa che il concetto di famiglia non si riferisce solo ai legami sorti in seguito ad una unione matrimoniale, ma ricomprende anche legami *de facto* che si sviluppano nell'ambito di una convivenza non fondata sul matrimonio. In modo

¹⁵⁴ L. Lenti, *L'adozione*, in *Tratt. dir. fam., Le riforme*, II, a cura di P. Zatti, Milano, 2019, p. 387.

ancora più puntuale si esprimono i giudici sovranazionali nel caso *Moretti e Benedetti c. Italia*¹⁵⁵, affermando che per assicurare la piena tutela del diritto alla famiglia del minore si devono riconoscere anche le relazioni familiari di fatto.

L'adozione in casi particolari, sin dalla sua introduzione, si ripropone di formalizzare le relazioni familiari di fatto esistenti, anche se solo nei casi tassativamente indicati; permette di realizzare una sorta di adozione mite, in cui non si ha la definitiva rottura dei rapporti e dei legami tra il minore adottato e la famiglia di origine, pur realizzandosi il suo trasferimento nella famiglia accogliente¹⁵⁶: se, da una parte, i requisiti e il procedimento per accedervi sono meno rigidi e più rispondenti a quelle che sono le esigenze del minore e delle famiglie, che spesso sono in grave difficoltà ma non incapaci o inidonee, allo stesso tempo non assicura quella stabilità nei rapporti tra adottati e adottanti che è invece legata all'adozione piena, poiché questa può essere revocata.

La dottrina ha sollevato obiezioni in seguito all'introduzione di questa disciplina, perché ritenuta inidonea a tutelare gli interessi del minore, soprattutto per la mancata previsione di effetti legittimanti: non si comprende la scelta del legislatore di non riconoscere in alcun caso il trapianto definitivo del minore nella famiglia accogliente, la rottura dei legami con la famiglia di origine e l'irrevocabilità dell'adozione, neanche in caso di adozione particolare del minore orfano o di minore abbandonato ma per il quale non sia possibile l'affidamento preadottivo¹⁵⁷.

Proprio perché l'adozione ex art. 44 non produce effetti legittimanti, prima della riforma della filiazione introdotta con la legge n. 219/2012, il bambino assumeva lo *status* di figlio adottivo che veniva a sovrapporsi al vincolo di filiazione di sangue esistente con i genitori biologici: oggi vi è un unico *status* di figlio e in questa specifica situazione la responsabilità parentale è assunta dagli adottanti, ma, nei rapporti sociali, il minore può far riferimento a diverse figure genitoriali, conservando anche

¹⁵⁵ Corte Edu, 27 aprile 2010, ric. n. 16318/07, *Moretti e Benedetti c. Italia*, in *Fam. min.*, 2010, 6, p. 84 ss.

¹⁵⁶ A. Finessi, *Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale e best interest of the child*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 6, p. 1343 ss.: "L'istituto è stato creato dalla giurisprudenza, in attesa di un intervento del legislatore, per realizzare l'interesse del minore. Per raggiungere tale obiettivo, oggi, vista la pluralità di legami e rapporti familiari-affettivi in cui può essere coinvolto il minore, si ritiene opportuno ragionare su tipologie di adozione diverse da quella legittimante che impone, in ogni caso, la rottura di ogni rapporto tra il bambino e la famiglia di origine."

¹⁵⁷ G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 11, p. 679 ss.

tutti i diritti e i doveri nei confronti della sua famiglia di origine (non si esclude che questo possa comportare anche conflitti o contrasti tra i soggetti che, a vario titolo, sono legati al bambino, turbando la sua crescita e la sua emotività).

Nell'originaria formulazione della norma, non sussistendo alcun effetto legittimante in seguito all'adozione particolare il rapporto sorge solo tra il minore e colui che l'ha adottato, non vi è alcun tipo di legame giuridico con gli altri componenti della famiglia dell'adottante.

La modifica del 2012, tuttavia, ha interessato anche l'art. 74 c.c. che disciplina la parentela (*"La parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti"*), e per molto tempo non è stato chiaro quale fosse la disciplina applicabile nei confronti di coloro che erano stati adottati ai sensi dell'art. 44 della legge sull'adozione.

Parte della dottrina e della giurisprudenza, a differenza di quanto avveniva in passato, sostenevano che anche in questo caso il minore adottato stringesse rapporti di parentela con i familiari degli adottanti anzi, si affermava che il nuovo testo dell'art. 74 c.c. fosse stato dettato proprio in riferimento a questa tipologia di adozione: in seguito alla realizzazione di un'adozione legittimante già era sancito, sin dalla formulazione originaria del primo comma dell'art. 27 della legge n. 184/1983 (*"Per effetto dell'adozione l'adottato acquista lo stato di figlio legittimo degli adottanti, dei quali assume e trasmette il cognome"*) il sorgere dei rapporti di parentela, quindi il nuovo enunciato dell'articolo codicistico in questione, se riferito solo a pratiche diverse da quelle concluse ai sensi dell'art. 44 della legge sull'adozione, non sarebbe stato altro che una mera ripetizione e precisazione di quanto già espressamente previsto.

Soffermandosi sulla lettera della norma, si sottolineava come l'unica eccezione introdotta dal legislatore al sorgere del vincolo di parentela fosse riferita all'adozione dei maggiorenni, per cui sarebbe stata inammissibile ogni altra. Sarebbe stato, inoltre, contrario all'interesse del minore non riconoscere dal punto di vista giuridico ciò che avviene nella realtà, sul piano delle relazioni interpersonali: anche il

bambino adottato in modo particolare, al pari di quello adottato ai sensi della procedura ordinaria, si inserisce a tutti gli effetti nella famiglia dell'adottante e, di fatto, stringe rapporti di parentela con tutti i componenti del nucleo¹⁵⁸.

L'adottato sarebbe, quindi, legato sia socialmente che giuridicamente a due famiglie differenti, potendo egli riconoscere anche eventuali altri figli degli adottanti come propri fratelli e sorelle, condividendo con questi ulteriori cugini, zii, nonni, e anche i diritti successori¹⁵⁹.

In questa direzione si è mosso il Tribunale per i minorenni di Bologna che ha recentemente, per la prima volta, riconosciuto e dichiarato l'esistenza di un legame di fratellanza tra minori adottati in modo particolare, affermando che escludere l'applicabilità dell'art. 74 c.c. alle ipotesi di adozioni in casi particolari vorrebbe dire tradire la ratio stessa della riforma del 2012: l'art. 55 della legge n. 184/1983 richiama la disciplina dell'adozione per i maggiorenni per quanto riguarda gli effetti derivanti da adozione ex art. 44 e, se in origine poteva essere giustificata la mancata esistenza di qualsiasi vincolo familiare, ora non è più possibile.

L'adozione in casi particolari è, infatti, stata introdotta per dare veste giuridica a rapporti di fatto tra il minore e coloro i quali, pur non appartenendo alla sua famiglia di origine, si impegnano ad offrirgli un ambiente sano e idoneo in cui crescere, senza rompere del tutto i legami con i genitori biologici; "l'intento originario, quindi, era quello di tutelare un rapporto *parafamiliare* ulteriore rispetto a quello del minore con il proprio nucleo familiare originario e i propri parenti".

Con la riforma in materia di filiazione del 2012 e l'introduzione dello status unico di figlio è stata eliminata qualsiasi distinzione ed oggi sono riconosciuti a tutti, figli naturali, matrimoniali e adottivi, gli stessi diritti; di conseguenza, continua il tribunale, anche la nuova formulazione dell'art. 74 sulla parentela prevede "lo stato unico di figlio-parente, ivi compresa tanto la filiazione biologica quanto quella adottiva" dunque, se può considerarsi ragionevole e conforme alle finalità dell'istituto stesso la perdurante esclusione della parentela in caso di adozione dei maggiorenni (realizzata per trasmettere il patrimonio e il cognome dell'adottante ad un soggetto

¹⁵⁸ P. Morozzo della Rocca, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. dir.*, 2013, 8-9, p. 838 ss.; M. Cinque, *Adozioni in casi particolari: parentela tra "fratelli acquisiti"?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1, p. 78 ss.

¹⁵⁹ L. Lenti, *op. cit.*, p. 411 ss.

già titolare di uno *status filiationis* valido), non può sostenersi lo stesso per l'adozione dei minori anche se in casi particolari, non rispondendo al *best interest of the child*¹⁶⁰.

Altra parte di studiosi e giudici invece ritenevano che la novella del 2012 non avesse abrogato, neanche tacitamente, l'art. 55 della legge n. 183/1984 nella parte in cui, per quanto riguarda gli effetti dell'adozione in casi particolari, richiama la disciplina dell'adozione dei maggiorenni e in particolare l'art. 300 c.c. che afferma “che l'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato, né tra l'adottato e i parenti dell'adottante”.

A sostegno di questa tesi si richiamavano le parole del presidente della Commissione che ha elaborato il testo originario della legge n. 219, il quale esplicitamente escludeva il sorgere del vincolo di parentela con la famiglia dell'adottante anche in ipotesi di adozione in casi particolari e si evidenziava, quindi, la mancanza di qualsiasi dichiarazione da parte del legislatore di compiere questa abrogazione, quindi di sganciare la disciplina degli effetti dell'adozione in casi particolari da quella dei maggiorenni per assimilarla, invece, a quella legittimante¹⁶¹.

Nel febbraio 2022 è intervenuta la Corte costituzionale¹⁶² a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 55 della legge n. 184/1983 laddove, mediante richiamo all'art. 300, secondo comma, c. c., prevede “che ‘l'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante’”. La Corte ha riscontrato, anche in riferimento all'art. 8 della CEDU, la violazione degli artt. 3, 31, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., dal momento che il mancato sorgere dei rapporti di parentela con la famiglia di chi adotta introduce una diversità di trattamento a danno dei bambini adottati in casi particolari rispetto agli altri figli (essendo ormai unico lo *status* di figlio e riconoscendo l'esistenza di numerosi riferimenti legislativi che depongono, anche in caso di adozione ex art. 44, a favore del riconoscimento dello stato di figlio), privandoli, in aggiunta, “di relazioni giuridiche che contribuiscono a formare la loro identità e a consolidare la loro dimensione personale e patrimoniale”. Il mancato sorgere dei rapporti di parentela, giustificato per l'adozione dei maggiorenni alla quale la disciplina di quella in casi particolari rimanda, non è

¹⁶⁰ Trib. min. Bologna, 3 luglio 2020, in *Fam. dir.*, 2021, 3, p. 381 ss.; Trib. min. Sassari, 20 gennaio 2022, su *articolo29.it*.

¹⁶¹ M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2021, p. 454 ss.

¹⁶² Corte Cost., 23 febbraio 2022, n. 79, su *cortecostituzionale.it*.

rispondente alla *ratio* di quest'ultima, che è sempre dettata per soddisfare l'interesse del minore e per permettergli di crescere in un ambiente familiare idoneo: riconoscere giuridicamente ulteriori legami, cioè un numero maggiore di adulti con il quale il bambino si rapporta e che sono titolari di obblighi nei suoi confronti, non comporta alcun attentato al normale sviluppo della personalità anzi, garantisce una piena ed effettiva tutela all'identità del minore, che si plasma proprio sull'appartenenza a due gruppi familiari¹⁶³.

Posta questa premessa sugli effetti, deve ricordarsi che i casi particolari in cui è ammessa questa tipologia di adozione in origine erano tre, con la riforma del 2001 sono stati innalzati a quattro.

L'art. 44 stabilisce che è possibile adottare minori anche quando non sussistono le condizioni previste dall'art. 7, primo comma, della legge sull'adozione (cioè anche in mancanza dello stato di abbandono) ed anche se esistono figli legittimi degli adottanti in quattro differenti ipotesi: *“a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, quando il minore sia orfano di padre e di madre; b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre; d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo”*. Si precisa, poi, nel comma 3, che l'adozione prevista dalle lettere a), c), d), è ammessa anche nei confronti di chi non è coniugato.

La legge prevede che, anche quando è stata dichiarata l'adottabilità del minore, possa comunque trovare applicazione l'adozione particolare invece di quella ordinaria: seguendo l'intenzione originaria del legislatore, recuperata attraverso lo studio dei lavori preparatori, questo non starebbe ad indicare che i due istituti possono essere collocati sullo stesso piano poiché l'adozione ai sensi dell'art. 44 si presenta come ipotesi eccezionale e residuale, non alternativa, rispetto alla regola generale rappresentata dall'adozione legittimante¹⁶⁴, ragion per cui quando esistono

¹⁶³ U. Salanitro, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*, in *Giur. it.*, 8-9, p. 1827 ss.; R. Senigaglia, *Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 5, p. 1333 ss.

¹⁶⁴ Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 2, p. 177 ss.: *“l'impianto dell'adozione c.d. 'in casi particolari' disciplinato dalla L 184/1983 aveva come obiettivo, riconosciuto nei lavori preparatori*

tutti i requisiti richiesti dalla legge dovrà farsi riferimento a quest'ultima. L'adozione in casi particolari rappresenterebbe, quindi, *“una sorta di ultima chance per garantire ai minori assistenza morale e materiale”*¹⁶⁵.

Una simile impostazione appare, attualmente, estremamente restrittiva: nelle intenzioni del legislatore del 1893 l'art. 44 poteva essere identificato come una valvola di sicurezza, necessaria seppur di limitata applicazione, ma oggi le relazioni umane sono molto più articolate e complesse, non sono pochi i casi in cui le funzioni di genitore sono svolte (anche o esclusivamente) da chi non ha concepito il bambino e la disciplina esistente in materia è insufficiente, non in grado di rispondere a questa evoluzione¹⁶⁶.

Vista l'inerzia del legislatore italiano del nuovo millennio è solo grazie all'attività svolta dalla giurisprudenza che è possibile offrire soluzioni adeguate ai bisogni dei minori in molti più casi di quelli realmente disciplinati.

Il lavoro compiuto dai giudici negli anni, però, non è assolutamente di creazione *ex novo* di elementi normativi, funzione riservata al Parlamento, ma di interpretazione di questi stessi dati già elaborati da un “legislatore che appare lungimirante laddove da un lato adotta una tecnica normativa elastica e che si presta particolarmente ad interpretazioni evolutive e, dall'altro, richiama espressamente nelle norme stesse i principi generali che devono costituire il costante riferimento in questa materia”; l'ampliamento del novero dei casi nei quali può trovare applicazione l'adozione in casi particolari non è frutto “di un'interpretazione estensiva del tenore letterale della norma ma di una scelta ermeneutica che, senza violare il significato letterale delle parole, dia alle stesse corretto significato anche tenendo conto dell'interpretazione logica, sistematica e teleologica, coerente con il sistema di norme che disciplinano la materia e con lo scopo per il quale è stata emanata”¹⁶⁷.

e sempre richiamato da dottrina e giurisprudenza, quanto alle ipotesi di cui alla lettera b) di rafforzare legami di fatto esistenti nell'ambito di una nuova unità familiare e, quanto alle altre ipotesi, di evitare a minori per i quali non fosse possibile l'adozione legittimante, una prolungata istituzionalizzazione”; Trib. min. Piemonte e Valle d'Aosta, 11 settembre 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 2, p. 205 ss.

¹⁶⁵ C. Cirio, *Certeza e stabilità delle relazioni familiari del minore. La stepchild adoption*, in *Corr. giur.*, 2017, 6, p. 810 ss.

¹⁶⁶ G. Ferrando, *op. ult. cit.*; G. Giorgi, *Adozione in casi particolari e rapporti familiari di fatto: l'interesse concreto del minore*, in *Corr. giur.*, 2018, 11, p. 1399 ss.

¹⁶⁷ App. Milano, 9 febbraio 2017, in *Corr. giur.*, 2017, 6, p. 798 ss.

La Corte costituzionale aveva precisato i rapporti tra adozione piena e adozione particolare nella stessa sentenza n. 383/199, chiarendo che solo per l'adozione piena è necessario lo stato di abbandono del minore, e quindi l'obiettivo è quello di dare a questo una famiglia sostitutiva, mentre nell'altro caso si può procedere anche in assenza di abbandono perché vi è, nell'interesse del minore, la necessità di dare veste giuridica a rapporti familiari di fatto già esistenti, definendo anche responsabilità e obblighi delle parti coinvolte¹⁶⁸.

La Corte ha, poi, qualificato la lettera c) (ora d) dell'art. 44 della legge n. 183/1984 come *“una sorta di clausola residuale”* per *“i casi speciali non inquadrabili nella disciplina dell'adozione legittimante, consentendo l'adozione anche quando non ricorrono le condizioni di cui al primo comma dell'art. 7”*, ricordando come questo articolo 44 sia retto *“dalla ‘assenza delle condizioni’ previste dal primo comma del precedente art. 7 della medesima legge n. 184”*. Tale pronuncia è stata interpretata dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza non come intenzione della Corte di costruire una precisa gerarchia tra adozione legittimante e adozione in casi particolari, ma come volontà di ampliare il campo di applicazione dell'art. 44, in particolare della lettera d), considerando che la *ratio* della disciplina è quella di tutelare pienamente il diritto del minore a crescere in un ambiente familiare idoneo anche quando non è possibile disporre l'adozione legittimante: *“l'art. 44 rende meno rigidi i presupposti dell'adozione a beneficio di alcuni casi particolari ritenuti meritevoli di tutela, non richiedendo la previa dichiarazione di adottabilità del minore.*

L'ipotesi di cui alla lettera d) è clausola residuale, ‘capace di dare tutela a quelle fattispecie ulteriori che non rientrassero compiutamente nei termini dei precedenti a), b) e c).

Non a caso le prime tre fattispecie individuano situazioni ben definite, mentre la quarta risulta (volutamente) più generica. La pretesa di subordinare l'applicazione di una norma che ha l'evidente funzione di clausola residuale alla sussistenza di un rigido presupposto, quale l'accertamento di una carenza di un contesto genitoriale idoneo alla crescita del minore, non è assolutamente previsto e ne rappresenta una

¹⁶⁸ L'adozione particolare *“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 lo ha accolto, formalizzando il rapporto affettivo instauratosi con determinati soggetti che si stanno effettivamente occupando di lui”*.

palese forzatura che ne tradisce la ratio, oltre che la lettera'. Infatti l'art. 44 lett. d) rispetta proprio i vincoli affettivi e relazionali preesistenti e risolve situazioni particolari nel preminente interesse del minore.

È una norma aperta che ha lo scopo di favorire il consolidamento di rapporti tra il minore e persone che già si prendono cura di lui. Pertanto 'viene data rilevanza giuridica a tutte le situazioni in cui, mancando le condizioni che consentono l'adozione 'tipo' con effetti legittimanti, risulti comunque preminente la finalità di proteggere il minore, tanto da giustificare la applicazione di una disciplina diversa sotto un profilo soggettivo e semplificata.'¹⁶⁹.

¹⁶⁹ App. Milano, 9 febbraio 2017, cit.

2. Presupposti e ambito di applicazione dell'art. 44 della legge 4 maggio 1983 n. 184

La disciplina dell'adozione in casi particolari è costruita guardando all'adozione ordinaria, cioè all'adozione di persone di maggiore età disciplinata agli artt. 291 e seguenti c.c. I requisiti e i presupposti sono meno rigidi rispetto a quelli necessari per l'adozione piena dei minori, gli effetti sono meno incisivi, il procedimento è più rapido e semplice. In ogni caso la presenza di altri figli non preclude l'adozione in casi particolari.

Si afferma che i presupposti sono meno rigidi, perché non è richiesto che gli adottanti siano coniugati anzi, nei casi previsti nelle lettere *a*, *c*, *d* può parlarsi anche solo di adottante, poiché è ammessa l'adozione da parte di persona singola. Il comma 3 dell'art. 44 fornisce risposta positiva, anche se limitata solo ad alcune ipotesi, al potere attribuito al legislatore dalla Convenzione internazionale di Strasburgo di prevedere diverse forme di adozione a favore dei minori, in aggiunta o in alternativa all'adozione legittimante aperta alle coppie coniugate.

La stessa disposizione, tuttavia, nel terzo comma precisa che *“se l'adottante è persona coniugata e non separata, l'adozione può essere tuttavia disposta solo a seguito di richiesta di entrambi i coniugi”*. La previsione normativa vuole assicurare al minore di essere accolto in una famiglia desiderosa di accudirlo, nella quale entrambi i componenti della coppia genitoriale hanno deciso di assumersi tale responsabilità così che il bambino possa contare sul sostegno di tutti e due i genitori.

Non è necessario, a differenza di quanto richiesto per l'adozione legittimante, che i coniugi siano spostati da un certo periodo di tempo.

La legge nulla dice in merito alle ipotesi di coniugi separati, perciò sul punto sono intervenute posizioni diverse di dottrina e giurisprudenza. Una parte sostiene, nel rispetto del preminente interesse del minore a conservare buoni e intensi rapporti già esistenti, che il singolo possa adottare anche se separato soltanto di fatto, né si esclude la possibilità di adozione congiunta da parte di coniugi separati anche legalmente¹⁷⁰, mentre non è riconosciuta l'adozione particolare per i conviventi *more*

¹⁷⁰ Trib. min. Torino, 11 novembre 1985, in *Giur. it.*, 1986, 1, p. 645 ss.

uxorio in accordo con quanto previsto dall'art. 294, comma secondo, c.c., espressamente richiamato dall'art. 55 della legge n. 184/1983, che vieta l'adozione di un soggetto da parte di più persone, “salvo che i due adottanti siano marito e moglie”.

Dall'altra parte milita chi, invece, è favorevole ad aprire l'adozione non legittimante alle coppie conviventi *more uxorio* e, allo stesso tempo, nega che questa possa essere disposta a favore di coppie separate anche solo di fatto, poiché sarebbe impossibile creare un ambiente familiare stabile e idoneo per la crescita del bambino in presenza di queste premesse che potrebbero poi degenerare¹⁷¹.

In ogni caso, l'adozione particolare, che non produce quindi effetti legittimanti, rimane oggi l'unica forma di adozione consentita al singolo nel nostro Paese.

A differenza, poi, di quanto avviene per l'adozione legittimante, in cui il ricorso è presentato dal pubblico ministero di fronte al Tribunale per i minorenni del luogo in cui si trova il minore abbandonato, nell'adozione in casi particolari il procedimento prende avvio dietro istanza di parte.

È, infatti, la coppia, o il singolo aspirante adottante, che deve presentare apposita domanda, manifestando così la propria disponibilità ad adottare un determinato bambino che si trova nelle condizioni previste dal primo comma dell'art. 44. Gli adottanti scelgono il bambino che entrerà a far parte della loro famiglia, già lo conoscono ed hanno con lui un qualche tipo di rapporto, diversamente da quanto avviene nell'adozione piena nella quale è il giudice che, discrezionalmente, decide l'abbinamento e individua, tra le varie disponibili, la coppia di coniugi che meglio risponde alle esigenze del minore abbandonato.

L'adozione in casi particolari, al pari dell'adozione dei maggiorenni, richiede il consenso dell'adottante, che viene manifestato nel momento in cui è presentata domanda di adozione al tribunale, e il consenso dell'adottando, ai sensi dell'art. 45 della legge n. 183/1984¹⁷².

Il minore che ha già compiuto quattordici anni dovrà prestare personalmente il proprio consenso, altrimenti dovrà essere sentito il suo legale rappresentante, cioè

¹⁷¹ Trib. min. L'Aquila, 10 febbraio 1995, in *Dir. fam.*, 1995, p. 1501 ss.

¹⁷² Il primo comma dell'art. 45 della legge n. 183/1984 riproduce in parte l'art. 296 c.c. in materia di adozione delle persone di maggiore età: “per l'adozione si richiede il consenso dell'adottante e dell'adottando”.

il tutore o il genitore a seconda dei casi. In origine era prevista non l'audizione del legale rappresentante del minore di età inferiore ai quattordici anni, ma era necessario il suo consenso: questa parte della disposizione è stata dichiarata costituzionalmente illegittima con sentenza 18 febbraio 1998, n. 182 nella quale la Corte costituzionale sottolineava la contraddizione presente nella disciplina, esistendo per il giudice la possibilità di sindacare il consenso prestato dal legale rappresentante del minore, mentre non gli era riconosciuto il potere di dichiarare l'adozione in caso di un suo irragionevole rifiuto; viene ricordato che la rappresentanza legale non implica la sostituzione, la volontà manifestata dal legale rappresentante non necessariamente coincide con quella del minore, ma questa è prevista a tutela dell'incapace.

Se il bambino ha già raggiunto i dodici anni di età deve essere ascoltato, se è di età inferiore dovrà valutarsi questa possibilità in base alla sua capacità di discernimento.

La manifestazione di questi consensi e pareri favorevoli è una condizione necessaria ma non sufficiente a far sorgere il vincolo tra le parti coinvolte, poiché per il perfezionamento dell'adozione è sempre necessario l'intervento del giudice che, tra l'altro, non è vincolato a queste dichiarazioni. Compito dell'autorità giudiziaria è di verificare la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge e che l'adozione richiesta risponda al preminente interesse del minore, altrimenti non può essere pronunciata.

Tali consensi hanno quindi carattere strumentale, ma non negoziale, e possono essere sempre revocati fino a che non è intervenuta la sentenza che dispone l'adozione.

Secondo quanto dispone l'art. 46 ulteriore requisito necessario affinché possa intervenire sentenza favorevole del giudice è l'assenso dei genitori e del coniuge dell'adottando: ancora una volta la disciplina dell'adozione in casi particolari recupera quanto previsto per i maggiorenni nell'art. 297 c.c.

Il legislatore utilizza un termine diverso rispetto a quello previsto nell'articolo precedente per qualificare questa autorizzazione al fine di sottolineare anche il diverso peso che le manifestazioni di volontà hanno nel procedimento di adozione: l'art. 45 pretende il consenso, cioè il parere obbligatorio del legale rappresentante,

l'art. 46 richiede l'assenso dei genitori o del coniuge dell'adottando, cioè di soggetti che risentiranno degli effetti dell'adozione senza però essere parti del rapporto.

I genitori, in particolare, in quanto rappresentanti legali del figlio in tutti gli atti civili sono, ai sensi dell'art. 45, tenuti a dare il loro consenso se il minore non ha ancora compiuto quattordici anni, e devono manifestare anche il loro assenso secondo quanto previsto dall'art. 46, anche quando il minore ha superato i quattordici anni.

La dottrina ha riconosciuto al consenso una funzione tutelare nell'interesse del minore, mentre l'assenso si ricollega alla funzione di garanzia dell'interesse familiare, essendo finalizzato a neutralizzare i turbamenti che potrebbero derivare dalla costituzione del nuovo rapporto¹⁷³.

Ulteriore distinzione è rappresentata dal fatto che il consenso *“deve essere manifestato personalmente al presidente del tribunale o ad un giudice da lui delegato”*, l'assenso può essere rilasciato anche *“da persona munita di procura speciale rilasciata per atto pubblico o per scrittura privata autenticata”* (art. 56, secondo e terzo comma, legge n. 184/1983). Si tratta di due manifestazioni di volontà distinte e separate, anche se appare improbabile che il genitore che abbia dato il consenso si rifiuti poi di prestare assenso all'adozione.

Se l'assenso è negato da genitori che non esercitano la potestà, il giudice può, ai sensi del secondo comma dell'art. 46, dichiarare ugualmente l'adozione se ritiene che il rifiuto sia *“ingiustificato o contrario all'interesse del minore”*¹⁷⁴: in questi casi si attenua la differenza tra consenso e assenso perché anche quest'ultimo è funzionale all'interesse del minore.

Sul significato da attribuire al secondo comma dell'art. 46, in particolare su cosa si debba intendere per *“genitori esercenti la responsabilità genitoriale”* è intervenuta la giurisprudenza, sia di merito¹⁷⁵ che di legittimità¹⁷⁶, ma anche la

¹⁷³ A. e M. Finocchiaro, *op. cit.*, p. 460.

¹⁷⁴ A. e M. Finocchiaro, *op. cit.*, p. 465: *“Si può ammettere che il rifiuto è contrario all'interesse dell'adottando quando l'adozione assicura a quest'ultimo l'inserimento in un ambiente familiare più elevato di quello originario sia sul piano sociale che su quello economico ed, in proposito, non debbono essere trascurate le eventuali aspettative nel campo dei diritti successori che l'adozione può far nascere in capo all'adottando”*.

¹⁷⁵ Trib. min. Torino, 30 settembre 1988, in *Dir. fam. pers.*, 1989, p. 616 ss.; App. Catanzaro, 18 febbraio 2008, su *deJure.it*; Trib. min. Milano, 4 maggio 2012, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 151 ss.

¹⁷⁶ Cass., 26 ottobre 1992, n. 11604, in *Giur. it.*, 1993, 10, p. 2150 ss.; Cass., 21 settembre 2015, n. 18575 in *Giur. it.*, 2016, 2, p. 319 ss.; Cass., 16 luglio 2018, n. 18827, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1, p. 5 ss., nelle

dottrina: volendo, infatti, interpretare la disposizione in modo letterale si deve escludere l'adozione ogni volta che il dissenso proviene dal genitore che "sia *formalmente*, oltre che titolare, esercente la responsabilità genitoriale, cioè possa esercitare i poteri (es. potere di rappresentanza legale) e le facoltà che per legge sono attribuiti ai genitori per la cura dei figli di età minore. Solo la prova in negativo dell'esistenza di un'esclusione dell'esercizio della responsabilità genitoriale [...] consentirebbe dunque al giudice di procedere a un esame di merito delle ragioni del mancato assenso e di procedere ugualmente all'adozione ove lo ritenga ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando (art. 46, comma secondo, l. n. 184/1983)."¹⁷⁷

Seguendo tale interpretazione si andrebbe ad ampliare notevolmente il potere dei genitori di negare il proprio assenso all'adozione in casi particolari, rischiando di minare l'interesse del minore, ragion per cui si è scelto di riconoscere effetto preclusivo al solo dissenso proveniente "dal genitore che non sia mero titolare della potestà genitoriale, ma ne abbia altresì il concreto esercizio, grazie ad un rapporto affettivo con il minore, caratterizzato di regola dalla convivenza, in ragione della centralità attribuita dagli artt. 29 e 30 Cost. alla effettività del rapporto genitore-figlio"¹⁷⁸.

Allo stesso tempo, si sottolinea come non sia necessaria la convivenza con il figlio per la sussistenza di quel rapporto affettivo che evidenzia l'esercizio in concreto della potestà¹⁷⁹, poiché l'esistenza di tale rapporto, e quindi l'esercizio della potestà

quali si giustifica la scelta di seguire quell'orientamento che conferisce "effetti ostativi alla sola volontà dei genitori esercenti la potestà, escludendoli nel caso in cui l'assenso sia stato rifiutato dal genitore che quella potestà non esercita, trova ragion d'essere nella considerazione che solo la comunanza di vita e la conseguente conoscenza degli interessi e delle esigenze del minore rendono rilevante il dissenso".

¹⁷⁷ J. Long, *Adozione in casi particolari e dissenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1, p. 9 ss.

¹⁷⁸ Cass., n. 18575/2015 cit.

¹⁷⁹ Cass., 10 maggio 2011, n. 10265, in *Corr. giur.*, 2012, 1, p. 91 ss.: "In tema di adozione in casi particolari, ha efficacia preclusiva, ai sensi dell'art. 46 della legge 4 maggio 1983, n. 184, il dissenso manifestato dal genitore naturale non convivente all'adozione del figlio minore a norma dell'art. 44, lettera b) della legge richiamata, dovendo egli ritenersi comunque 'esercente la potestà', pur quando lo stesso non sia mai stato convivente con il minore; invero, la legge 8 febbraio 2006, n. 54 sull'esercizio della potestà in caso di crisi della coppia genitoriale e sull'affidamento condiviso, applicabile anche ai figli di genitori non coniugati, ha corrispondentemente riplasmato l'art. 317 bis c. c. Il principio della bigenitorialità ha, infatti, informato di sé il contenuto precettivo della norma citata, eliminando ogni difformità di disciplina tra figli legittimi e naturali, cosicché la cessazione della convivenza tra genitori naturali non conduce più alla cessazione dell'esercizio della potestà".

genitoriale, deve desumersi “dalle reali e qualificanti modalità di svolgimento delle relazioni tra genitore e minore anche se non conviventi tra loro”.

Il dissenso manifestato, dunque, impedirebbe al giudice di pronunciare l'adozione ex art. 44 della legge n. 184/1983 soltanto nel caso in cui questo provenga dal genitore che non è soltanto titolare della responsabilità genitoriale, ma che effettivamente la eserciti, indipendentemente dalla convivenza o meno con il minore, laddove per “esercizio della potestà (oggi ‘responsabilità’) deve intendersi non un’investitura formale da parte del legislatore [...] ma effettivo esercizio delle responsabilità. Questo, sì, può mancare quando il genitore, pur formalmente investito del potere, in concreto non lo eserciti”¹⁸⁰. Anche alla luce di questo orientamento, condividendolo appieno, la Cassazione ritiene oggi che possa essere superato, nell'esclusivo interesse del minore, il diniego all'adozione particolare proveniente dal genitore che da tempo non esercita la propria responsabilità genitoriale nei confronti del figlio con il quale, inoltre, non ha alcun rapporto affettivo. Ancora più incisivo è l'intervento della Suprema Corte in caso di adozione particolare ex lett. d), essendo stata chiamata a pronunciarsi in riferimento ad un percorso di genitorialità condiviso tra due persone omosessuali ma tra le quali solo una può essere riconosciuta come genitore biologico. In questo caso, infatti, ci troviamo di fronte due figure che sin dalla sua nascita si atteggiavano nei confronti del bambino come genitori, ma solo una di queste è giuridicamente riconosciuta; il rischio è che questi possa manifestare il suo dissenso all'adozione in casi particolari da parte del genitore intenzionale esclusivamente per motivazioni inerenti alle dinamiche relazionali della coppia, e non anche il riferimento alla tutela del minore.

Per ovviare a tali situazioni è, dunque, riconosciuto il potere del giudice di sindacare il diniego da parte del genitore biologico, che è pur titolare ed esercita la responsabilità genitoriale, “esclusivamente sotto il profilo della conformità all'interesse del minore”¹⁸¹, in considerazione della circostanza che il genitore intenzionale ha volontariamente assunto su di sé tutte quelle prerogative rientranti in questa responsabilità.

¹⁸⁰ Cass., n. 18827/2018 cit.

¹⁸¹ Cass., 8 novembre 2022, n. 32162, su *cortedicassazione.it*

Allo stesso modo il giudice può dichiarare l'adozione in casi particolare quando l'assenso è negato da parte del coniuge non convivente dell'adottando. Quest'ultima ipotesi ha, comunque, applicazione marginale, poiché si riferisce ai minori ultrasedicenni autorizzati a contrarre matrimonio ai sensi dell'art. 84 c.c.

Il Tribunale potrà, inoltre, pronunciare l'adozione se risulta impossibile raccogliere l'assenso per irreperibilità dei soggetti indicati o a causa della loro accertata incapacità di intendere.

A differenza di quanto avviene per il consenso, la legge nulla dice circa la possibilità di revocare l'assenso e, sul punto, la dottrina ha assunto posizioni contrapposte. Parte di essa ritiene applicabile la disciplina dettata per la revoca del consenso dall'art. 47 perciò, in linea con il principio della revocabilità dei poteri familiari, anche l'assenso sarebbe ritirabile fino al momento dell'emissione della sentenza che dispone l'adozione, anche perché fino a questo momento non vi è acquisizione di alcun diritto né per l'adottante né per l'adottando, così da tutelare appieno anche soggetti che non sono parti del rapporto ma che risentiranno degli effetti della adozione¹⁸²; altra parte, al contrario, sostiene l'impossibilità di revocare l'assenso richiamando non solo il dato letterale e quindi la volontà del legislatore di non sottoporre entrambe le dichiarazioni alla medesima disciplina, ma sottolinea anche la diversa funzione del consenso, che è presupposto necessario per giungere ad una determinata situazione giuridica, rispetto all'assenso che, invece, indica assenza di opposizione alla concretizzazione di questo rapporto da parte di un soggetto che vivrà soltanto indirettamente i suoi effetti¹⁸³.

Il richiamo alla disciplina dell'adozione delle persone di maggiore età è, inoltre, presente nell'art. 55 della legge n. 184/1983 nel quale espressamente si rimanda agli artt. 293, 294, 295, 299, 300 e 304 c.c. In particolare, oltre ad indicare i diritti e i doveri delle parti (art. 300 c.c.¹⁸⁴ e 304 c.c. sui diritti di successione¹⁸⁵) e ad escludere che con l'adozione particolare un soggetto possa essere adottato da più

¹⁸² G. Collura, *L'adozione in casi particolari*, in *Tratt. dir. fam.*, II, a cura di P. Zatti, Milano, 2012, p. 969.

¹⁸³ A. e M. Finocchiaro, *op. cit.*, p. 460.

¹⁸⁴ *"L'adottato conserva tutti i diritti e i doveri verso la sua famiglia di origine, salve le eccezioni stabilite dalla legge. L'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato, né tra l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge"*.

¹⁸⁵ *"L'adozione non attribuisce all'adottante alcun diritto di successione. I diritti dell'adottato nella successione dell'adottante sono regolati dalle norme contenute nel libro II"*.

di una persona, a meno che gli adottanti non siano coniugati (art. 294 c.c.), si ribadisce che i minori non possono essere adottati dai loro genitori o dal tutore, anche se in quest'ultimo caso sono previste delle eccezioni.

La previsione dell'art. 293 c.c. (*"I figli [nati fuori dal matrimonio] non possono essere adottati dai loro genitori"*) risente dell'epoca in cui è stata emanata, anche se nel corso del tempo è stata modificata e la sua portata ridimensionata. In origine, infatti, la disposizione negava ai genitori la possibilità di adottare i figli nati fuori dal matrimonio, in armonia con il principio di tutela della famiglia legittima e la posizione di favore riconosciuta ai figli legittimi rispetto agli altri.

Questa disposizione contrastava con quanto previsto dall'art. 12 par. 3 della Convenzione di Strasburgo sull'adozione dei minori del 1967 che, invece, obbligava gli Stati firmatari a permettere l'adozione dei figli nati fuori dal matrimonio da parte dei propri genitori se questa risultava essere più vantaggiosa per il minore. Nonostante questa previsione di origine internazionale, il nostro legislatore ha escluso, in ogni caso e indipendentemente da qualsiasi valutazione circa l'interesse del minore, la possibilità di procedere a questa tipologia di adozione fino alla riforma del diritto di famiglia realizzata con la legge n. 151/1975, con la quale è stata eliminata ogni differenza di trattamento tra figli legittimi e naturali anche ai fini dell'adozione ai sensi dell'art. 44 della legge n.184/1983.

Se, infatti, il dettato originario dell'art. 55 rifletteva lo sfavore con cui si guardava ai figli naturali, oggi la disposizione vuole assicurare la certezza del diritto, evitando il sovrapporsi di due diversi *status*, e distinguere l'istituto dell'adozione particolare da quello del riconoscimento del figlio ai sensi dell'art. 250 c.c., tenendo conto delle loro diverse caratteristiche e conseguenze. Quindi, essendo oggi possibile riconoscere il figlio nato fuori dal matrimonio, deve essere preferita questa strada rispetto all'adozione ex art. 44 che è meno responsabilizzante per il genitore.

L'art. 293 c.c., richiamato dall'art. 55 della legge n. 184/1983, rimane riferibile solo ai figli non riconoscibili tra i quali figurano gli incestuosi, la cui posizione risulta essere aggravata e discriminata rispetto agli altri figli, poiché possono essere riconosciuti solo in presenza di particolari condizioni, quindi non godono appieno della parificazione circa lo status di figlio alla quale si è giunti nel corso degli anni e non possono nemmeno essere adottati secondo la disciplina dell'adozione in casi

particolari; oltre al dato giuridico si aggiunge, poi, il turbamento con il quale l'opinione pubblica da sempre accoglie questi bambini all'interno della società, considerati il frutto di un atto tra i più moralmente riprovevoli.

Questo sentimento comune è risalente nel tempo e ha sempre trovato espressione nelle previsioni normative, infatti, l'impossibilità di riconoscere figli nati da incesto era presente già nello Statuto Albertino e riconfermato nel codice italiano del 1865, nel quale l'art. 180 sanciva il divieto assoluto di riconoscere il minore nato *“da persone fra le quali non poteva sussistere matrimonio per vincolo di parentela, o di affinità in linea retta all'infinito, o per vincolo di parentela in linea collaterale nel secondo grado”*. Anche il codice del 1942 nella sua formulazione originaria ribadiva questo divieto, ma prevedeva, allo stesso tempo, la possibilità di riconoscere il figlio da parte di quei genitori che erano ignari, al momento del concepimento, dell'esistenza di questo particolare legame tra di loro, o anche solo da parte del genitore in buona fede; rimangono comunque vietate le indagini sulla maternità e sulla paternità almeno fino al 2002, quando la Corte Cost., con sentenza n. 494, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 278 primo comma c.c. nella parte in cui escludeva la possibilità di compiere questi accertamenti al fine di ottenere una dichiarazione giudiziale di maternità e paternità naturale ai sensi dell'art. 269 c.c.

Un ulteriore passo avanti nella tutela di questi bambini, anche per evitare che il peso e le conseguenze, sia morali che giuridiche, possano ricadere sui figli, è stato fatto nel 2012 con la legge n. 219 di riforma della filiazione che ha modificato il testo dell'art. 251 c.c. Il nuovo testo oggi, infatti, prevede che *“il figlio nato da persone, tra le quali esiste un vincolo di parentela in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado, ovvero un vincolo di affinità in linea retta, può essere riconosciuto previa autorizzazione del giudice avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio”*: indipendentemente dalla buona o cattiva fede dei genitori, l'autorizzazione giudiziale è rilasciata guardando all'interesse del minore, confermando quel ribaltamento di opinione per cui il dito non deve essere puntato contro il bambino, bensì contro i genitori; non si dovrebbe più parlare di figli incestuosi, ma di genitori incestuosi¹⁸⁶.

¹⁸⁶ A. Mendola, *“La nuova disciplina dei figli incestuosi: il superamento del divieto di riconoscimento”* su *camminodiritto.it*.

L'art. 55 della legge sull'adozione, poi, richiama anche l'art. 295 c.c. che sancisce il divieto per il tutore di *“adottare la persona della quale ha avuto la tutela”*, se non in presenza di particolari condizioni: questa può essere accordata solo *“dopo che sia stato approvato il conto della sua amministrazione, sia stata fatta la consegna dei beni e siano state estinte le obbligazioni risultanti a suo carico o data idonea garanzia per il loro compimento”*.

La *ratio* di questa disposizione è quella di evitare che il tutore possa essere spinto ad adottare non in virtù del legame e dell'affetto che lo lega al bambino, quindi per assicurare al minore un ambiente sano, confortevole e amorevole in cui crescere, ma soltanto per ragioni economiche, ed ha l'obiettivo di tenere distinti i rapporti personali dagli interessi patrimoniali derivanti dal compito che il tutore, in quanto rappresentante e custode dei beni dell'incapace, è chiamato a svolgere.

2.1 L'adozione del minore orfano

La prima delle quattro ipotesi previste nell'art. 44 della legge 184/1983 relativamente all'adozione in casi particolari riguarda il minore orfano di padre e di madre. La lettera a) dell'articolo, infatti, riconosce la possibilità di adottare a *“persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, quando il minore sia orfano di padre e di madre”*.

In tale situazione si può procedere con l'adozione particolare proprio per mancanza dello stato di abbandono, requisito non necessario per questa tipologia (*“I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7”*, art. 44, comma primo, legge 184/1983), indispensabile invece per l'adozione legittimante: questo stato, infatti, non sussiste laddove i parenti fino al quarto grado che hanno rapporti significativi con il bambino si occupano di lui in luogo dei genitori assenti o incapaci, così come sancito dall'art. 10 della medesima legge¹⁸⁷. Così facendo è possibile dare veste e rilevanza giuridica a rapporti e

¹⁸⁷ Di recente la Cassazione, (4 dicembre 2019, n. 31672, su osservatoriofamiglia.it) ha precisato che per escludere lo stato di abbandono non è sufficiente che esistano parenti fino al quarto grado che siano disponibili

situazioni di fatto già esistenti, definendo in modo preciso i diritti e i doveri reciproci dei soggetti coinvolti.

La disposizione in esame, però, amplia la platea di soggetti nei confronti dei quali può essere accordata l'adozione particolare, ricomprendendo anche i parenti fino al sesto grado e persone che, indipendentemente da qualsiasi rapporto di parentela, abbiano con il minore orfano un "*preesistente rapporto stabile e duraturo*" che può essere sorto in seguito ad un periodo di affidamento, così come espressamente previsto dalla lett. a), o anche da altre situazioni e legami che il bambino ha stretto prima della scomparsa dei propri genitori.

L'esistenza di questo rapporto che giustifica l'adozione particolare dovrà essere accertata e valutata dal tribunale competente, ma l'espressione utilizzata non presuppone necessariamente una convivenza pregressa tra il minore e coloro che richiedono di adottarlo poiché richiama anche quei legami di amicizia che sorgono tra diversi nuclei familiari.

Ulteriore requisito previsto dal comma quattro dell'art. 44 riguarda la differenza di età tra adottando e adottante: questa deve essere di almeno diciotto anni.

La formulazione così ampia della lettera a) è stata oggetto di critiche mosse da dottrina minoritaria che temeva che la norma potesse avallare il fenomeno del mercato dei minori, ma tali preoccupazioni appaiono esagerate considerando sia il presupposto fondamentale per l'applicazione della lett. a), cioè la condizione di orfano di entrambi i genitori in cui deve trovarsi il minore, sia i criteri di logica comune a cui è ispirata la disposizione.

Il legislatore, infatti, si è preoccupato di assicurare, a favore di un bambino che ha vissuto un trauma così grande come la perdita dei genitori, la ricostruzione di un ambiente sano e solido in cui trovare sostegno, affetto e tutti gli strumenti necessari per superare questo momento così difficile; guardando l'esperienza concreta si è osservato come il minore riesca a oltrepassare questa situazione più facilmente e velocemente se rimane all'interno della propria cerchia parentale o con persone che egli già conosce e con le quali ha già rapporti affettivi, rispetto a ciò che accade

ad occuparsi del minore, ma è anche necessario che vi siano dei rapporti pregressi significativi tra il minore e questi suoi parenti.

quando è costretto ad inserirsi in un ambiente familiare del tutto nuovo, andandosi ad aggiungere questo ulteriore stress psicologico al trauma già vissuto¹⁸⁸.

Per raggiungere, quindi, l'obiettivo di inserire il minore orfano in un ambiente familiare idoneo senza, però, allontanarlo da quella che è la sua naturale rete di rapporti e affetti, il legislatore italiano ha individuato questi due diversi criteri, uno formale che fa riferimento ai rapporti di parentela, l'altro sostanziale che guarda, invece, a relazioni e legami di fatto sorti da tempo con terzi, riconoscendo dunque la loro importanza nella crescita del bambino.

Nella realtà può sussistere una concorrenza tra queste due situazioni laddove, in seguito alla morte dei genitori, si mostrino disponibili ad adottare tanto i parenti indicati nella legge, quanto terzi estranei alla cerchia parentale che possono però vantare un rapporto stabile e duraturo con il minore ormai rimasto orfano. In questo caso sarà il giudice a dover valutare e decidere sempre in modo da soddisfare il preminente interesse del minore dovendosi accordare, a parità di condizioni, una preferenza per i parenti entro il sesto grado, in armonia con quanto disposto dall'art. 1 della legge 183/1984 che riconosce il diritto del minore *“di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia”*.

Questo non vuol dire che l'adozione del minore orfano ai sensi della lett. a) dell'art. 44 sarà disposta sempre a favore dei parenti, dal momento che il tribunale dovrà sempre esaminare il caso considerando i criteri indicati nell'art. 57 della stessa legge n. 184/1983 e quindi indagare la personalità del minore e dell'adottante, oltre alla sua *“idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare”*, valutare le motivazioni delle parti e le possibili conseguenze che la decisione avrà sull'adottando.

Può anche verificarsi una concorrenza tra le diverse tipologie di adozione, quella particolare ex artt.44 e ss. e quella legittimante ex. artt. 6 e ss. della legge 184/1983: l'art. 44 infatti afferma che l'adozione dei minori in casi particolari può essere accordata *“anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7”* e sta ad indicare che si può procedere con questo tipo di adozione sia

¹⁸⁸ G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Padova, 1992, p. 467.

in assenza, ma anche in presenza di una dichiarazione di adottabilità; sarà il giudice a dover decidere come procedere nel preminente interesse del minore.

Nel caso del minore orfano ex lett. a) si deve considerare che l'adozione disposta a favore dei parenti entro il quarto grado che hanno rapporti significativi con il minore produce effetti legittimanti, mentre per i parenti oltre il quarto grado e terzi è possibile solo l'adozione particolare; nel caso poi, in cui parenti entro il sesto grado o terzi che abbiano con il minore rapporti significativi, pur esistendo, non manifestino alcuna volontà di adottare l'orfano allora si dovrà, inevitabilmente, dichiarare lo stato di abbandono e quindi l'adottabilità del minore, procedere secondo quanto previsto dagli artt. 6 ss. della legge sull'adozione e inserire il bambino in un ambiente familiare nuovo.

È dunque possibile che siano contemporaneamente presentate più domande di adozione particolare da parte di soggetti legati in modo diverso al minore orfano (in caso di istanze presentate da più parenti la Cassazione ha chiarito con sent. 1° agosto 1996, n. 6956, che non ha alcun rilievo, in questo caso, la distinzione tra parenti in linea retta e parenti in linea collaterale), così come può accadere che istanza di adozione ai sensi dell'art. 44 della legge 183/1984 sia proposta in pendenza di un procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità. Dottrina e giurisprudenza hanno affrontato la questione riconoscendo come l'esistenza di una procedura volta ad accertare lo stato di abbandono del minore non precluda la possibilità di avviare un procedimento per l'adozione particolare, poiché sarà comunque compito del giudice accertare ciò che è meglio per l'orfano quindi, eventualmente, concludere l'accertamento sulla adottabilità e procedere con l'adozione in casi particolari.

Se, però, è già stata dichiarata l'adottabilità i parenti tra il quarto e il sesto grado, così come i terzi che rispondono ai requisiti richiesti dalla legge, non possono più presentare alcuna istanza, mentre questa possibilità continua a sussistere per i parenti entro il quarto grado. In questo caso, però, siamo di fronte ad una situazione in cui è stato accertato l'abbandono del minore proprio perché i parenti entro il quarto grado non hanno inizialmente provveduto in luogo dei genitori, quindi il tribunale dovrà indagare i motivi dietro questo cambiamento e capire perché ora questi parenti sono desiderosi di accudire l'orfano.

Sarà sempre il giudice che dovrà valutare in base alle domande presentate quale tipologia di adozione è più vantaggiosa per il minore e quale tra gli aspiranti adottanti, coppie o anche persone singole in caso di adozione particolare, meglio risponde all'interesse del minore.

2.2 L'adozione del figlio del coniuge

Il secondo caso individuato dall'art. 44 della legge n. 184/1983 nella lettera *b*) del primo comma permette l'adozione in casi particolari *“dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge”*. Risulta essere oggi la tipologia di adozione in casi particolari maggiormente applicata, in ragione anche della varietà e pluralità di legami affettivi e familiari a cui si può dare vita.

La disposizione risolve il problema, presente prima della sua introduzione e discusso dalla dottrina¹⁸⁹, circa la possibilità di adottare con adozione speciale il figlio legittimo o naturale dell'altro coniuge: in assenza di qualsiasi previsione normativa la dottrina era divisa nel riconoscere o meno l'adozione speciale da parte di entrambi i coniugi del figlio naturale riconosciuto da uno dei due, l'adozione speciale del figlio legittimo di uno dei due coniugi, l'adozione speciale dei figli non riconoscibili o per difetto di età dei genitori o perché incestuosi. In queste situazioni non può procedersi con adozione legittimante per mancanza dello stato di abbandono e quindi il legislatore ha ritenuto opportuno inserirle tra le ipotesi di adozione in casi particolari.

Lo stato di abbandono non sussiste proprio perché il bambino è affidato, convive con uno dei suoi genitori biologici e, in più, vi è anche il coniuge di quest'ultimo che si prende cura di lui, senza considerare che anche l'altro genitore biologico potrebbe preoccuparsi della sua crescita e partecipare in vario modo alla sua vita. L'obiettivo della disposizione non è, quindi, quello di assicurare al minore una famiglia che possa garantirgli un'adeguata assistenza materiale e morale, non vi è questa mancanza, ma il fine è quello di rendere giuridicamente rilevante la

¹⁸⁹A e M. Finocchiaro, *op. cit.*, p. 445 ss.

relazione esistente tra il bambino e il nuovo coniuge del proprio genitore biologico con il quale ha comunque un rapporto di convivenza e comunione di vita stabile.

Elemento fondamentale è l'esistenza del rapporto di filiazione (non rilevava già dal momento dell'introduzione della disciplina alcuna distinzione tra filiazione legittima, legittimata, naturale o adottiva che fosse) che deve risultare certo mediante riconoscimento o dichiarazione giudiziale, ed è poi necessario l'assenso dell'altro genitore, ex art. 46, qualora esistesse. Anche se nella lett. b) dell'art. 44 non vi è alcun riferimento all'altro genitore biologico non si può ritenere che la disposizione sia applicabile solo se questo è deceduto, ha abbandonato il bambino o non lo ha riconosciuto, poiché devono ricomprendersi anche le ipotesi di annullamento o scioglimento del matrimonio.

Quest'ultima, attualmente, si verifica molto più spesso rispetto a quanto accadeva in passato, considerando l'istituto del divorzio introdotto nel nostro Paese con legge n. 898/1970: oggi, infatti, il matrimonio può cessare per volontà dei coniugi che sono poi liberi di sposarsi nuovamente con altre persone e dar quindi vita a famiglie allargate di vario tipo, mentre prima di questa data la fattispecie avrebbe potuto applicarsi esclusivamente al caso del coniuge superstite con figlio minore a carico che convolava a nuove nozze. Il legislatore del 1984, consapevole di tali sfaccettature relative ai rapporti familiari conseguenti la dichiarazione di divorzio, anche se all'epoca i numeri erano comunque inferiori rispetto a quelli che oggi siamo abituati a conoscere, ha dettato questa specifica disciplina guardando all'interesse esclusivo del minore coinvolto incolpevolmente nella rottura della sua famiglia di origine. Oggi, inoltre, si può far riferimento anche a tutte quelle situazioni in cui è cessata la relazione amorosa tra i genitori biologici che tra di loro non si sono sposati e che hanno poi dato vita ad un'altra famiglia fondata sul matrimonio.

Ratio di questa disposizione è quella di dare una veste giuridica e stabilità a rapporti e legami di fatto già esistenti tra il minore figlio di uno dei due coniugi con il quale convive e l'altro coniuge, salvaguardando, allo stesso tempo, la relazione tra il bambino e l'altro genitore biologico e i suoi parenti, se presenti.

Attraverso il sorgere di questo rapporto di filiazione adottiva si vuole favorire l'unità familiare, intesa come “*valore complessivo espresso nel combinato disposto*”

*dei commi 1° e 3° dell'art. 30, Cost.*¹⁹⁰, anche e soprattutto nell'interesse del minore proprio perché, definendo il rapporto tra l'adottando e il coniuge del genitore, si cerca di superare il disagio che potrebbe derivare al bambino dal vivere in una famiglia nella quale una delle componenti fondamentali è per lui giuridicamente estranea e in cui suoi eventuali fratelli e sorelle hanno un cognome diverso; per promuovere l'unità familiare, inoltre, la Corte costituzionale con sentenza 2 febbraio 1990, n. 44, ha riconosciuto il potere del giudice di derogare e ridurre ragionevolmente il divario di diciotto anni di età tra adottando e adottante.

La lettera *b)* dell'art. 44 permette questa tipologia di adozione anche al coniuge del genitore adottivo dell'adottando, senza però analizzare poi le conseguenze: qualora la prima adozione sia stata legittimante il minore avrebbe rapporti diversi con i due genitori adottivi proprio perché i diritti e gli obblighi, tanto degli adottanti quanto degli adottati, sono diversi nelle due forme di adozione.

Una situazione altrettanto particolare, e non esaminata dal legislatore, viene a crearsi laddove l'altro genitore biologico non è presente perché deceduto o perché ha abbandonato il minore ed è irreperibile, o perché non ha mai voluto riconoscere il bambino: anche in presenza di queste circostanze particolari la legge esclude che l'adozione da parte del coniuge possa essere legittimante, perciò anche in questo caso il bambino avrebbe rapporti giuridicamente diversi con quelle persone che egli considera, di fatto e in condizioni di assoluta parità, i propri genitori¹⁹¹.

Nulla dice la disposizione circa l'applicabilità della lettera *b)* in caso di coniuge separato o vedovo del genitore biologico, quindi sulla questione hanno ragionato sia la dottrina che la giurisprudenza. In merito si fronteggiano due posizioni, una favorevole, che ritiene possibile l'adozione particolare anche se l'adottante è separato dal genitore biologico del minore o è di questi vedovo, attribuendo rilievo al legame instauratosi che non è detto sia destinato a cessare, e prendendo in considerazione anche la formulazione della lettera *b)* che fa riferimento al coniuge, ma nulla dice in caso di vedovanza o separazione, né nel senso di escludere questo

¹⁹⁰ Corte Cost., 17 gennaio 1991, n. 27, in *Giur. it.*, 1991, 1, p. 613 ss.; Corte Cost., 31 gennaio 1990, n. 44, in *Foro it.*, 1990, 1, p. 353 ss.; Corte Cost., 18 marzo 1992, n. 148, in *Giur. mer.*, 1992, 4, p. 1195 ss.

¹⁹¹ A e M. Finocchiaro, *op. cit.*, p. 447.

soggetto né nel senso di riconoscere la sua possibilità di adottare, mentre l'altra posizione è di segno opposto.

Appellandosi alla *ratio* della disposizione, che è quella di favorire l'unità familiare, si ritiene che l'art. 44 lett. b), sarebbe applicabile soltanto finché il genitore di origine è vivo, non esistendo più, in seguito al decesso, l'esigenza di tutelare alcuna unità familiare poiché il minore sarà ora affidato all'altro genitore superstite mentre, in caso di assenza di entrambi i genitori del minore, il coniuge vedovo può vedere assimilata la propria posizione a quella dei terzi che hanno con il bambino *"un preesistente rapporto stabile e duraturo"* e procedere con adozione particolare ai sensi della lett. a)¹⁹².

Anche in questo caso, vi è chi ritiene che debba accordarsi una preferenza al coniuge superstite tra gli eventuali vari aspiranti adottanti e chi invece sostiene che il giudice dovrà, sempre e comunque, valutare la soluzione concreta che più di tutte soddisfa il preminente interesse del minore¹⁹³.

Sul punto la giurisprudenza si è espressa per la prima volta nel 2007 sottolineando, secondo la lettera della norma, come "condizione indispensabile perché si possa far luogo a questo tipo di adozione (è) l'esistenza attuale, al momento dell'inizio della procedura e comunque prima della prestazione dell'assenso di cui all'art. 46, del rapporto di coniugio fra chi intende procedere all'adozione ed il genitore del minore adottando. La sussistenza di questo rapporto, fra coniuge adottante, genitore del minore e minore stesso, individua il legittimato attivo alla relativa azione e costituisce presupposto indispensabile perché si possa giungere all'accoglimento della domanda"¹⁹⁴.

In caso di separazione tra il genitore biologico e nuovo coniuge, invece, non si esclude che possa concludersi positivamente una procedura di adozione ai sensi dell'art. 44 lett. b), infatti, anche se "di regola, l'adozione del figlio del coniuge presuppone convivenza comune, armonia, affetto tra i coniugi, e dovrebbe tendenzialmente escludersi quando la comunione di vita tra essi, come nella specie,

¹⁹² G. Collura, *op. cit.*, p. 983.

¹⁹³ R. M. Bova, *L'adozione non legittimante del figlio del coniuge che sia deceduto senza aver prestato l'assenso*, in *Fam. dir.*, 2008, 3, p. 234 ss.

¹⁹⁴ Corte Cost., 20 luglio 2007, n. 315, in *Fam. dir.*, 2008, 3, p. 230 ss.

sia venuta meno” deve sempre essere preso come principio guida l’interesse del minore e quindi valutare ogni aspetto del caso concreto.

Ciò comporta che se anche è terminata la convivenza matrimoniale, ma si era creata, nel frattempo, una relazione positiva tra il minore e il coniuge del genitore biologico non automaticamente deve essere respinta la domanda di adozione particolare avanzata non essendo immediato il venir meno dell’interesse del minore ad ottenere una sentenza positiva: “Del resto, com’è noto, anche nell’adozione legittimante, ai sensi della l. n. 184, art. 25, comma 5, se nel corso dell’affidamento preadottivo interviene separazione tra i coniugi richiedenti, può pronunciarsi ‘nell’esclusivo interesse del minore’, adozione a favore di uno o di entrambi i coniugi, ove essi o uno di loro ne facevano richiesta”¹⁹⁵.

La giurisprudenza è anche intervenuta per chiarire i rapporti tra lettera b) dell’art. 44 della legge sull’adozione e le tecniche di procreazione medicalmente assistita, in particolare la maternità surrogata.

La materia è disciplinata dalla legge n. 40/2004 che, in origine, vietava sia il ricorso alla fecondazione eterologa che alla gestazione per altri; il divieto relativo alla fecondazione eterologa, cioè la possibilità di ricorrere ad un donatore o ad una donatrice esterni per spermatozoi o ovuli in caso di infertilità assoluta, è caduto in seguito alla sentenza della Corte Cost. n. 162/2014 con la quale viene dichiarata l’illegittimità della disposizione di riferimento, mentre il divieto di praticare la gestazione per altri rimane tutt’ora esistente e la sua violazione rileva anche sul piano penale.

Nonostante tale divieto i tribunali si sono trovati a dover decidere se riconoscere o meno l’adozione ai sensi della lett. b) art. 44 per un bambino nato da maternità surrogata spesso realizzata all’estero: già all’inizio degli anni ’90 è stata ritenuta legittima l’adozione da parte della moglie del padre naturale di un bambino nato da donna anonima, inseminata artificialmente in un centro francese, che ha portato a termine la gravidanza e, come da accordi precedentemente presi, ha ceduto il figlio al padre naturale che ha subito provveduto a riconoscerlo. Il caso è stato esaminato dalla Corte di appello di Salerno¹⁹⁶ che, pur ribadendo il divieto di

¹⁹⁵ Cass., 19 ottobre 2011, n. 21651, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 279 ss.

¹⁹⁶ App. Salerno, 15 novembre 1991, cit.

questa pratica e l'illegittimità degli accordi finalizzati alla cessione di un minore, ha rilevato come non vi sia alcuna disposizione normativa che disciplini i rapporti tra maternità surrogata e adozione particolare, per cui le conseguenze derivanti dalla violazione del divieto non possono estendersi all'adozione particolare.

Anzi, è stato sottolineato come impedire l'adozione particolare alla moglie del padre naturale fosse contrario all'interesse del minore, poiché riconoscere l'adozione ex art. 44 avrebbe permesso al bambino di rimanere presso il padre naturale e la moglie che aveva manifestato la volontà di adottarlo, gli avrebbe garantito di crescere in un ambiente familiare che era considerato idoneo sulla base delle indagini svolte dal tribunale ai sensi dell'art. 57 della legge n. 184/1983, senza considerare che la madre biologica aveva comunque espresso la volontà di rimanere anonima e di abbandonare il figlio. Considerando, quindi, il preminente interesse del minore è stata accordata l'adozione particolare.

Questo orientamento è stato sostenuto anche da parte della dottrina che ha confrontato il caso esaminato dalla Corte salernitana con l'ipotesi di concepimento avvenuto in modo naturale al di fuori del matrimonio, con successivo parto anonimo e riconoscimento operato solo dal padre: in una situazione del genere non ci sarebbe stato alcun dubbio sulla adottabilità ex art. 44 lett. b) del minore¹⁹⁷.

Non sono, in ogni caso, mancate critiche a questa posizione assunta da parte della giurisprudenza e della dottrina, poiché potrebbe aprire la strada ad abusi volti ad aggirare quanto previsto dalla legge in materia di adozione sulle necessarie indagini che il tribunale deve svolgere per accertare l'idoneità educativa degli aspiranti adottanti: escludendo, infatti, che l'illegittimità degli accordi in materia di maternità surrogata possa influire anche sulla procedura di adozione ex art. 44 si lascerebbe spazio, a coppie desiderose di avere figli ma non biologicamente capaci, di poter pianificare la creazione di una famiglia con l'aiuto di terze persone, eludendo la disciplina normativa.

Anche se si sottolinea che in casi simili a quello deciso dalla corte di Salerno il tribunale, prima di accordare l'adozione particolare, è comunque tenuto a svolgere gli accertamenti indicati dall'art. 57 della legge 184/1983, non si può ignorare che

¹⁹⁷ G. Collura, *op. cit.*, p. 988.

appare improbabile che sia negata l'adozione ai sensi della lett. b) nei confronti della moglie del padre naturale del nato non riconosciuto dalla madre biologica con la quale erano stati conclusi accordi in questi termini, laddove il matrimonio appare stabile e la coppia si sia presa cura in modo adeguato del bambino sin dai suoi primi giorni di vita, accompagnandolo nella crescita e creando con lui un rapporto stabile. I giudici salernitani stessi, consapevoli di questo rischio, hanno sollecitato un intervento del legislatore per definire i rapporti fra adozione, istituto dettato esclusivamente per assicurare tutela al minore, e le pratiche di fecondazione assistita, attraverso le quali è invece soddisfatto il desiderio di genitorialità di coppie sterili. Al momento, però, la richiesta è ancora inascoltata.

2.3 L'adozione del minore portatore di handicap, orfano di padre e madre

La lettera c) dell'art. 44 della legge n. 184/1983 è stata introdotta tra le ipotesi di adozione in casi particolari con la novella del 2001, la legge n.149, e apre questo istituto al minore che *“si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e madre”*. Per riferirsi ai soggetti coinvolti in questa nuova tipologia di adozione particolare la disposizione normativa non utilizza mai l'espressione “minori handicappati”, forse ritenendola offensiva¹⁹⁸, ma richiama la legge e l'articolo specifico in cui si definisce giuridicamente questa situazione. L'art. 3, comma 1, della legge n. 104/1992, infatti, riconosce come *“persona handicappata colui che presenta una 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”*.

La legge n. 104 del 1992 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate) rappresenta la normativa nazionale di riferimento per la tutela delle persone portatrici di handicap, che ha come fine

¹⁹⁸ A e M. Finocchiaro, *Adozione e affidamento dei minori. Commento alla nuova disciplina*, Milano, 2001, p. 136.

principale quello di favorirne la piena integrazione e partecipazione all'interno della collettività, garantendo così il pieno rispetto della loro dignità umana, dei loro diritti di libertà e di autonomia. Una simile tutela non è presente espressamente nella nostra Costituzione né nelle Convenzioni o Carte internazionali dedicate alla tutela dei diritti civili e politici della persona, solamente nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea si trova un diretto riferimento alla disabilità (*"È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale"*, art. 21), ma questo non vuol dire che negli altri casi sia assente o sconosciuta perché si può ricavare indirettamente da specifiche norme e principi: l'art. 2 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo del 1948 stabilisce che tutti i diritti e le libertà presenti nel documento spettano ad ogni individuo *"senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione"*; in modo simile si esprime anche l'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma nel 1950, e anche gli articoli 3 e 4 della Costituzione italiana impongono lo stesso impegno.

Nei due commi di cui si compone, l'art. 3 Cost. enuncia il principio di uguaglianza in forza del quale *tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*, introducendo poi come compito della Repubblica quello di *rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana*, e riconoscendo, nell'articolo successivo, il diritto al lavoro a favore di tutti i cittadini con l'impegno, ancora una volta a carico dello Stato, di *promuovere le condizioni che rendano effettivo questo diritto*. Dall'insieme di queste disposizioni si evince la volontà di tutelare le persone disabili, dal momento che si va

ad evitare che la loro condizione possa mai supportare alcuna discriminazione o trattamento differenziato ingiustificato¹⁹⁹.

Nella riforma del 2001 il legislatore, con l'obiettivo anche di completare la tutela dei minori portatori di handicap, ha più volte manifestato la volontà di favorirne l'adozione poiché spesso, a causa della loro condizione, sono rifiutati e costretti a vivere in istituto fino al raggiungimento della maggiore età: crescere un bambino portatore di handicap comporta sfide e costi sconosciuti per gli altri genitori, per questo la legge 149/2001 prevede, in questi casi, l'intervento dello Stato, delle regioni e degli enti locali, anche se limitatamente alle proprie competenze e disponibilità finanziarie, attraverso *“specifiche misure di carattere economico, eventualmente anche mediante misure di sostegno alla formazione e all'inserimento sociale, fino all'età di diciotto anni degli adottati”* (art. 6, comma 8, della legge n. 184/1983 come modificato nel 2001); sempre nell'ottica di assicurare a questi bambini di crescere in famiglia invece che in istituto l'art. 6, comma 7, afferma che *“costituisce criterio preferenziale ai fini dell'adozione [...] la disponibilità dichiarata all'adozione di minori che si trovino nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate”* continuando, poi, attribuendo priorità all'esame delle domande volte all'adozione di minori portatori di handicap accertato.

Ulteriore previsione per agevolare l'adozione di questi bambini è proprio l'introduzione della lettera c) nell'art. 44, aprendo loro, quindi, tutte le tipologie di adozione ma soprattutto, a differenza di quanto previsto negli altri casi, non è richiesta necessariamente una differenza di età tra adottante e adottato di almeno diciotto anni.

Ai sensi dell'art. 4 della legge n. 104/1992, la condizione indicata nell'art. 3, primo comma, deve essere accertata da apposita commissione medica integrata *“da un operatore sociale e da un esperto nei casi da esaminare, in servizio presso le unità sanitarie locali”*, tuttavia è in dubbio se ai fini dell'adozione ex lett. c), art. 44 della legge n. 184/1983 questo accertamento debba già essere stato effettuato, e quindi prima ancora che si apra la procedura di adozione deve essere riconosciuto

¹⁹⁹ F. Eramo, *Handicappati: diritto alla sessualità, diritto al matrimonio e diritto all'adozione*, in *Fam. dir.*, 2002, 4, p. 435 ss.

l'handicap del minore, o se il giudice possa, nel corso stesso del procedimento, in via puramente incidentale, verificare l'esistenza delle condizioni richieste dalla norma.

In proposito la dottrina sottolinea come ai sensi della legge n. 104/1992 è sempre necessario l'accertamento previsto dall'art. 4, poiché solo in questo modo si può valutare se sussistono le condizioni indicate nell'articolo precedente e se un soggetto è qualificabile come persona handicappata o meno: in linea con questa impostazione, dal momento che la lettera c) della legge sull'adozione richiama espressamente l'art. 3 della legge del 1992, può dedursi che non può parlarsi di adozione del minore handicappato se prima non è stata accertata questa sua condizione.

Allo stesso tempo, tuttavia, si osserva che la legge n. 184/1983 fa riferimento soltanto ai soggetti indicati all'art. 3, comma primo, senza richiedere che sia preventivamente verificata tale condizione se non in specifiche ipotesi: si può ritenere, dunque, che laddove il legislatore abbia ritenuto necessario l'accertamento ai sensi dell'art. 4 della legge n. 104 anche ai fini dell'adozione, lo abbia espressamente previsto, come avviene ad esempio nell'8° comma dell'art. 6 (*"Nel caso di adozione dei minori [...] con handicap accertato ai sensi dell'articolo 4 della legge 5 febbraio 1992, n. 104..."*), mentre in tutti gli altri casi sarà il giudice competente a dover valutare se i problemi che affliggono il minore sono tali da essere ricompresi nell'art. 3 della legge del 1992²⁰⁰.

Questa apertura è stata criticata per il pericolo che porta con sé, considerando eccessivamente ampia e generica la definizione di persona handicappata data dall'art. 3, comma primo, e quindi il grande spazio di manovra riconosciuto al tribunale nel compiere le dovute valutazioni in merito, di dichiarare l'adozione particolare ex lett. c) anche in assenza di handicap gravi, permettendo ad alcuni adottanti di godere della particolare disciplina di favore prevista per l'adozione di minori handicappati²⁰¹.

²⁰⁰ A. e M. Finocchiaro, *op. ult. cit.*, p. 138-139; G. Collura, *op. cit.*, p. 994 ss.

²⁰¹ G. Collura, *op. cit.*, p. 994.

2.4 La constatata impossibilità di affidamento preadottivo

L'ultima ipotesi in cui è ammessa l'adozione in casi particolari è indicata nella lettera *d*) dell'art. 44 della legge n. 184/1983 e riconosce la possibilità di procedere con questo istituto *“quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo”*. La formulazione della disposizione non è stata modificata dalla novella del 2001, l'unica differenza rispetto a quanto dettato nel 1983 è rappresentata dal fatto che in origine questa ipotesi era contemplata nella lett. *c*) che, a partire dal 2001, è invece riferita alla situazione del minore handicappato orfano, ma è stata comunque oggetto di una importante evoluzione grazie all'attività interpretativa dei giudici.

La lettera *d*), infatti, rappresenta la soluzione per tutti quei casi che non possono essere inquadrati nelle più rigide ipotesi precedenti e che rimarrebbero, altrimenti, privi di qualsiasi tutela: la giurisprudenza, nel preminente interesse del minore, ricorre frequentemente all'applicazione della lettera *d*), molto più adattabile grazie alla sua ampia formulazione.

Si presenta, cioè, come una norma di chiusura volta ad essere richiamata in una pluralità di casi, anche molto diversi tra di loro, le cui caratteristiche non possono essere previste e indicate in anticipo come avviene tanto per le altre ipotesi di adozione particolare, quanto per l'adozione legittimante, perciò per la sua applicazione si considera soltanto una particolare condizione in cui si trova il minore.

Grazie a questa parte dell'art. 44 è oggi possibile dare veste giuridica a rapporti di fatto esistenti ma non contemplati dal legislatore, come i legami che si intrecciano nelle famiglie ricomposte in cui la nuova coppia non è coniugata ma solo convivente, ed è inoltre l'unico strumento al momento a disposizione per assicurare al minore di crescere in famiglia anche quando questa non corrisponde all'immagine della “famiglia tradizionale” alla quale il legislatore è ancora fortemente legato nonostante l'evoluzione sociale.

La lettera *d*) prende in esame la circostanza in cui non è possibile procedere con affidamento preadottivo, un momento importantissimo nell'iter dell'adozione legittimante: dopo che i servizi sociali avranno svolto le loro indagini e valutazioni sulla coppia che si è dichiarata disponibile ad adottare e, anche sulla base della relazione presentata da questi, il giudice competente abbia riconosciuto l'idoneità

della coppia, per verificare che l'adozione risponda all'interesse del minore è disposto un periodo di affidamento preadottivo della durata di un anno.

Questo passaggio è fondamentale per accertare che vi sia compatibilità tra il minore e quella che potrebbe essere la sua nuova famiglia così da poter dichiarare un'adozione che sia favorevole per il bambino.

Ci sono, però, situazioni in cui questo affidamento non è possibile, per cui il minore, pur essendo adottabile perché ricorrono tutti i requisiti richiesti dalla legge, non riesce ad essere affidato o non riesce ad inserirsi nelle famiglie proposte dal tribunale, correndo così il rischio di dover crescere in istituto; questo può avvenire a causa dell'età dell'adottando e del suo carattere difficile (considerando che la maggior parte delle coppie preferisce adottare bambini molto piccoli, molti adolescenti rimangono esclusi da qualsiasi procedimento o, quando sono coinvolti, devono scontrarsi con una realtà completamente diversa rispetto a quella che sono abituati a conoscere), ma anche a causa di particolari handicap fisici o psichici che limitano le famiglie disposte ad accoglierlo. Per scongiurare questo pericolo il legislatore ha ritenuto opportuno derogare i limiti imposti dall'art. 6, commi 1 e 3, della stessa legge 184/1983, riconoscendo come sia più favorevole per il minore crescere con una persona singola o con genitori più avanti con l'età invece di rimanere in istituto.

Le ragioni per cui l'affidamento preadottivo risulta impossibile possono essere le più varie, alcune di queste sono state presentate nel corso dei lavori preparatori della legge, ma la formulazione della lettera d) è volutamente ampia ed elastica proprio per l'impossibilità di prevederle tutte in anticipo. La giurisprudenza ha avuto, e continua ad avere, ampio spazio per definire i contorni e l'ambito di applicazione di questa disposizione che oggi offre una soluzione anche e soprattutto laddove il legislatore rimane inerte.

Si distingue, innanzitutto, tra cause oggettive e cause soggettive che determinano l'impossibilità di affidamento preadottivo: quando tale impossibilità deriva da difetti psichici o fisici del minore la causa è oggettiva, è invece soggettiva quando risulta pregiudizievole per il minore l'allontanamento da persone con le quali ha già rapporti e che rappresentano per lui un punto di riferimento (perché già da tempo affidato o collocato presso di loro, coppia sposata, convivente o anche

persona singola che sia), per tentare l'affidamento preadottivo presso altra famiglia che risponde a tutti i requisiti richiesti per l'adozione legittimante.

In questi casi i soggetti che fanno già parte della vita del minore non posseggono i requisiti richiesti dagli artt. 6 ss. della legge n. 184/1983, quindi, la giurisprudenza riconosce l'impossibilità di affidamento preadottivo presso altri nuclei familiari idonei perché questo sarebbe dannoso per il bambino; si preferisce accordare l'adozione particolare ex lett. d) e attribuire veste giuridica a rapporti già esistenti, sempre nel preminente interesse del minore. Il Tribunale per i minorenni di Torino decideva in questo senso già nel 1985, quando affermava che “vi è impossibilità di procedere ad affidamento preadottivo ex art. 44, lett. c), non solo quando non si è trovata in concreto una coppia idonea per quell'adozione, ma anche quando il minore già si trova presso un'altra coppia cui è talmente legato da affetto da far ritenere che il distacco (...) sarebbe contrario al suo interesse”²⁰².

Nell'interpretare la disposizione in esame, inoltre, si fronteggiano due diverse posizioni, l'una finalizzata a mantenere ben precisi limiti, l'altra volta ad ampliare il suo campo di applicazione. Parte della dottrina e della giurisprudenza ritengono che quando l'art. 44 lett. d) della legge sull'adozione parli di “*impossibilità di affidamento preadottivo*” faccia riferimento ad una impossibilità di fatto di affidare il minore ad una coppia idonea per l'adozione legittimante.

Questo vuol dire che è necessario comunque dichiarare formalmente lo stato di adottabilità in conseguenza alla situazione di abbandono in cui si trova il minore, poiché sono presupposti imprescindibili affinché possa essere disposto l'affidamento preadottivo. Essendo questo, infatti, un passaggio obbligato per dichiarare l'adozione legittimante, devono esistere tutti i requisiti previsti dalla legge per avviare tale procedura, per cui sarebbe esclusa l'adozione particolare ex lett. d) laddove i bambini sono ben accuditi e curati nella propria famiglia (intesa in senso ampio) proprio perché non vi è alcuna mancanza di assistenza morale e materiale che determina l'abbandono.

In questa direzione si è mosso, tra gli altri, il Tribunale per i Minorenni di Milano nel 2016 con due diverse pronunce²⁰³, una delle quali è stata poi riformata dalla Corte

²⁰²Trib. min. Torino, 11 novembre 1985, cit.

²⁰³ Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016 e 20 ottobre 2016, in *Fam. Dir.* 2017, 11, p. 983 ss.

di Appello della stessa città²⁰⁴, richiamando a sostegno della propria decisione il dato letterale²⁰⁵. Il caso specifico riguardava la richiesta di adozione particolare incrociata, cioè da parte delle conviventi delle madri biologiche di figlie minori, ma ha comunque rappresentato l'occasione per i giudici meneghini di intervenire sull'interpretazione di questa disposizione, anche se in contrasto con quanto deciso dalla Cassazione, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962.

Il Tribunale per i minorenni di Milano sottolinea come l'art. 44 della legge n. 184/1983 inizialmente affermi che non sia necessaria la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 7, comma uno, della medesima legge, quindi lo stato di abbandono, ma poi per l'applicabilità della lettera d) richiede che sia constatata l'impossibilità dell'affidamento preadottivo: i giudici del capoluogo lombardo intendono questa previsione come una deroga all'incipit della disposizione per cui è sempre necessario accertare lo stato di abbandono e dichiarare l'adottabilità del minore, anche se si tratta di ipotesi di adozione particolare; inoltre fanno riferimento ai lavori preparatori e, risalendo all'intenzione del legislatore cristallizzata nel 1983, limitano il caso della lett. d) alle sole ipotesi "in cui minori *in situazioni di abbandono o di grave carenza delle figure genitoriali* sono esposti al 'rischio' di non poter essere inseriti in famiglia idonea con un provvedimento di adozione piena", senza considerare l'evoluzione sociale nel frattempo intervenuta²⁰⁶.

Allo stesso modo si era espresso il Tribunale per i Minorenni del Piemonte e della Valle d'Aosta l'anno precedente, ragionando dapprima sul significato da attribuire all'espressione "*constatata impossibilità di affidamento preadottivo*" sulla base dei lavori preparatori, ricordando che "la norma venne prevista dal legislatore (sul punto i lavori preparatori, e l'applicazione giurisprudenziale dei primi anni, e

²⁰⁴ App. Milano, 9 febbraio 2017, cit.

²⁰⁵ P. Morozzo della Rocca, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Corr. giur.* 2016, 10, p. 1217 ss. Lo stesso è fatto dalla dottrina che, pur riconoscendo il cambiamento intervenuto nella società da quando è stata dettata questa legge nel 1984, e quindi la necessità di offrire una soluzione al problema "*del riconoscimento giuridico del secondo genitore di fatto all'interno delle coppie non coniugate ed in particolare all'interno delle coppie omosessuali*" alle quali è al momento preclusa l'adozione, ritiene di non poter condividere la tesi opposta perché in contrasto con il dato normativo; è, quindi, necessario un intervento del legislatore volto a modificare e a definire meglio la portata della lettera d) dell'art. 44 della legge 184/1983, e non può supplire a questa mancanza l'interpretazione giurisprudenziale.

²⁰⁶ C. Ciraiolo, "*Certezze e stabilità delle relazioni familiari del minore. La stepchild adoption*" in *Corr. giur.*, 2017, 6, p. 810 ss.

comunque del tutto maggioritaria, sono univoci) al fine di permettere l'adozione dei minori in stato di abbandono quando, per verificata impossibilità in fatto di affidamento preadottivo (per le condizioni psicofisiche del minore, la sua età, la sua storia di accudimento ecc.), fosse precluso al minore ogni esito adottivo, e tanto non ne realizzasse il superiore interesse (ex art. 57 n. 2 l. 184/83)", quindi riconoscendo come eversiva una lettura della norma volta a permettere l'adozione particolare ex lett. d) in mancanza di dichiarazione di adottabilità: "se un minore non è in stato di abbandono, in altri termini, posto che è 'giuridicamente impossibile' sia collocato in affidamento preadottivo, tanto significa che non è consentito dall'ordinamento che possa conoscere l'adozione di cui alla lettera d) dell'art. 44, l. 184/83. La contraria opinione conduce tra l'altro, proprio perché eversiva del dato normativo, a ritenere adottabile nella forma della lett. d) ogni e qualunque minore non in stato di abbandono (perché normo-accudito da madre e padre), ove tanto realizzi il suo preminente interesse. Tale conclusione è palesemente inaccettabile alla luce del dato positivo, poiché condurrebbe all'accoglimento della domanda di adozione proveniente da ogni soggetto (desideroso – e titolato, in forza di un ottimo rapporto, educativo o accuditivo con il minore – di diventare il padre 2, o madre 2; o 3, o 4, ecc.)"²⁰⁷.

Altra parte, al contrario, sostiene che deve considerarsi l'impossibilità giuridica di procedere con affidamento preadottivo, nel senso che l'adozione ex lettera d) della legge n. 184/1983 può essere disposta anche quando il minore non può essere dichiarato adottabile perché non sussiste lo stato di abbandono ma, nel suo interesse, è opportuno riconoscere i rapporti di genitorialità in concreto già esistenti.

Proprio questa posizione ha assunto la Corte di Cassazione nella sentenza n. 12962/2016 con la quale si è pronunciata per la prima volta sulla stepchild adoption, espressione con la quale ci si riferisce ad una tipologia di adozione che riguarda una coppia formata da persone dello stesso sesso per la quale nel nostro Paese non vi è una specifica disciplina legislativa.

²⁰⁷ Trib. min. Piemonte e Valle d'Aosta, 11 settembre 2015, cit.

Risulta quindi indispensabile l'intervento della giurisprudenza che, lasciando da parte questioni ideologiche che vogliono ostacolare il riconoscimento e la tutela di nuove e diverse relazioni sociali e familiari, è chiamata a decidere sulla base di quelle che sono le caratteristiche specifiche del caso concreto.

Già prima del 2016 e dell'intervento della Suprema Corte i tribunali di merito hanno fatto ricorso alle lett. d) della legge n. 184/1983 per riconoscere l'adozione particolare a favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico, non essendo possibile far ricorso alla lett. b) della norma perché, anche se oggi è possibile unirsi civilmente, non vi è rapporto di coniugio, e lo stesso può dirsi ed è stato fatto in caso di coppie eterosessuali non sposate ma conviventi; ora la Cassazione stessa avalla questo orientamento e si esprime sul significato da attribuire all'espressione "*constatata impossibilità di affidamento preadottivo*".

In questa pronuncia la Cassazione ripercorre tutto l'iter legislativo e interpretativo che ha interessato l'istituto dell'adozione in casi particolari, per giungere a sottolineare come l'evoluzione compiuta sia a livello costituzionale che convenzionale abbia modificato la *ratio* della disciplina²⁰⁸. Se in origine, infatti, poteva essere sostenuta la tesi restrittiva che richiede necessariamente la dichiarazione di adottabilità, poiché l'ipotesi in esame "doveva essere rivolta a scongiurare l'affidamento a terzi di minori da parte dei genitori mediante l'aggiramento del rigoroso regime dell'adozione legittimante [...] e l'utilizzazione del sintagma 'constatata impossibilità' richiama una situazione di fatto preesistente" ora la Corte sente di non poter più condividere tale impostazione.

²⁰⁸ Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 9, p. 1135 ss.: "*Nell'intenzione del legislatore, tale disposizione risponde all'esigenza di rafforzare legami di fatto esistenti in ambito familiare/parentale e di trovare una soluzione per situazioni nelle quali non sia possibile l'adozione legittimante; insorto contrasto in dottrina ed in giurisprudenza, nella prima fase di applicazione della norma, tra l'interpretazione 'restrittiva' - secondo la quale l'impossibilità di affidamento preadottivo presuppone una situazione di abbandono, in quanto solo tale condizione rende possibile un affidamento preadottivo - e l'interpretazione 'estensiva' - secondo la quale può prescindersi dalla condizione di abbandono -, quest'ultima interpretazione è quella nettamente prevalente nella giurisprudenza minorile, avendo trovato autorevole avallo ermeneutico nella sentenza della Corte costituzionale n. 383 del 1999, per la quale l'art. 44, comma 1, lett. c), nella versione ratione temporis (1999) applicabile, formalmente e sostanzialmente corrispondente alla vigente lettera d), non richiede la preesistenza di una situazione di abbandono del minore, trattandosi di una sorta di clausola residuale volta a disciplinare le situazioni non rientranti nei parametri di cui all'art. 7, relativi alle condizioni necessarie per procedere all'adozione legittimante; in conclusione, deve aderirsi all'interpretazione secondo la quale è sufficiente l'impossibilità giuridica dell'affidamento preadottivo, la quale può verificarsi anche in mancanza di una situazione di abbandono*".

Nel frattempo, infatti, ci sono stati diversi interventi che hanno perseguito come obiettivo principale quello di assicurare il preminente interesse del minore: si fa riferimento alla sentenza n. 383/1999 Corte cost. (nella quale si riconosce l'art. 44 lett. c), ora d) come *“una sorta di clausola residuale per i casi speciali non inquadrabili nella disciplina dell'adozione legittimante”*, quindi per le situazioni in cui non ricorrono le condizioni per la dichiarazione di adottabilità), alle modifiche apportate alla legge sull'adozione prima nel 2001 e poi nel 2015, alla riforma in materia di filiazione compiuta con la legge n. 219/2012, alla disciplina dettata in materia di procreazione medicalmente assistita dalla legge 40/2004, a pronunce della Cedu e ai principi internazionali ai quali l'Italia si ispira²⁰⁹.

Oggi, infatti, l'art. 11, comma primo, della legge sull'adozione afferma che, laddove il minore sia orfano e privo di parenti entro il quarto grado, il tribunale può dichiarare l'adottabilità solo se non vi sono istanze di adozione ai sensi dell'art. 44, privilegiando la formalizzazione di rapporti affettivi già esistenti prima di procedere ad affidare il bambino ad una coppia di estranei, e lo stesso si rinviene nella legge n. 173/2015 volta a garantire il diritto alla continuità affettiva; precisa, inoltre, la Cassazione, che anche dal mero esame testuale del primo comma dell'art. 44, e dell'art 7 da questo richiamato, risulta che l'adozione in casi particolari può essere dichiarata a prescindere dalla sussistenza di una situazione di abbandono del minore adottando, infatti la non necessarietà della situazione di abbandono per dar luogo ad adozione in casi particolari è "prescrizione di carattere generale (che) si applica a tutte le ipotesi previste dallo stesso art. 44, lett. a), b), c) e d)"²¹⁰.

Nonostante questa pronuncia della Suprema Corte ancora non è uniforme l'orientamento giurisprudenziale nell'accogliere un'interpretazione estensiva dell'art. 44 lett. d) della legge n. 183/1984, come dimostra la stessa sentenza del tribunale per i minorenni di Milano n. 261/2016. Il collegio lombardo, inoltre, ha mantenuto e ribadito la propria posizione anche in sentenze successive che riguardano le

²⁰⁹ Già da tempo per la giurisprudenza europea le relazioni familiari di fatto rientrano nella nozione di "vita familiare" e sono quindi meritevoli di considerazione e protezione, a prescindere da quelli che sono i rapporti giuridicamente riconosciuti. In questo senso Corte EDU, 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, cit.; Corte EDU, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit. e, da ultimo, Corte EDU, G.C., 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit.

²¹⁰ Cass., n. 12962/2016 cit.

medesime tematiche; sempre nel 2016, infatti, si è pronunciato sull'adozione ex art. 44 da parte del convivente della madre biologica, riconoscendo non percorribile questa strada non esistendo alcuno stato di abbandono del minore: dopo aver ribadito la propria chiusura nei confronti di una lettura della lettera d) conforme alla decisione della Corte di Cassazione²¹¹, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, lett. b) "nella parte in cui non prevede l'adozione da parte del convivente more uxorio del genitore (biologico o adottivo) del minore" sollevata dal Procuratore della Repubblica. Nella ricostruzione operata da quest'ultimo la disciplina in esame entrerebbe in contrasto con l'art. 30 Cost., risultando irragionevole la mancata costituzione del rapporto di filiazione tra il minore e il genitore sociale, che, di fatto assolve i compiti propri della figura genitoriale. L'esistenza del vincolo matrimoniale tra gli adottanti è un requisito

²¹¹ *"In tema di adozione di minori, il sistema normativo introdotto dalla legge n. 184 del 1983, tuttora vigente e che individua nella famiglia tradizionalmente intesa, formata da una coppia di sesso diverso unita in matrimonio il luogo degli affetti in cui può essere meglio assicurata la crescita dei minori, la prevede specificamente, e in via generale, con riferimento ai minori che sono stati dichiarati in stato di adottabilità perché privi di genitori in grado di provvedere alla loro crescita ed educazione, con pienezza di effetti solo da parte di coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni tra i quali non sussista e non sia sussistita negli ultimi tre anni separazione personale neppure di fatto [...] E che il legislatore volesse riferirsi specificamente all'abbandono da parte dei genitori quale generale presupposto dell'adozione si evince, oltre che dal tenore dell'art. 30 della nostra Costituzione (che prevede, al fine dell'assolvimento dei compiti genitoriali, l'intervento del legislatore 'nei casi di incapacità dei genitori') dalla considerazione che il sistema, in caso di mancanza di assistenza morale e materiale non dovuta a forza maggiore temporanea da parte dei genitori, consente l'adozione, ma solo con effetti meno pieni, anche a favore dei parenti, il cui intervento, impedendo la dichiarazione di adottabilità, esclude la possibilità di adozione da parte di altri. . Ciò si desume in particolare dalla disposizione di cui all'art. 44, comma 1, lett. a), che prevede la possibilità dell'adozione meno piena da parte dei parenti per il minore in condizione orfanile, che è condizione di totale privazione dell'assistenza dei genitori. È questo uno dei 'casi particolari' di adozione, con effetti meno pieni e aperta anche a persone singole, di cui all'art. 44 L. n. 184 del 1983; 'casi particolari' ritenuti dalla giurisprudenza di legittimità 'ipotesi tassative e di stretta interpretazione' (Cass. sent. n. 22292 del 2013). [...] La previsione legislativa era dunque nel senso che a questo tipo di adozione potesse ricorrersi in casi specifici nei quali non fossero presenti i presupposti per l'adozione 'piena'. Quanto all'ipotesi di cui alla lettera B), nelle intenzioni del legislatore la sua funzione era di rafforzare la posizione del minore nella famiglia (fondata sul matrimonio) nella quale si trovava a vivere (Cass. sent. n. 1164 del 1992) [...] Secondo questo Tribunale è dunque assolutamente coerente con il disegno del legislatore la terminologia utilizzata alla lettera d) che limita l'adozione in casi particolari a quelle ipotesi per le quali per il minore vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo. Con l'utilizzo di questa espressione è di tutta evidenza che il legislatore si sia voluto riferire ai minori privi dell'assistenza morale e materiale da parte dei genitori... Non certo anche ad una situazione di "diritto", ovvero alla giuridica impossibilità di un affidamento preadottivo perché non sussiste alcuno stato di abbandono, e l'adozione risponde all'interesse del minore solo in termini di utilità, di maggiore utilità, in quanto l'impianto legislativo, va ribadito, è comunque nel senso che all'adozione per impossibilità di affidamento preadottivo non possa farsi luogo se non con riferimento ad una situazione di abbandono. Come rimarcato da autorevole dottrina, se il legislatore avesse voluto ampliare l'ambito della previsione, avrebbe usato altri termini, non quello di 'impossibilità'".*

indispensabile in caso di adozione piena, ma non sufficiente, dovendosi sempre valutare l'idoneità e le capacità educative e affettive degli adottanti, e la stessa giurisprudenza "porta a dimostrare che la *ratio* dello strumento normativo è fornire una copertura giuridica a una genitorialità sociale consolidata con il partner del genitore, anche a prescindere dal fatto che a tale partner possa essere attribuito il titolo di coniuge", ragion per cui l'esclusione del convivente *more uxorio* appare illegittima perché a danno del minore adottando, che si vedrà privato di uno *status filiationis* per lui favorevole in ragione della scelta del genitore biologico di unirsi o meno in matrimonio con il nuovo partner. Il Procuratore continua sottolineando come il discrimine tra la famiglia di fatto da quella legittima non sia individuabile nei contenuti e nella stabilità della relazione, ma è dato solo dalla esteriore formalizzazione del rapporto, presente solamente nel secondo caso.

Il Tribunale di Milano, tuttavia, non condivide questa impostazione, sottolineando le differenze tra il matrimonio e la convivenza, in quanto "il vincolo di coniugio comporta l'acquisizione di uno status compiutamente disciplinato dall'ordinamento (ne sorgono reciproci diritti e doveri, obblighi economici, certezza nel regime patrimoniale, controllo giurisdizionale in caso di scioglimento...), fondato sull'assunzione di un formale impegno, a presidio della serietà del rapporto, del quale è di assoluta evidenza la ricaduta in termini di sicurezza anche sul minore. Il vincolo matrimoniale stabile, per un non irrilevante periodo di tempo, è stato, ed è tuttora, considerato ancora in generale esprimente di regola un effettivo legame affettivo, di comunione morale e materiale; mentre la convivenza presenta difficoltà di definizione, di accertamento, di riconoscibilità dei legami familiari, se non è stata almeno previamente regolata proprio al fine di permettere la valutazione della sussistenza dei presupposti minimi di garanzia per l'adottando. La scelta del legislatore di valorizzare esclusivamente il rapporto fra genitore e adottante fondato sul matrimonio si presenta quindi assolutamente ragionevole, essendo tesa a garantire che l'adozione si realizzi nel contesto maggiormente tutelato per il minore".

I giudici meneghini, ancora una volta, hanno adottato una decisione in contrasto con quanto condiviso da giurisprudenza maggioritaria infatti, non solo la Cassazione nello stesso anno si esprimeva diversamente anche su questo aspetto,

richiamando anche gli orientamenti e la disciplina sovranazionali²¹², ma anche prima di questo intervento i giudici minorili aveva già dimostrato di guardare ai rapporti affettivo-familiari in modo diverso, attribuendo rilievo a stabili e duraturi legami di fatto non derivanti da alcun vincolo giuridico²¹³.

Anche buona parte della dottrina condivide le motivazioni di questo orientamento giurisprudenziale, ribadendo come sia sempre necessario, prima di

²¹² Cass., n. 12962/2016 cit.

²¹³ App. Firenze 4 ottobre 2012, in *Minorigiustizia*, 2013, p. 366 ss.; Trib. Min. Roma 30 luglio 2014, cit.; Trib. Roma, 23 dicembre 2015 e 30 dicembre 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016 n. 7-8, p. 969 ss.: *"In tal senso si è espressa anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo con sentenza del 21 gennaio 2014, nel caso Zhou c. Italia, in cui si dà atto che nei Tribunali italiani (ben sei sui tredici interpellati dal Governo) in relazione all'art. 44 lett. d) si registra un'interpretazione estensiva, ovvero si dichiara l'adozione in casi particolari in favore di un minore anche in situazioni in cui non sussiste lo stato di abbandono dell'adottando (cfr. paragrafo 26). L'interpretazione qui sostenuta è pienamente conforme alla littera legis, che prevede come unica condizione per l'adozione di cui all'art. 44, co. 1, lett. d), l'impossibilità dell'affidamento preadottivo e non l'impossibilità di fatto dell'affidamento preadottivo di un minore in stato di abbandono. Quindi non solo non si va oltre quanto positivamente indicato dalla norma, ma tale interpretazione consente altresì di realizzare l'interesse superiore del minore in linea con la ratio legis, che una interpretazione più restrittiva avrebbe invece seriamente limitato. Proprio alla luce di tale interpretazione dell'art. 44, co. 1, lett. d), alcuni Giudici hanno disposto l'adozione di un minore a coppie di conviventi. Nella sentenza n. 626/2007 del Tribunale per i Minorenni di Milano si può leggere che: 'Nel caso di specie la presenza della madre che da sempre si occupa della figlia esclude la configurabilità dello stato di abbandono e dunque la giuridica impossibilità di procedere ad un affidamento preadottivo consente di ritenere integrato uno dei casi particolari, quello di cui alla lettera d, che consente di far luogo alla adozione e che è clausola residuale. Va quindi valutato in concreto ciò che può comportare maggiore utilità per il minore (utilità intesa come preminente somma di vantaggi di ogni genere e specie e minor numero di inconvenienti) nella prospettiva del pieno sviluppo della personalità del minore stesso e della realizzazione di validi rapporti interpersonali ed affettivi, tenuto conto delle particolarissime situazioni esistenziali che caratterizzano le persone coinvolte. Tale situazione di fatto appare meritevole di tutela nell'ambito delle ipotesi di adozione particolare nel rispetto dei principi della tutela del minore e del perseguimento del suo esclusivo interesse". Ancora, la Corte d'Appello di Firenze, nella sentenza n. 1274/2012, nel riformare la sentenza del Tribunale per i Minorenni di Firenze 20 marzo 2012, ha sostenuto che l'adozione ai sensi dell'art. 44, co. 1, lett. b), che si riferisce all'ipotesi del coniuge, "non può finire col pregiudicare lo status del minore della famiglia di fatto, equiparato dalla legge a quello dei figli legittimi". Secondo la Corte d'Appello l'art. 44, co. 1, lettera d) non esclude questa possibilità quando ciò sia corrispondente all'interesse dell'adottando, dovendo il trattamento privilegiato accordato al matrimonio trovare un limite nei diritti inviolabili del minore, che non può subire effetti lesivi da una interpretazione restrittiva della norma. Questo Collegio concorda con le interpretazioni operate nelle suddette sentenze. [...] Emerge così un quadro chiaro nel quale non solo trova conferma l'idea pluralistica dei modelli familiari, ma anche una concezione funzionale della famiglia che pone attenzione al rapporto prima ancora che all'atto. L'esistenza di rapporti familiari già consolidati, la presenza di vincoli e legami affettivi, umani e solidali, la comunità di vita materiale e spirituale depongono a favore della rilevanza giuridica, anche ai fini dell'adozione, di ogni modello familiare, ove si accerti che esso sia luogo di sviluppo e promozione della personalità del minore, il cui superiore interesse deve sempre prevalere. In questo senso si condivide quanto espresso in altre sentenze dai giudici di merito: "Assume rilievo determinante la circostanza che la famiglia esista non tanto sul piano dei partner ma con riferimento alla posizione, allo status e alla tutela del figlio. Nel valutare il best interest per il minore non devono essere legati fra loro, il piano del legame fra i genitori e quello fra genitore-figli: l'interesse del minore pone, in primis, un vincolo al disconoscimento di un rapporto di fatto, nella specie validamente costituito fra la co-madre e un figlio" (cfr. Corte d'Appello di Torino, Sezione famiglia 29 ottobre 2014)*

dichiarare l'adozione, compiere specifiche indagini ex art. 57; preferire una lettura estensiva dell'art. 44, in particolare permettere l'adozione anche al convivente non coniugato del genitore biologico, non aprirebbe all'adozione di qualunque minore proprio perché questa potrà essere in ogni caso pronunciata solo e soltanto se soddisfa il suo preminente interesse²¹⁴.

Ampia parte di studiosi, purtuttavia, continua ad evidenziare i pericoli che potrebbero derivare da questa apertura e anche i giudici minorili sono consapevoli del rischio di aggiramento della disciplina, poiché si potrebbero intenzionalmente creare delle situazioni di fatto stabili e durature che poi, nell'interesse del minore, non si ritiene opportuno alterare, perciò soggetti che non posseggono i requisiti per l'adozione legittimante potrebbero, così facendo, richiedere l'applicabilità dell'art. 44 lett. d) e soddisfare il loro egoistico interesse²¹⁵.

L'interpretazione estensiva dell'art. 44 lett. d), aprirebbe le porte ad un uso distorto e abusivo dell'istituto dell'affidamento familiare, dando vita ad un vero e proprio traffico di minori, inteso come "ogni comportamento diretto a trasferire il minore da un nucleo familiare ad un altro senza prenderlo in considerazione come persona, bensì esclusivamente come oggetto"²¹⁶.

Pur consapevoli di questo pericolo, e anche dopo aver accertato l'illecito patto di cessione del minore, alcuni tribunali hanno ugualmente disposto l'adozione particolare del minore in considerazione del fatto che l'allontanamento dal nucleo familiare nel quale si era inserito ormai da tempo, anche se in modo non conforme alla legge, gli avrebbe causato un grave pregiudizio: ha deciso in questo senso il Tribunale per i minorenni di Roma nel 1985, "senza però che la ratifica dell'abuso consumato assuma il carattere e la rilevanza di un principio generale, assoluto e inderogabile." Altra giurisprudenza²¹⁷, al contrario, ritiene di dover applicare, quando risulta dolosamente preordinato il collocamento del minore presso uno specifico nucleo familiare, il principio *nemo jure utitur quia in re illicita versatur*, secondo il

²¹⁴ G. Curcio, L. Trovato, *L'utilizzo dell'art. 44, comma 1, lett. d della legge n. 184/1983 nei casi di omogenitorialità: le ragioni del sì*, in *Minorigiustizia*, 2017, 1, p. 153 ss.

²¹⁵ A. Aragno, *L'utilizzo dell'art. 44 lett. d nei casi di omogenitorialità: le ragioni del no*, in *Minorigiustizia*, 2017, 1, p. 146 ss.

²¹⁶ G. Collura, *op. cit.*, p. 1005.

²¹⁷ Trib. min. Roma, 27 maggio 1985, in *Foro it.*, 1967, 5; Trib. min. Roma, 31 gennaio 1985, in *Foro it.*, 1967, 4; Trib. min. Catania, 6 luglio 1984, in *Giur. it.*, 1985, 2, p. 693 ss.

quale colui che si ritrova illecitamente coinvolto in una data situazione non può richiedere che sia ricondotta a questa alcun effetto giuridico favorevole, ragion per cui non può disporsi l'adozione particolare del minore: il suo interesse non può prevalere al rispetto dell'ordine pubblico.

Ancora più critiche piovono contro l'utilizzo della lettera d) dell'art. 44 della legge n. 184/1983 in favore di coppie formate da persone dello stesso sesso, prassi a cui ha dato il via il Tribunale per i minorenni di Roma nel 2014, quando, per la prima volta in Italia, è stata riconosciuta l'adozione di una minore da parte della convivente della madre biologica. La decisione dei giudici della capitale è fortemente ispirata al soddisfacimento del preminente interesse del minore e alla tutela della vita familiare, attribuendo valore anche alle relazioni di fatto e riconoscendo, indipendentemente dai vincoli giuridici, il ruolo di chi si preoccupa della cura, della crescita e dell'educazione dei bambini: "la ricorrente chiede disporsi nei propri confronti l'adozione della figlia della propria convivente. Ebbene, nella nostra normativa di settore non v'è divieto alcuno, a giudizio di questo Collegio, per la persona singola, quale che sia il suo orientamento sessuale, ad adottare. Esclusivamente per l'adozione legittimante (nazionale ed internazionale) viene richiesto che ad adottare siano due persone unite da rapporto di coniugio [...]; ma nel nostro sistema il legislatore ha introdotto una seconda forma di adozione – l'adozione in casi particolari – in base alla quale, nell'interesse superiore del minore, la domanda di adozione può essere proposta anche da persona singola [...] Nessuna limitazione è prevista espressamente, o può derivarsi in via interpretativa, con riferimento all'orientamento sessuale dell'adottante o del genitore dell'adottando, qualora tra essi vi sia un rapporto di convivenza." Già anni prima il Tribunale di Latina sottolineava come la preclusione nei confronti di coppie formate da persone dello stesso sesso, anche circa la loro capacità genitoriale, fosse frutto esclusivamente di pregiudizi privi di qualsiasi fondamento normativo o giuridico riconoscendo, almeno in astratto e con diversi anni di anticipo rispetto agli altri colleghi nazionali, la possibilità di un'adozione nell'interesse del minore da parte di omosessuali²¹⁸. I

²¹⁸ Trib. Latina, 10 giugno 2005, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 1, p. 86 ss.: "L'atteggiamento di ostilità, più o meno velata, nei confronti dell'omosessualità è ormai frutto di meri stereotipi pseudoculturali, espressione di moralismo e non di principi etici, privi in ogni caso, peraltro, di ogni fondamento normativo; le condotte omosessuali non presentano, di per sé, alcun fattore di rischio o di disvalore giuridico, ponendosi tali condotte

giudici romani, interpellati in un momento antecedente l'entrata in vigore della legge n. 76/2016, continuano, poi, mettendo in evidenza l'evoluzione e i cambiamenti che ci sono stati nei rapporti familiari e affettivi, prendendo atto del ridimensionamento subito dal matrimonio come fondamento per la creazione di una famiglia e il venire sempre meno della sua indissolubilità, ragion per cui la semplice convivenza non è di per sé indice di instabilità o poca serietà del rapporto: “la stabilità che il vincolo matrimoniale potrebbe garantire è oggi messa fortemente in discussione dall’elevatissima percentuale di separazioni e divorzi, essendosi dunque notevolmente affievolito negli anni il divario esistente tra la tradizionale indissolubilità caratterizzante il vincolo matrimoniale e le convivenze stabili.”

Lo stesso criterio della *imitatio nature*, da sempre richiamato in materia di adozione, secondo il quale questa dovrebbe “rispecchiare il modello dominante della famiglia tradizionale unita dal vincolo del matrimonio” segue questo cambiamento; in particolare nella capitale si ricorda che già a partire dal 1969, con la sentenza della Corte Costituzionale n. 145, questo profilo era stato ridimensionato e non rappresentava più un vincolo per l'adozione, ma “una mera indicazione di preferenza”, dovendo sempre considerarsi in via prioritaria l'interesse del minore, prendendo in esame anche l'esistenza di preesistenti rapporti affettivi.

La decisione ha sollevato un acceso dibattito giurisprudenziale, ma anche politico: se inizialmente, mentre era in corso la discussione della futura legge Cirinnà sulle unioni civili e la possibilità o meno di riconoscere la stepchild adoption, parte della giurisprudenza si mostrava più timida nel seguire questo filone intrapreso dal Tribunale di Roma, dopo l'avallo da parte della Corte di Cassazione sempre più giudici minorili contribuiscono a creare le “famiglie arcobaleno”, non essendoci alcuna evidenza scientifica sulla pericolosità o possibili danni che potrebbe subire il minore crescendo con una coppia formata da persone dello stesso sesso²¹⁹.

Il legislatore, invece, ancora non è riuscito a fare questo importante passo, ancora non è riuscito a liberarsi da tutti i pregiudizi accumulati nel corso degli anni: nel 2016, in favore delle coppie omosessuali, sono state introdotte le unioni civili che

in termini non diversi dalle opzioni politiche, culturali e religiose; l'omosessualità (vera o solo asserita) di un genitore è irrilevante, in se stessa, ai fini della scelta di un affidatario della prole minore”

²¹⁹ Cass., n. 12962/2016 cit.

però non possono essere pienamente equiparate al matrimonio tra uomo e donna, precludendo quindi l'adozione legittimante, né è stata prevista esplicitamente l'adozione, anche particolare, da parte di coppie formate da persone dello stesso sesso, esistente oggi nel nostro Paese solo grazie all'interpretazione giurisprudenziale.

3. Il procedimento e gli effetti

La procedura che porta a dichiarare l'adozione in casi particolari ex art. 44 della legge n. 184/1983 prende avvio dietro domanda nominativa presentata dall'aspirante adottante che si trova nelle condizioni indicate dalla disposizione: il parente o altra persona legata al minore orfano da rapporto stabile e duraturo consolidatosi già prima della scomparsa dei genitori, il coniuge del genitore, soggetti che richiedono sia formalizzato un rapporto di fatto già esistente.

La domanda, ai sensi del primo comma dell'art. 56, è presentata di fronte al Tribunale per i minorenni del distretto dove si trova il minore. Prima di tutto dovranno essere convocati i genitori dell'adottando, se esistenti, affinché siano ascoltati circa i loro rapporti con il minore e manifestino il loro parere sull'adozione, essendo necessario il loro consenso e poi anche il rilascio dell'assenso, e si dovrà inoltre procedere a svolgere tutte le indagini e gli accertamenti indicati nell'art. 57 della legge sull'adozione.

Questa disposizione impone al tribunale sia un accertamento di legittimità, poiché è chiamato a verificare che sussistano *“le circostanze di cui all'art. 44”* e, in aggiunta, anche che siano stati rilasciati i necessari pareri, consensi e assensi, oltre alla propria competenza territoriale, e anche un accertamento di merito. Questo è finalizzato ad assicurare che l'adozione risponda al preminente interesse del minore, come si evince anche dal fatto che i temi di indagine non sono molto diversi da quelli indicati per l'affidamento preadottivo e anche dall'art. 9 della Convenzione di Strasburgo²²⁰: si richiede di indagare *“a) l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare degli adottanti; b) i motivi per i quali l'adottante desidera adottare il minore; c) la personalità del minore; d) la possibilità di idonea convivenza, tenendo conto della personalità dell'adottante e del minore.”*

Il procedimento si svolge in camera di consiglio ed è quindi molto più snello rispetto a quanto previsto per l'adozione legittimante e, dopo aver svolto tutti gli accertamenti necessari, potrà essere disposta l'adozione particolare con apposita

²²⁰ A. e M. Finocchiaro, *op. cit.*, p. 144.

sentenza, senza che sia previsto un periodo di “convivenza sperimentale”: secondo parte della dottrina questa sarebbe in ogni caso necessaria per garantire che il minore riesca ad inserirsi nel nuovo nucleo familiare e che quindi l'adozione sia per lui favorevole, ma si è osservato che spesso questa convivenza è già in atto e sperimentata, e comunque nulla impedisce al giudice di stabilire un affidamento provvisorio ai sensi dell'art. 333 c.c. prima di emettere la sentenza²²¹.

Possono impugnare la sentenza di fronte la Corte di appello, nei trenta giorni successivi la comunicazione, l'adottante, l'adottando e il pubblico ministero; avverso la decisione del giudice di secondo grado è ammissibile il ricorso in Cassazione ex art. 360 c.p.c.

Dal giorno in cui viene pronunciata la sentenza, ovvero dal giorno in cui questa diviene definitiva, l'adozione particolare produce i suoi effetti; l'art. 47, commi due e tre, prende in esame l'ipotesi di morte di uno dei due coniugi adottanti dopo che è stato prestato il consenso ma prima che sia stata pronunciata la sentenza: in questo caso, su istanza del coniuge superstite si può comunque procedere a compiere tutti gli atti necessari per l'adozione e, se dichiarata, produrrà eccezionalmente i suoi effetti dalla morte dell'adottante.

Secondo la disciplina originaria l'adozione in casi particolari crea vincoli solo tra l'adottante e l'adottato, non sorgono vincoli di parentela tra il minore e la famiglia dell'adottante, a differenza di quanto avviene, invece, nell'adozione legittimante: il punto è divenuto controverso in dottrina già dopo la riforma compiuta dalla legge 219/2012, da ultimo anche la giurisprudenza di legittimità ha assunto la propria posizione, riconoscendo l'incostituzionalità di questa disposizione, richiamando quindi l'attenzione del legislatore sulla questione. In particolare, con la sentenza n. 79/2022 la Corte costituzionale, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 55 nella parte in cui, per effetto del richiamo all'art. 300 c.c., esclude il sorgere dei rapporti di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante, ha giuridicamente riconosciuto l'esistenza di quei vincoli che, di fatto, sorgono e si consolidano, dando vita al nuovo ambiente familiare in cui il minore formerà e svilupperà la propria persona.

²²¹ G. Collura, *op. cit.*, p. 1030 ss.

La sentenza ha ammesso, dunque, la possibilità di appartenere contemporaneamente a due differenti gruppi familiari come conseguenza del riconoscimento dello *status filiationis* che ora sorge anche in seguito ad adozione in casi particolari: non solo non vi è più l'esclusività dell'appartenenza familiare, ma anche lo *status* stesso che dà origine a tutti i rapporti parentali può essere duplice, non essendo prevista la rescissione dei legami con la famiglia d'origine ma, allo stesso tempo, essendo il minore riconosciuto anche come figlio dell'adottante in casi particolari.

La Corte, tuttavia, nulla dice circa le altre disposizioni che disciplinano il rapporto tra adottato e adottante e i parenti di quest'ultimo, rendendo così la disciplina incoerente: per effetto del riconoscimento dello stato di figlio e dei rapporti di parentela, in assenza di altre indicazioni, ci troviamo di fronte una filiazione che può essere soggetta a revoca, a differenza di quanto avviene negli altri casi in cui sono previsti interventi provvisori che agiscono solo sulla responsabilità genitoriale inoltre, venendo meno il rapporto di filiazione anche tutti i legami di parentela a questo collegato sono destinati a soccombere; si assiste alla situazione per cui l'adottato può succedere all'adottante e ai parenti, così come i parenti possono ereditare dall'adottato, mentre l'adottante non può vantare alcun diritto successorio nei confronti del figlio adottato; si rimane, ancora, non avendo la Corte approfondito la questione, di fronte una genitorialità che sorge solo dietro istanza dell'adottante, non potendo vantare il minore alcuna pretesa.

La dottrina rimane perplessa circa il quadro risultante in seguito alla pronuncia, determinato da un mancato intervento sulle altre disposizioni domandandosi se, per ricondurre il sistema a coerenza, non sia da ipotizzare un'abrogazione tacita, attendere il legislatore o un ulteriore intervento della Corte.²²²

Il bambino adottato conserva tutti gli obblighi e diritti nei confronti della famiglia di origine ai sensi dell'art. 300 c.c., espressamente richiamato dall'art. 55 della legge sull'adozione. Questo articolo richiama, poi, anche l'art. 299 c.c., relativo al cognome assunto dall'adottato, specificando che questo assume il cognome dell'adottante, antepoendolo al proprio. La dottrina legge in questa nuova formulazione dell'art.

²²² R. Senigaglia, *Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 5, p. 1333 ss.; U. Salanitro, *op. cit.*

299 “la volontà da parte del legislatore di riconoscere una particolare dignità sociale al vincolo adottivo, anche nei casi in cui esso non estingue i rapporti dell'adottato con la famiglia di origine”, anche se non si comprende perché il minore debba in ogni caso continuare a mantenere il cognome della famiglia che lo ha abbandonato quando sussiste anche tale requisito²²³.

L'art. 48, primo comma, attribuisce la potestà sull'adottando ed il relativo esercizio a coloro che l'hanno adottato; più in particolare, la disposizione afferma che *“se il minore è adottato da due coniugi, o dal coniuge di uno dei genitori, la responsabilità genitoriale sull'adottato ed il relativo esercizio spettano ad entrambi”*. La formulazione presta attenzione all'ipotesi contemplata nella lett. b) in cui il bambino è adottato dal coniuge del genitore biologico: in questo caso i genitori biologici non perdono l'esercizio della potestà, come avviene invece in tutte le altre situazioni, ma questa è condivisa con l'adottante. Lo stesso articolo poi continua, con il secondo comma, stabilendo gli obblighi dell'adottante nei confronti dell'adottato, richiamando l'art. 147 c.c. in cui sono esplicitati i doveri verso i figli, tra i quali vi è l'obbligo di mantenere, educare, istruire il bambino. Dal punto di vista personale, quindi, anche se la legge non affermava che l'adottato ex art. 44 acquistasse lo stato di figlio nato nel matrimonio, come avviene invece per l'adozione piena nell'art. 27 della legge n. 184/1983, vi era già una importante assimilazione tra i due rapporti di filiazione. In caso di adozione particolare, in aggiunta, la giurisprudenza ritiene che comunque ai genitori biologici competa un'attività di guida e di controllo nella crescita del bambino, dovendosi coordinare con l'adottante per l'esercizio di quello che viene definito lato interno della potestà, comprensivo del dovere di cura ed educazione, mentre il lato esterno, riferito alla rappresentanza del minore per gli atti civili e per l'amministrazione del patrimonio, è acquisito in via esclusiva dall'adottante²²⁴.

Diverso è, poi, il potere attribuito all'adottante ex art. 44 rispetto a quello riconosciuto in favore dei genitori sui beni del minore, con l'obiettivo di evitare che si possa richiedere l'adozione particolare per ragioni economiche. All'adottante, infatti, spetta l'amministrazione dei beni dell'adottato fino al raggiungimento della maggiore età, ma non è riconosciuto l'usufrutto legale, può solo *“impiegarne le rendite per le*

²²³ G. Collura, *op. cit.*, p. 1023.

²²⁴ Cass., 30 gennaio 1998, n. 978, su *DeJure.it*

spese di mantenimento, istruzione ed educazione del minore con l'obbligo di investire l'eccedenza in modo fruttifero. Si applicano le disposizioni dell'articolo 382 del codice civile”, quindi l’adottante è chiamato ad amministrare i beni del minore con la diligenza del buon padre di famiglia ed è responsabile dei danni causati in violazione dei propri doveri; è inoltre imposta, dall’art. 49, la redazione dell’inventario dei beni dell’adottato per trasmetterlo al giudice tutelare nei trenta giorni successivi la pronuncia della sentenza di adozione e, in caso di omissione o di inventario infedele è prevista la privazione dell’amministrazione dei beni e il risarcimento dei danni.

L’adozione in casi particolari non comporta, a differenza di quanto avviene con l’adozione legittimante, la rottura di tutti i legami e rapporti con la famiglia di origine e il definitivo trapianto del minore nella nuova famiglia poiché è ammessa la revoca. Questa è ammessa solo nei casi tassativamente indicati negli artt. 51, 52, 53 della legge n. 184/1983, dietro apposita istanza presentata dai soggetti espressamente indicati dalla legge: la disciplina è sempre improntata alla realizzazione del preminente interesse del minore, poiché si ritiene non opportuno conservare un rapporto adottivo in presenza di fatti particolarmente gravi. Sarà compito del giudice in sede contenziosa accertare che sussistano tutte le condizioni per procedere a revocare l’adozione particolare, riconoscendo tutte le garanzie date dall’obbligo di motivazione e del contraddittorio; il tribunale competente sarà individuato in base all’età dell’adottato, poiché la richiesta può essere presentata anche se questi ha già raggiunto la maggiore età.

L’art. 51 prevede un’ipotesi di revoca per fatti dell’adottato, stabilendo che questa possa essere *“pronunciata dal tribunale su domanda dell’adottante, quando l’adottato maggiore di quattordici anni abbia attentato alla vita di lui o del suo coniuge, dei suoi discendenti o ascendenti, ovvero si sia reso colpevole verso di loro di delitto punibile con pena restrittiva della libertà personale non inferiore nel minimo a tre anni. Se l’adottante muore in conseguenza dell’attentato, la revoca dell’adozione può essere chiesta da coloro ai quali si devolvrebbe l’eredità in mancanza dell’adottato e dei suoi discendenti”*. L’articolo successivo, invece, prevede la revoca per fatti dell’adottante: nei casi in cui sia l’adottante a compiere i fatti indicati nell’art. 51 contro l’adottato, il coniuge, gli ascendenti o i discendenti di lui, la revoca può essere

richiesta sia dall'adottato che dal pubblico ministero; compete poi, ai sensi dell'art. 53, al pubblico ministero anche richiedere la revoca dell'adozione in caso di violazione dei doveri propri degli adottanti. Si fa riferimento agli obblighi sanciti nel secondo comma dell'art. 48 della legge n. 184/1983, che a sua volta rimanda all'art. 147 c.c., ed il tutto è rimesso al prudente apprezzamento del pubblico ministero, poiché sarà lui a dover valutare l'entità delle violazioni e decidere, nell'esclusivo interesse del minore, se richiedere la revoca o chiedere che l'adottante sia dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale o sia rimosso dall'amministrazione dei beni del minore, conservando così il rapporto adottivo. Tale possibilità è espressamente prevista in tutti e tre gli articoli relativi la revoca dell'adozione per effetto del richiamo compiuto agli articoli 300 e seguenti c.c.

Il procedimento che si svolge per decretare la revoca dell'adozione è il medesimo in tutte le ipotesi, si apre infatti sempre con un atto di citazione presentato dal soggetto legittimato, senza che sia necessario attendere la conclusione del processo penale in caso di condotta delittuosa. Prosegue, poi, in contraddittorio tra le parti: il giudice deve ascoltare l'adottante e l'adottato, ma anche il pubblico ministero, e gli è inoltre riconosciuto un potere ufficioso di indagine dal terzo comma dell'art. 51 e dal comma secondo dell'art. 52, potendo egli effettuare *“ogni opportuno accertamento ed indagine”*.

Nelle more del giudizio, intanto, il giudice può adottare tutti i provvedimenti necessari per la cura del minore, la sua rappresentanza e l'amministrazione dei suoi beni.

La sentenza di revoca, che ha carattere costitutivo e contro la quale sono esperibili i normali mezzi di impugnazione, produce i suoi effetti dal momento in cui si ha passaggio in giudicato e quindi cessano tutti gli effetti dell'adozione.

CAPITOLO III

L'ADOZIONE DA PARTE DI COPPIE FORMATE DA PERSONE DELLO STESSO SESSO

1. La legge 20 maggio 2016, n. 76: conquiste e limiti

Il Parlamento italiano ha approvato la legge n. 76 recante la *“Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”* soltanto il 20 maggio 2016, in notevole ritardo rispetto a quanto fatto da altri Paesi europei, senza dare, tra l'altro, una risposta chiara e soddisfacente ad alcuni aspetti fondamentali della disciplina. Il percorso che ha portato all'adozione di questa legge è stato piuttosto lungo e travagliato, il dibattito parlamentare è stato molto acceso, ed ha avuto come esito l'elaborazione di una legge frutto di un compromesso tra le parti politiche che lascia ancora ampio spazio all'interpretazione giurisprudenziale.

La legge si compone di un unico articolo organizzato in 69 commi: nei commi da 1 a 35 è regolata l'unione civile tra persone dello stesso sesso, nei commi successivi è, invece, disciplinata la convivenza tra persone di diverso o dello stesso sesso.

Si tratta di una normativa da tempo attesa nel nostro ordinamento, vista la necessità di assicurare, dal punto di vista giuridico, riconoscimento e protezione a rapporti e relazioni significativi non necessariamente fondati sul matrimonio, in accordo con quanto previsto sia a livello europeo che nazionale. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000, infatti, tutela in modo disgiunto il matrimonio e la famiglia, sottolineando come non sia necessario essere sposati per formarne una: si riconoscono separatamente il “diritto di sposarsi” e il “diritto di fondare una famiglia”. Accanto a quella fondata sul matrimonio vengono così ad esistere altre tipologie di famiglie all'interno delle quali si riscontra quella vita familiare degna di protezione e rispetto ai sensi dell'art. 7²²⁵.

E anche la nostra carta costituzionale non ostacola la possibilità di riconoscere diverse forme di famiglia perché, pur affermando nell'art. 29 che *‘la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio’*, “non cristallizza il modello di famiglia storicamente dato all'epoca della sua approvazione e come tale disciplinato dal codice civile del 1942; il riconoscimento della famiglia come società naturale non allude ad un'essenza naturalistica del matrimonio, ma al

²²⁵ *“Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare”*

suo essere fenomeno sociale che il legislatore recepisce e non crea, rispetta e non impone. Il riconoscimento della famiglia come società naturale indica un limite all'ingerenza dello stato, garantendo il rispetto delle sue dinamiche interne, della vita familiare che in essa si svolge"²²⁶. L'art. 29 Cost. deve essere letto alla luce dei precedenti articoli 2 e 3 che enunciano i principi fondamentali di uguaglianza, pari dignità di tutti i cittadini e tutela dei diritti inviolabili, quindi le nuove esperienze famigliari possono essere qualificate come formazioni sociali in cui si svolge la personalità umana, al riparo da ingiustificate ingerenze esterne ai sensi dell'art. 2 Cost; inoltre, la mancata tutela a favore di "*formazioni sociali*" composte da persone dello stesso sesso produce una illegittima discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, non ammissibile ai sensi dell'art. 21 della Carta di Nizza²²⁷ e, prima ancora, nel rispetto dell'articolo 3, primo comma, della nostra Costituzione.

Questo percorso interpretativo è stato confermato alla sua prima pronuncia in materia dalla Corte cost. nel 2010, sentenza n. 138, nella quale viene espressamente ricompresa nella nozione di formazione sociale ex art. 2 Cost. anche l'unione omosessuale, "intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri", e invitando quindi il legislatore a provvedere in merito, non potendo i giudici colmare questa lacuna in via ermeneutica. È stato, però, necessario un richiamo all'obbligo di provvedere da parte della stessa Corte nel 2014²²⁸ vista l'inerzia del Parlamento.

Anche la Corte di Cassazione si è posta sulla stessa linea quando nel 2012 ha affermato che "i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se - secondo la legislazione italiana - non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto

²²⁶ G. Ferrando, *Diritto di famiglia*, Milano, 2020, p. 216.

²²⁷ "È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale".

²²⁸ Corte Cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Corr. giur.*, 8-9, p. 1059 ss.: "è indispensabile che il legislatore, con sollecitudine, introduca nel nostro ordinamento giuridico una forma alternativa e diversa dal matrimonio che consenta la unione civile a persone del medesimo sesso".

all'estero, tuttavia - a prescindere dall'intervento del legislatore in materia - quali titolari del diritto alla 'vita familiare' e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di 'specifiche situazioni', il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata", escludendo che una ipotetica apertura del matrimonio a persone dello stesso sesso potesse essere considerata inesistente in assoluto perché contraria alla Costituzione o all'ordine pubblico, essendo tutto rimesso ad una libera scelta del legislatore²²⁹.

La riforma legislativa è stata, quindi, anticipata da interventi giurisprudenziali nazionali²³⁰ ed europei che hanno preso atto dei cambiamenti riguardanti i rapporti interpersonali e della necessità di assicurarvi protezione: la Corte di Strasburgo²³¹ ha imposto agli Stati firmatari l'obbligo di garantire riconoscimento e difesa alle unioni tra persone dello stesso sesso, non necessariamente attraverso il matrimonio, ma attribuendo ai legislatori la scelta circa l'istituto da introdurre²³² per assicurare una modalità di formazione del vincolo ed una tutela equivalente a quella prevista per il

²²⁹ Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Foro it.*, 2012, 1, p. 2727 ss., ma sulla stessa scia anche Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Corr. giur.*, 2015, 7, p. 909 ss.

²³⁰ M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2021, p. 215: "Una sentenza del Tribunale di Roma aveva equiparato, ai fini della sublocazione di un immobile, la convivenza *more uxorio* omosessuale a quella eterosessuale. Ancora, il Tribunale di Firenze aveva ricompreso un rapporto tra due persone dello stesso sesso nell'ambito della famiglia di fatto e conseguentemente applicato il principio – generalmente riconosciuto in tema di convivenza *more uxorio* – in base al quale le prestazioni di carattere assistenziale e le donazioni spontanee elargite si qualificano come obbligazioni naturali e non sono pertanto ripetibili. La Corte d'assise di Torino aveva esteso la disciplina sul diritto di astenersi dal testimoniare ad un convivente omosessuale, affermando che il rapporto di convivenza omosessuale risponde agli elementi essenziali del rapporto di coniugio, che vanno identificati nell'esistenza di un legame affettivo stabile che includa la reciproca disponibilità a intrattenere rapporti sessuali, il tutto ricompreso in una situazione relazionale in cui siano presenti atteggiamenti di reciproca assistenza e solidarietà".

²³¹ Corte EDU, 24 giugno 2010, ric. 30141/04, *Schalk and Kopf c. Austria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 11, p. 1137 ss.; Corte EDU, Grande Camera, 7 novembre 2013, ric. 29381/09 e 32684/09 *Vallianatos c. Grecia*, su articolo29.it; Corte EDU, 19 febbraio 2013, ric. 19010/07, *X e altri c. Austria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 6, p. 519 ss.

²³² Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk & Kopf c. Austria*, cit.; Corte EDU, 16 luglio 2014, ric. 37359/09, *Hämäläinen c. Finlandia*, su articolo29.it; Corte EDU, 21 luglio 2015, ric. 18766/11 e 36030/11, *Oliari e altri c. Italia*, in *Fam. dir.*, 2015, 12, p. 1069 ss. L'art. 12 della CEDU ("Uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto") non impone agli Stati l'obbligo di aprire il matrimonio anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso, ma di prevedere una forma di unione ugualmente tutelata.

matrimonio. L'Italia ha ottemperato a questo obbligo soltanto nel 2016, un anno dopo essere stata condannata per inadempimento.

Nonostante fosse stato sollecitato più volte l'intervento del legislatore da parte dei giudici nazionali, sia di legittimità che di merito, così da introdurre una specifica disciplina per le unioni tra persone dello stesso sesso, è soltanto dopo la condanna, anche economica, proveniente dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo che il Parlamento ha compiuto il proprio dovere, riuscendo finalmente a portare in discussione ed approvare la legge n. 76/2016²³³.

La stessa Corte europea nella sua decisione ha ripercorso il cammino intrapreso dalla giurisprudenza italiana, sottolineando l'instabilità di un meccanismo in cui i giudici non sono vincolati ai precedenti, né hanno una disciplina legislativa di riferimento, ma evidenziando anche la distanza tra le esigenze sociali, derivanti da cambiamenti nella considerazione dei rapporti sociali-affettivi accettati da buona parte della popolazione, e la posizione del legislatore: nonostante i giudici italiani avessero più volte assicurato, mediante la loro attività interpretativa, tutela alle coppie formate da persone dello stesso sesso evitando discriminazioni ingiustificate, il legislatore era rimasto fermo di fronte le richieste di un suo più puntuale intervento in materia, costringendo quindi le coppie *same sex* a dover ricorrere in tribunale anche per le più normali esigenze; un simile sistema appariva inadeguato alla Corte europea sia per i lunghi tempi che richiede la giustizia italiana, sia per l'incertezza

²³³Corte EDU, 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, cit.: *“La Corte osserva che in Italia le supreme autorità giudiziarie, comprese la Corte costituzionale e la Corte di cassazione, hanno dato ampio risalto all’esigenza di riconoscere e tutelare tali relazioni. [...] In tali cause la Corte costituzionale ha segnatamente e ripetutamente sollecitato il riconoscimento giuridico dei pertinenti diritti e doveri delle unioni omosessuali, misura che poteva essere adottata soltanto dal Parlamento. La Corte osserva che tale espressione rispecchia i sentimenti della maggioranza della popolazione italiana, come dimostrato mediante studi ufficiali. Le statistiche presentate indicano che vi è nella popolazione italiana una diffusa accettazione delle coppie omosessuali nonché un diffuso sostegno al loro riconoscimento e alla loro tutela. Malgrado ciò, nonostante qualche tentativo nel corso di trenta anni il legislatore italiano non è riuscito a promulgare una legge in materia. [...] (La Corte) ritiene tuttavia che nel caso di specie il legislatore, intenzionalmente o per mancanza della necessaria determinazione, abbia disatteso le ripetute esortazioni dei supremi tribunali italiani. Invero, lo stesso presidente della Corte costituzionale nella relazione annuale della Corte si è rammaricato della mancata risposta da parte del legislatore alla pronuncia della Corte costituzionale [...] In conclusione non avendo il Governo italiano dedotto un interesse collettivo prevalente in rapporto al quale bilanciare gli importantissimi interessi dei ricorrenti, così come individuati in precedenza, e alla luce del fatto che le conclusioni dei tribunali interni in materia sono rimaste lettera morta, la Corte conclude che il Governo italiano ha ecceduto il suo margine di discrezionalità e non ha ottemperato all’obbligo positivo di garantire che i ricorrenti disponessero di uno specifico quadro giuridico che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle loro unioni omosessuali.”*

che lo caratterizza, dal momento che i tribunali decidono caso per caso, oltre ad introdurre un percorso ad ostacoli per la tutela della coppia omosessuale che non è previsto per quella eterosessuale.

I giudici europei non obbligano lo Stato italiano ad introdurre il matrimonio egualitario, ma richiedono di introdurre uno strumento che permetta anche alla relazione omoaffettiva di essere giuridicamente riconosciuta e disciplinata sotto il profilo dei diritti e dei doveri dei partner, considerando che “tale riconoscimento conferirebbe inoltre un senso di legittimità alle coppie omosessuali.”

La necessità di un intervento in questo senso da parte del legislatore, quindi, era richiesto già da tempo, trovandosi i giudici, e prima di loro gli ufficiali di stato civile, sempre più spesso a dover decidere circa la trascrizione nei registri dello stato civile di atti di matrimonio tra coppie *same sex* conclusi all'estero, in Paesi nei quali ciò è ammesso, o circa il rifiuto di procedere alle pubblicazioni di matrimonio relativamente a coppie formate da persone dello stesso sesso²³⁴: nonostante la pressione e l'accettazione anche sociale (“secondo uno studio del 2010 dell'Eurispes il 61,4% degli italiani erano favorevoli a qualche forma di unione e il 20,4% di questi erano favorevoli a che essa avesse la forma del matrimonio” Corte EDU, 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia) e anche alcuni interventi di apertura da parte di alcuni Tribunali, nel 2014 il Ministero dell'interno aveva sancito il divieto assoluto di trascrizione di questi atti, qualificando l'eterosessualità come un requisito imprescindibile per aversi matrimonio, un requisito di ordine pubblico.

L'interpretazione operata dal Ministero si è scontrata con parte della giurisprudenza, primo fra tutti il Tribunale di Grosseto: in quello stesso anno era stato il primo collegio sul territorio nazionale a dichiarare la trascrivibilità “dell'atto di

²³⁴ App. Trento, 29 luglio 2009, in *Corr. giur.*, 2009, 10, p. 100 ss. La Corte chiamata a pronunciarsi sul rifiuto di pubblicazione di matrimonio per persone dello stesso sesso analizza la normativa esistente e ammette che “*non esist(e) una norma che vieti espressamente il matrimonio tra omosessuali, tuttavia dall'esame della disciplina complessiva dell'istituto matrimoniale è chiaramente ricavabile un principio fondamentale da cui si evince che il matrimonio è stato concepito e configurato al fine di regolamentare l'unione tra individui di sesso diverso nonché i rapporti giuridici ad essa inerenti e da essa nascenti*” e, accodandosi a quanto già fatto dal Tribunale di Venezia nello stesso anno, rimette alla Corte costituzione “*la questione di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis, 156 bis c.c. in rapporto agli artt. 2, 3 e 29 Cost., nella parte in cui, complessivamente valutati, non consentono agli individui di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso*”. La Corte di Trento evidenzia il cambiamento intervenuto nei rapporti affettivi e nei legami familiari e quindi l'inadeguatezza della disciplina sul matrimonio nel garantire tutela alle diverse forme di famiglia largamente riconosciute.

matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso", non ravvisando l'esistenza di alcun ostacolo nell'ordinamento italiano avverso la trascrizione di un certificato di matrimonio validamente formato all'estero, in considerazione del fatto che a questa non viene riconosciuta natura costitutiva "ma soltanto certificativa e di pubblicità di un atto già valido di per sé sulla base del principio '*tempus regit actum*'"²³⁵; non ha, poi, incontrato il favore di una parte minoritaria della dottrina che già da diversi anni ragionava su una diversa interpretazione delle disposizioni codicistiche sul matrimonio. Si riteneva che fosse non corretto l'assunto di partenza che giustificava l'esclusione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, secondo il quale il codice prevede solo il matrimonio tra uomo e donna, se si tiene presente che l'omosessualità non è introdotta tra gli impedimenti al matrimonio ex art 87 c.c., per cui non potrebbe essere invocata come motivo di opposizione alla valida celebrazione di un matrimonio, né per far valere la nullità dello stesso; anche le ulteriori disposizioni sui diritti e doveri dei coniugi potrebbero essere oggetto di "*un'interpretazione audace, ma non implausibile*" sganciando i termini utilizzati per riferirsi ai componenti della coppia, "moglie" e "marito" da qualsiasi riferimento biunivoco al sesso femminile o maschile²³⁶.

Con la disciplina introdotta dalla legge n. 76/2016 non è più richiesto, affinché si possa parlare di coppia, che i due componenti siano di sesso diverso, ma nulla è cambiato per quanto riguarda il matrimonio, poiché le disposizioni del Libro Primo,

²³⁵ Trib. Grosseto, 9 aprile 2014, su *Fam. dir.*, 2014, 7, p. 672 ss.: "*il tribunale ritiene che l'atto di matrimonio [...] possa essere trascritto nei registri dello stato civile del Comune di Grosseto, non essendo ravvisabile, nel caso di specie, alcuno degli impedimenti derivanti dalle stesse disposizioni in quanto: a) il matrimonio civile tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero non è contrario all'ordine pubblico; b) nelle norme di cui agli artt. da 84 a 88 del codice civile non è individuabile alcun riferimento al sesso in relazione alle condizioni necessarie per contrarre matrimonio; [...] d) è incontestato che il matrimonio celebrato all'estero è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo della celebrazione, come nel caso di specie; e) è incontestato che il matrimonio in oggetto è produttivo di effetti giuridici nell'ordinamento dello Stato dove è stato celebrato e non è contrario all'ordine pubblico*"; Trib. Grosseto, 26 febbraio 2015, in *Corr. giur.*, 2015, 7, p. 911 ss.

²³⁶ N. Colaiani, *Matrimonio omosessuale e Costituzione*, in *Corr. giur.*, 2010, 7, p. 845 ss., prosegue, a sostegno della propria tesi, sottolineando che l'art. 3, n. 2, lett. g) della legge 898/1970 "*prevede la possibilità di scioglimento del matrimonio nel caso di passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso ai sensi della l. 164/1982: ma non ope legis bensì su ricorso di parte. Il che comporta che, nonostante la rettificazione di sesso e quindi l'omosessualità della coppia legalmente accertata, in mancanza di volontà contraria di uno dei due coniugi il loro matrimonio-rapporto continua, non si scioglie: con tutti i diritti e i doveri dei coniugi nei confronti reciproci e dei figli eventualmente nati, che avranno secondo la legge due genitori dello stesso sesso, i quali verosimilmente continueranno a svolgere le funzioni precedenti l'uno/a di padre e l'altro/a di madre.*"

Titolo VI, del codice civile non sono state modificate, né possono essere interpretate nel senso di rendere accessibile il matrimonio indipendentemente dal sesso dei componenti della coppia²³⁷, e il rapporto che sorge in seguito ad unione civile non è stato equiparato a quello di coniugio: l'atto di matrimonio tra persone dello stesso sesso stipulato all'estero può ottenere riconoscimento in Italia ma solo come unione civile, ai sensi dell'art. 32 bis della legge n. 218/1995 (*"il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana"*). Sul punto si è espressa anche la Cassazione, rigettando la questione di legittimità costituzionale sollevata in quanto non vi è alcuna discriminazione nei confronti delle coppie omosessuali, né in relazione al diritto europeo né a quello interno; la Corte, infatti, ritiene che il legislatore italiano, in armonia con quanto previsto a livello europeo (è riconosciuto in riferimento all'interpretazione dell'art 12 della Cedu il "potere di apprezzamento degli Stati"²³⁸) ha discrezionalmente individuato e disciplinato lo strumento attraverso il quale riconoscere giuridicamente le coppie omoaffettive, colmando così il vuoto di tutela che era presente nel nostro ordinamento. La scelta del nostro Parlamento, continua la Corte, è ricaduta sulle unioni civili, diverse nella forma rispetto al matrimonio ma non troppo dissimile nei contenuti per effetto dei numerosi rinvii, contenuti nella legge n. 76/2016, alla disciplina codicistica in materia matrimoniale; la stessa l'impossibilità di trascrivere nel nostro Paese l'atto straniero che certifica il matrimonio tra persone dello stesso sesso, inoltre, non dà vita a discriminazione per ragioni di orientamento sessuale "dal momento che la scelta del modello di unione riconosciuta tra persone dello stesso sesso negli ordinamenti facenti parte del Consiglio d'Europa è rimessa al libero apprezzamento degli stati membri, salva la definizione di uno standard di tutele coerenti con l'interpretazione del diritto alla vita familiare ex art. 8 fornita dalla Corte Edu."²³⁹

²³⁷ Corte Cost., 15 aprile 2010, n. 138, su *cortecostituzionale.it*, riconosce la necessità di interpretare le disposizioni circa il matrimonio e la famiglia alla luce dell'evoluzione sociale, ma *"detta interpretazione non può spingersi fino al punto di incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerate in alcun modo quando fu emanata"*

²³⁸ Corte EDU, 3 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, cit.

²³⁹ Cass., 14 maggio 2018, n. 11696, in *Foro it.*, 2018, 1, p. 1948 ss.

La legge n. 76/2016 si ricollega alla sentenza n. 138/2010, Corte cost., sin dal primo articolo, proprio perché qualifica *“l’unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione”* e segue la linea più prudente tra le varie esistenti perché segna una demarcazione tra matrimonio e unione civile. A livello europeo, infatti si oscilla tra l’equiparazione delle coppie formate da persone dello stesso sesso ai conviventi *more uxorio*, prevedendo quindi una forma di unione e una disciplina diversa rispetto al matrimonio, e la tendenza ad aprire il matrimonio civile alle coppie omosessuali; sono sempre di più i Paesi che seguono questa seconda linea di pensiero, guidati dalla volontà di assicurare una piena parità di trattamento senza alcuna discriminazione e anche la Germania, alla cui disciplina ha guardato il nostro legislatore del 2016, ha compiuto questo passo nel 2017.

L’approvazione di questa legge è successiva ad un dibattito parlamentare piuttosto acceso nel quale si sono affrontate tematiche non solo giuridiche, ma anche etiche, morali, religiose²⁴⁰ che hanno, inevitabilmente, inciso sulla formulazione del testo finale, dando “un’impressione di sciatteria” nella tecnica legislativa adottata. L’elaborazione stessa di un testo legislativo che colloca la disciplina al di fuori del Codice civile, così come era stato fatto per il divorzio con la legge n. 898/1970, evidenzia il peso della tradizione, il modo in cui si considera il matrimonio inevitabilmente collegato alla sfera religiosa e ai suoi valori, quindi la necessità di marcare una netta differenziazione²⁴¹.

Il disegno di legge presentato dalla senatrice Monica Cirinnà manifestava la volontà politica prevalente di non aprire il matrimonio civile alle coppie omosessuali, ma introduceva un nuovo istituto per la disciplina del quale si operava un secco rinvio alla materia matrimoniale; l’unione civile si presentava come un atto diverso ma allo stesso tempo assimilabile al matrimonio. Durante i lavori parlamentari il testo è stato più volte rimaneggiato per soddisfare le richieste di chi chiedeva che ci fosse una più netta distinzione tra i due istituti, fino a quando non è stato presentato il

²⁴⁰ R. Fadda, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 10, p. 1386 ss., ricorda *“l’impostazione conservativa che ha caratterizzato lo Stato italiano, laico ma da sempre legato ai valori della religione cattolica”* che hanno una fortissima influenza anche sul mondo politico.

²⁴¹ E. Quadri, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze: il non facile ruolo che la nuova legge affida all’interprete*, in *Corr. giur.*, 2016, 7, p. 893 ss.

‘maxiemendamento’ che ha dato vita ad un nuovo elaborato da presentare in aula: un testo composto da un unico articolo organizzato in 69 commi, frutto di una trattativa politica piuttosto veloce che ha comportato lacune e incongruenze tecniche²⁴².

La tecnica legislativa adottata appare molto confusionaria, la disciplina si compone di una pluralità di disposizioni provenienti da testi diversi e non sempre coordinate tra di loro: non si deve considerare, infatti, soltanto il testo della legge n. 76/2016, ma anche articoli del codice civile espressamente richiamati o riprodotti, articoli appositamente modificati affinché possano essere applicati anche “alle parti di una unione civile”, disposizioni di varia origine in materia di diritto di famiglia. La guida per l’interprete, chiamato ad operare un necessario raccordo tra le diverse fonti, è rappresentata dall’art.1, comma 20 della legge, che sancisce una sostanziale equivalenza tra il matrimonio e l’unione civile, stabilendo che *“al solo fine di assicurare l’effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall’unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell’unione civile tra persone dello stesso sesso”*. Tale scelta, indipendentemente dal dibattito politico, si è resa necessaria in seguito alle indicazioni della Corte europea di giustizia che aveva sancito la contrarietà con il diritto dell’Unione Europea di tutte le differenze che la pluralità di forme di unioni per le coppie dello stesso sesso avevano con il matrimonio.

Il legislatore italiano, però, allo stesso tempo si mostra molto cauto nell’accostare i due istituti, almeno dal punto di vista formale, non utilizzando mai i termini tipici dell’unione matrimoniale per quella civile; sono stati, poi, eliminati i tratti

²⁴² E. Quadri, *Regolamentazioni delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: spunti di riflessione*, in *Giust. civ.*, 2016, 2, p. 255 ss.: *“Un percorso parlamentare accidentato e non sempre trasparente ha condotto alla definitiva approvazione della disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze. Ne è inevitabilmente scaturita una regolamentazione della materia (anzi, delle materie) non certo all’altezza dell’importanza epocale di un simile intervento legislativo. Ambiguità, oscurità e lacunosità hanno finito, così, col rappresentarne i connotati caratterizzanti, con la conseguente traslazione sull’interprete del compito di renderla razionalmente operativa, anche attraverso il suo necessario coordinamento sistematico con il nostro diritto di famiglia.”*

distintivi del matrimonio di derivazione canonica quali l'obbligo di fedeltà, così come è stato cancellato ogni riferimento al matrimonio inconsumato e all'errore sulle "devianze sessuali". Per i promotori della legge l'eliminazione di questi retaggi della tradizione canonica ha rappresentato comunque una vittoria che non ha scalfito la portata della nuova disciplina ma anzi, ha permesso l'introduzione di un istituto più moderno e laico rispetto al matrimonio disciplinato nel Codice civile²⁴³.

Dalla legge n. 76/2016 emerge quindi un istituto, quello dell'unione civile, che si affianca al matrimonio, rispetto al quale è formalmente diverso, ma dal punto di vista sostanziale la disciplina è improntata ad una forte analogia. Parte della dottrina, in particolare, si concentra sulle affinità tra i due istituti, arrivando a parlare di "matrimonializzazione dell'unione civile"²⁴⁴, sottolineando che entrambi condividano i tratti essenziali del momento costitutivo, quindi la disciplina dell'atto, ma anche gli aspetti caratterizzanti il rapporto, anche patrimoniale, tra i soggetti coinvolti e la loro rilevanza esterna; neanche la mancata previsione dell'obbligo di fedeltà per le coppie omosessuali comporta differenze sostanziali "tra i due istituti sotto il profilo della loro natura giuridica, posto che anche nella disciplina matrimoniale tale obbligo è ormai in buona misura assorbito in un più ampio obbligo di lealtà che, in ultima analisi, non appare più distinguibile dalla reciproca assistenza morale, dalla consensuale determinazione dell'indirizzo della vita familiare e dall'obbligo di rispettare la personalità morale e la dignità dell'altro coniuge, certamente previsti nell'unione civile"²⁴⁵.

L'equiparazione risulta evidente anche nel comma 32 che modifica l'art. 86 c.c., stabilendo che non solo il matrimonio, ma anche la costituzione di un'unione civile incide sulla libertà di stato, impedendo quindi alla persona di contrarre

²⁴³ M. Gattuso, *Le unioni civili. Principi e caratteri generali*, in *Tratt. dir. fam., Le riforme*, a cura di P. Zatti, I, Milano, 2019, p. 4-5

²⁴⁴ C. Romano, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 4, p. 333 ss.

²⁴⁵ M. Gattuso, *op. cit.*, p. 13, sulla base di Cass., 18 settembre 1997, n. 9287, in *Fam. dir.*, 1998, 1, p. 10 ss., la quale avvicina la nozione di fedeltà coniugale a quella di lealtà, e che impone quindi di sacrificare gli interessi e le scelte individuali che possono essere in contrasto con gli impegni e le prospettive di vita in comune; Cass. 11 agosto 2011, n. 17193, in *Fam. dir.*, 2013, 8-9, p. 777 ss., che qualifica il dovere di fedeltà come "*impegno globale di devozione, che presuppone una comunione spirituale e materiale (e di essa la fedeltà sessuale è evidentemente soltanto un aspetto)*", che è "*volto a garantire e consolidare la comunione di vita tra i coniugi, l'armonia interna, l'affectio tra i coniugi*"; Cass. 1° giugno 2012, n. 8862, in *Foro it.*, 2012, 1, p. 2037 ss.

matrimonio: in questo modo il legislatore ha posto sullo stesso piano i due istituti, a differenza di quanto richiesto da una parte politica che premeva per sancire la preminenza del matrimonio, poiché tanto il matrimonio quanto l'unione civile vincolano la parte contraente incidendo sullo stato civile e impedendo la celebrazione dell'altro istituto.

Analoga disciplina tra unione civile e matrimonio è dettata per gli impedimenti e per il regime di invalidità: a partire dal comma 4 dell'art. 1 della legge 76/2016 il legislatore disciplina la materia riproducendo quasi integralmente i relativi articoli del codice civile o richiamandoli espressamente: l'unione può validamente costituirsi solo tra soggetti maggiorenni di stato libero, dotati di capacità di agire e in grado esprimere liberamente e consapevolmente il proprio consenso, non legati tra loro da rapporto di parentela, affinità, adozione. Sarà compito dell'ufficiale di stato civile verificare, entro trenta giorni dalla presentazione della richiesta di dar vita ad un'unione civile, la veridicità e l'esattezza di quanto dichiarato dalle parti circa l'assenza di qualsiasi causa impeditiva, potendo acquisire tutti i documenti che ritiene necessari per adempiere questo compito.

Altra parte della dottrina, al contrario, si concentra sulle differenze e sulle distanze che il legislatore pone tra il matrimonio e l'unione civile, proprio per rimarcare quanta strada ancora c'è da fare nel nostro ordinamento per essere al pari con gli altri Paesi occidentali e quanto, in questo ambito, il legislatore si mostra estremamente conservatore, trovandosi sempre ad "inseguire" la giurisprudenza, mai ad innovare²⁴⁶: notevoli differenze esistono in materia di filiazione, non potendo le coppie formate da persone dello stesso sesso adottare (distanza in parte ridotta dalla giurisprudenza grazie ad un'interpretazione estensiva dell'art. 44 lett. d) della legge n. 183/1984) né accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita; diversa è anche la disciplina prevista per lo scioglimento dell'unione, essendo sufficiente la volontà delle parti senza alcun periodo di separazione²⁴⁷ (*"L'unione*

²⁴⁶ R. Fadda, *op. cit.*

²⁴⁷ F. Danovi, *L'intervento giudiziale nella crisi dell'unione civile e della convivenza di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, 10, p. 995 ss.: *"Nell'utilizzare il termine scioglimento la legge fa chiaramente comprendere che la volontà delle parti è di per sé presupposto e condizione legittimante il definitivo venir meno dell'unione, senza che possa in contrario immaginarsi un regime come è quello della separazione, non definitivo sotto il profilo temporale e di mero allentamento del vincolo dal punto di vista degli effetti"*

civile si scioglie, inoltre, quando le parti hanno manifestato anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile. In tale caso la domanda di scioglimento dell'unione civile è proposta decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione" art. 1, comma 24, senza che sia chiaro se la finestra di tre mesi sia sempre necessaria, anche quando le parti sono d'accordo anche sul modo in cui regolare lo scioglimento).

Non vi è alcun esplicito richiamo alle disposizioni codicistiche circa l'affinità che sorge in seguito all'unione, per cui i partners, a differenza di quanto avviene per i coniugi, non si inseriscono, almeno formalmente, l'uno nella famiglia di origine dell'altro; diversa è anche la disciplina sul cognome²⁴⁸ (*"Mediante dichiarazione all'ufficiale di stato civile le parti possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi. La parte può anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso, facendone dichiarazione all'ufficiale di stato civile"* art. 1, comma 10, legge n. 76/2016).

La disciplina relativa alla costituzione dell'unione civile è piuttosto laconica e si discosta in parte dagli articoli del Codice civile che regolano la celebrazione del matrimonio (artt. 93 – 113 c.c.) dal momento che non sono richiamate le disposizioni relative alle pubblicazioni (artt. 93 -101 c.c.), alle opposizioni (artt. 102 – 104 c.c.), alla promessa di matrimonio (artt. 79 – 81 c.c.) e all'ammissione del minore al matrimonio (art. 84 c.c.). Manca, soprattutto, qualsiasi riferimento alla 'celebrazione' dell'atto, questo termine che richiama una certa solennità del rito non viene mai utilizzato dal legislatore in riferimento alle unioni civili, ma si fa ricorso al linguaggio contrattuale parlando di 'dichiarazioni' delle parti nel comma 2 (*"Due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni"*) e 'registrazione' da parte dell'ufficiale di stato civile nel comma 3 (*"L'ufficiale di stato civile provvede alla registrazione degli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso nell'archivio dello stato civile"*). Anche per la costituzione dell'unione civile

²⁴⁸ Diversità che non ha carattere negativo ma anzi, sottolinea l'assoluta parità tra i componenti della coppia, attribuendo ad entrambi, allo stesso modo, la possibilità di scelta, a differenza di quanto previsto dall'art. 143 bis del codice civile che sancisce una prevalenza del cognome del marito.

quindi, al pari di quanto avviene nel matrimonio, sono previste due distinte fasi, prima le dichiarazioni delle parti, poi la formazione dell'atto e la sua registrazione per assicurarne la pubblicità ma, sulla base alle parole utilizzate dal legislatore del 2016 e vista la mancanza di qualsiasi dichiarazione da parte dell'ufficiale di stato civile, emerge la natura più squisitamente consensuale dell'atto costitutivo dell'unione civile.

Il d. m. 27 febbraio 2017, in materia di tenuta dei registri delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e le relative formule per la redazione degli atti dello stato civile, ha comunque previsto che l'ufficiale di stato civile, dopo aver ricevuto le dichiarazioni delle parti, menzioni il contenuto dei commi 11 e 12 dell'art. 1 della legge n. 76 relativi ai diritti e ai doveri nascenti dall'unione, e che poi concluda la procedura dichiarando che è costituita l'unione civile, in analogia con quanto previsto dall'art. 107 c.c. in materia matrimoniale, avvicinando così ancora di più le due discipline.

La stessa formulazione dei commi 11 (*“Con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni”*) e 12 (*“Le parti concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune; a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato”*) è simile a quanto previsto dagli artt. 143 (*“Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri. Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione. Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia”*) e 144 c. c. (*“I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa. A ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato”*) che definiscono i reciproci diritti e doveri dei coniugi: anche in questo caso, infatti, la disciplina è improntata ai principi di uguaglianza e parità, al rispetto della personalità dell'altro, alla solidarietà e collaborazione.

Tuttavia, nonostante le somiglianze nella disciplina, anche se nel comma 12 si utilizza l'espressione "indirizzo della vita familiare" che potrebbe essere sintomo di un ufficiale riconoscimento dell'unione civile come famiglia, il legislatore si preoccupa di non qualificare mai in tal modo questo istituto e, anzi, elabora formulazioni diverse rispetto a quanto fatto nel codice civile che evidenziano questa distanza: nell'art. 144 c.c. si parla di "bisogni della famiglia" e viene imposto ai coniugi di tener conto non solo delle esigenze di entrambi, ma anche di quelle "*preminenti della famiglia stessa*", mentre nella legge Cirinnà le parti dell'unione civile sono chiamate esclusivamente a far fronte ai "bisogni comuni". Lo stesso comma 1 che istituisce l'unione civile la qualifica come formazione sociale, escludendo quindi che possa mai essere riconosciuta come famiglia. Il comma 13 prevede, però, che all'unione civile siano applicate le disposizioni sul regime patrimoniale della famiglia, richiamando poi i relativi articoli del codice civile: il regime patrimoniale è costituito dalla comunione dei beni, salvo diversa pattuizione, rimandando al contenuto degli artt. 162, 163, 164 e 166 c.c. per la relativa disciplina; anche in materia successoria si rimanda alle disposizioni del codice civile, in particolare a quanto previsto nel libro secondo, quindi i diritti spettanti alla parte dell'unione civile sono gli stessi attribuiti dalla legge al coniuge superstite²⁴⁹: nonostante il silenzio del legislatore le somiglianze tra le discipline confermano la natura familiare dell'unione civile.

1.1 Il silenzio del legislatore sulla stepchild adoption

Nel testo di legge originariamente presentato per la discussione era stata inserita, nell'art. 5, la possibilità di adottare, anche all'interno di una coppia formata da persone dello stesso sesso, il figlio del partner. In particolare, era prevista una modifica dell'art. 44 lett. b) della legge n. 184/1983 nel senso che oltre a prevedere la possibilità di adozione da parte del coniuge, alla disposizione sarebbe stata

²⁴⁹ R. Pacia, *Unioni civili e convivenze: profili di diritto successorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 2, p. 409 ss.: "La scelta del legislatore, di riconoscere alla parte dell'unione civile gli stessi diritti successori del coniuge, lascia perplessi [...] il profondo legame fra le successioni mortis causa e la famiglia male si concilia con la riconduzione dell'unione civile "solo" ad una formazione sociale e con l'omissione, fatta eccezione per il comma 12, di qualsiasi riferimento alla famiglia in tutte le altre norme dedicate al nuovo istituto".

aggiunta la dicitura “o dalla parte dell’unione civile tra persone dello stesso sesso”: tale modifica si rendeva necessaria per introdurre nel nostro ordinamento la stepchild adoption, l’adozione del figlio del partner, dal momento che in seguito all’unione civile non sorge alcun rapporto di coniugio quindi non può trovare diretta applicazione la lettera b) per come è formulata; avrebbe, inoltre, aperto la strada, per le coppie eterosessuali, anche all’adozione a favore del partner convivente ma non coniugato con il genitore biologico o adottivo del minore, essendo oggi possibile solo grazie all’interpretazione estensiva della lett. d) art. 44.

L’apertura legislativa dell’adozione in casi particolari anche alle coppie omosessuali è stato forse il punto sul quale il dibattito politico, ma anche sociale, è stato più acceso e duro, condizionato da valori etici, morali, religiosi e anche da una certa ignoranza in materia, non riuscendo, buona parte degli oppositori, a distinguere tra il momento della procreazione, che richiede necessariamente l’incontro tra uomo e donna (più precisamente di gameti maschili e femminili, potendo questi, ormai, combinarsi anche in modo artificiale), e il successivo momento di cura, educazione, crescita del minore: analizzando le esperienze di Paesi in cui l’adozione da parte di coppie omosessuali è ammessa da anni si è osservato come non ci sia alcuna differenza significativa tra i figli cresciuti nella famiglia tradizionale e quelli di una famiglia arcobaleno²⁵⁰.

²⁵⁰ A. Taurino, *Il punto di vista della psicologia su famiglie, genitorialità, omogenitorialità. Quali domande?* su questionegiustizia.it, 2019, 2: “Gli studi che hanno inteso indagare, a livello comparativo, nuclei familiari con genitori omosessuali ed eterosessuali dimostrano che l’orientamento sessuale dei genitori (e, quindi, la specifica configurazione strutturale della famiglia) non ha alcuna ricaduta disfunzionale sui/sulle figli/e e sul loro percorso evolutivo. I risultati delle ricerche condotte evidenziano che i/le bambini/e cresciuti/e in famiglie omosessuali siano del tutto comparabili, in termini di sviluppo, ai/alle figli/e di coppie eterosessuali, senza alcun aspetto di disfunzionalità o compromissione dei processi di crescita. Non si sono riscontrate differenze statisticamente significative tra bambini/e cresciuti/e in nuclei eterosessuali e omosessuali, rispetto a costrutti quali autostima, benessere psicologico, benessere fisico e mentale, presenza di sintomatologie psicologiche/psichiatriche, adattamento personale, sociale e familiare, adattamento scolastico, assunzione di condotte o comportamenti devianti. La conclusione è che l’adattamento socio-psico-relazionale infantile dipende dalla qualità delle relazioni e dal funzionamento familiare, indipendentemente dall’orientamento sessuale dei genitori.

Le indagini svolte nel corso di più di quarant’anni non consentono, inoltre, di riscontrare differenze significative rispetto ai comportamenti di genere, alle preferenze e ai comportamenti sessuali, all’orientamento sessuale di bambini/e cresciuti/e da genitori omosessuali. Più nello specifico, non è stata riscontrata in alcun modo l’influenza, in senso disfunzionale, dell’omosessualità dei genitori stessi sull’identità di genere e sull’identità di ruolo di genere dei/delle figli/e. Differenti indagini hanno infatti evidenziato che, relativamente all’identità di genere, i/le figli/e di persone omosessuali hanno uno sviluppo considerato regolare, riportando un buon grado di soddisfazione per la propria identità sessuale e, comunque, senza differenze significative rispetto a quanto accade per i/le figli/e di genitori eterosessuali”.

La stessa posizione era già stata assunta dalla Cassazione nel 2013, quando affermava che alla base dell'idea che sia dannoso per un bambino crescere in una famiglia omosessuale vi è soltanto un mero pregiudizio, non essendoci alcuna certezza scientifica o dato di esperienza a sostegno di questa tesi²⁵¹. Concedere anche alla coppia formata da persone dello stesso sesso la possibilità di adottare in casi particolari ai sensi della lett. b), quindi permettere ad una delle parti di essere riconosciuto, anche se con tutti i limiti del caso, come 'genitore' del figlio biologico o adottivo dell'altra parte, avrebbe garantito maggiore sicurezza e stabilità al minore stesso, proprio perché si sarebbe formalizzato e avrebbe avuto rilevanza anche sul piano giuridico un rapporto di fatto già esistente; non avrebbe tolto nulla al bambino anzi, avrebbe imposto precisi obblighi in capo al genitore sociale, avrebbe fatto chiarezza sui diritti e i doveri delle parti, avrebbe maggiormente tutelato il minore in caso di scioglimento dell'unione.

Pur non riconoscendo l'esistenza di un diritto alla genitorialità come desiderio egoistico per i componenti della coppia omosessuale, allo stesso modo in cui non viene riconosciuto al singolo (da qui l'impossibilità per i singoli e per la coppia omosessuale di accedere all'adozione piena o alle tecniche di procreazione medicalmente assistita), non si può negare l'esistenza di tale diritto nei confronti del minore.

Esaminato dal punto di vista del minore, "il diritto alla genitorialità diviene diritto a vedersi riconosciuto il rapporto di cura, assistenza e accompagnamento che è instaurato, spesso sin dalla nascita, con la persona che di fatto ha svolto, e svolge, il ruolo di genitore pur in mancanza di un legame genetico o biologico con il nato"²⁵²:

²⁵¹ Cass., 8 novembre 2012, n. 601, su articolio29.it, commentata anche dalla politica: "Per Ignazio Marino, senatore Pd, «la Corte ha sancito un principio di civiltà»: «la capacità di crescere un figlio non è prerogativa esclusiva della coppia eterosessuale, ma riguarda anche le coppie omosessuali e i single. È un dato confermato dalla scienza. L'importante è che l'adozione venga disposta nell'esclusivo interesse del minore». Opposta la posizione del capogruppo Pdl al Senato, Maurizio Gasparri, che vede nel pronunciamento «un precedente molto pericoloso» che «di fatto apre ai figli nelle coppie gay, sostituendosi al legislatore giacché nel nostro paese non è possibile dare in affido un bambino a coppie dello stesso orientamento sessuale». Ma da un altro esponente Pdl, Giancarlo Galan, arriva una valutazione opposta: «È un passo avanti, lo Stato laico deve ascoltare i cittadini, nessun altro»" Cfr Corriere della Sera, 12 gennaio 2013; Corte Cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, p. 664 ss.: "non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore"

²⁵² L. Lenti, *L'adozione*, cit.

negare a priori e in assoluto, senza prendere in considerazione il caso concreto e l'interesse del minore, la formalizzazione di questo rapporto è in aperto contrasto con i principi europei²⁵³ e nazionali che obbligano il nostro Paese ad assicurare ai minori la tutela dei loro diritti senza discriminazione alcuna. Il legislatore del 2016, però, per evitare un nuovo ed ulteriore naufragio della discussione sull'intera materia è dovuto scendere a compromessi, eliminando qualsiasi riferimento all'adozione di minori da parte di coppie *same sex* e, in aggiunta, ha espressamente negato che possa applicarsi alla unione civile la legge n. 184/1983: ancora una volta sono i più piccoli a dover pagare le spese dei giochi di potere e dei compromessi della politica²⁵⁴.

Lo stesso comma 20 in cui si preclude l'adozione alle coppie formate da persone dello stesso sesso, però, statuisce che *“resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti”*. Questa espressione lascia intendere, tra le righe, un avallo da parte del Parlamento per la prassi giurisprudenziale di permettere l'adozione del figlio del partner ai sensi dell'art. 44 lett. d) anche all'interno di coppie unite civilmente, iniziata con una sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma nel 2014, confermata poi dalla Cassazione con sentenza n. 12962/2016 e seguita ormai da buona parte dei giudici nazionali. Così facendo, però, se da una parte si rende possibile ciò che in modo esplicito non sarebbe mai stato accettato, dall'altra si circonda tutta la fattispecie di una perenne e costante incertezza proprio perché manca qualsiasi dato normativo chiaro e definitivo, essendo tutto rimesso alle valutazioni dei singoli giudici. Una simile tecnica legislativa rappresenta *“una deplorevole abdicazione alla giurisprudenza, da parte del legislatore, della funzione che istituzionalmente gli compete, nel nostro*

²⁵³ *“Gli Stati parti si impegnano a rispettare i diritti enunciati nella presente Convenzione e a garantirli a ogni fanciullo che dipende dalla loro giurisdizione, senza distinzione di sorta e a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o altra del fanciullo o dei suoi genitori o rappresentanti legali, dalla loro origine nazionale, etnica o sociale, dalla loro situazione finanziaria, dalla loro incapacità, dalla loro nascita o da ogni altra circostanza. Gli Stati parti adottano tutti i provvedimenti appropriati affinché il fanciullo sia effettivamente tutelato contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivate dalla condizione sociale, dalle attività, opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali o dei suoi familiari”*, art. 2 Convenzione sui diritti dell'infanzia di New York 1989; *“È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale”*, art. 2 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

²⁵⁴ G. Ferrando, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. It.*, 2016, 7, p. 1771 ss.

ordinamento costituzionale, di interprete dell'adeguamento dell'ordinamento alla coscienza sociale"²⁵⁵.

Si concretizza un palese distacco tra la realtà sociale e il mondo del diritto, sempre e solo a discapito dei minori incolpevolmente e inconsapevolmente coinvolti, dal momento che negare il riconoscimento della genitorialità per la coppia *same sex* (per il genitore sociale) non risolve assolutamente il problema, né può questa soluzione essere inquadrata come deterrente, nei confronti della coppia formata da persone dello stesso sesso, dal formare una famiglia. Le dinamiche e le relazioni amorose e familiari sono complesse e impossibili da inquadrare in rigidi schemi prefissati, la composizione della famiglia è multiforme e non si tratta di soddisfare le più svariate pretese degli adulti, ma di garantire a tutti i bambini i medesimi diritti. Le famiglie arcobaleno esistevano già prima della legge n. 76/2016 e continuano ad esistere, ma si è intanto persa l'occasione di assicurare ai minori quella stabilità necessaria per una crescita sana costringendo, ancora, i genitori "rainbow" a ricorrere a diverse forme di autotutela per ancorarsi alle loro responsabilità nei confronti dei figli (e obbligando l'adulto che quotidianamente con amore, impegno e dedizione si occupa del bambino a vivere l'umiliante condizione di non poter essere riconosciuto come genitore, quindi ad avere necessariamente bisogno di una delega da parte del genitore biologico per potere andare a prendere il 'figlio' a scuola)²⁵⁶.

Il silenzio del legislatore, la sua volontà di non affrontare la questione circa il destino dei figli di una coppia *same sex* ma di concentrarsi soltanto sul rapporto esistente tra gli adulti, non fa certo scomparire i rapporti di filiazione esistenti e in parte riconosciuti dalla giurisprudenza (adozione in casi particolari, trascrizioni di certificati di nascita esteri, accoglimento di sentenze di adozione straniera), ha come effetto soltanto quello di creare incertezza e rimettere in capo ai giudici il difficile

²⁵⁵ E. Quadri, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze*, cit., p. 893 ss.

²⁵⁶ R. Bosisio, P. Ronfani, *Omogenitorialità. Relazioni familiari, pratiche della responsabilità genitoriale e aspettative di regolazione*, in *Min. giust.*, 2014, 3, p. 22 ss. La coppia formata da persone dello stesso sesso affronta gli stessi problemi e avverte le stesse responsabilità nei confronti dei figli e delle figlie della coppia eterosessuale; queste responsabilità, al pari delle incombenze della vita quotidiana, sono equamente distribuite in base alle competenze e alle attitudini dei componenti della coppia, così come dovrebbe essere in qualsiasi famiglia. Stando ai dati normativi, però, solo in capo al genitore biologico gravano questi compiti, per cui quest'ultimo, spontaneamente, si obbliga a trasferire alcune funzioni genitoriali mediante delega.

compito di supplire, nei limiti dei loro poteri, le sue mancanze, con la conseguente emersione di vuoti di tutela che divengono discriminazioni inammissibili.

Diversa, per alcuni aspetti, è invece la questione della trascrizione di atti di nascita formati all'estero in cui sono segnati come genitori del bambino due persone dello stesso sesso che, solitamente, hanno fatto ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, o il riconoscimento nel nostro paese di adozioni compiute altrove da parte di coppie *same sex*: anche in questi casi la confusione deriva soprattutto dalla circostanza che il dato normativo è limitato, non prende in considerazione tutte le possibili sfaccettature e conseguenze e, prima di tutto, l'interesse del minore.

Ancora una volta, quindi, sono i giudici a dover trovare la strada per armonizzare disposizioni differenti e non coordinate tra di loro e adattarle alla realtà: la materia, per la sua delicatezza e complessità, considerati anche i diversi ambiti che coinvolge, evidenzia l'incapacità del legislatore di intervenire in modo chiaro e puntuale, e il suo continuo rimandare nel tempo un ormai necessario e inevitabile intervento²⁵⁷.

Nel nostro, ordinamento, infatti, ai sensi della legge n. 40/2004, l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è concesso soltanto alle coppie stabili formate da persone di sesso diverso, e solo in presenza di patologie accertate che minano la fertilità della coppia (*"Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico"* art. 4, comma 1; *"Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi"*, art. 5; *"Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte*

²⁵⁷ Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 33, in *Fam. dir.*, 2021, 7, p. 684 ss., ritiene *"ormai indifferibile l'individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore"*

da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro”, art. 12, comma 2). Non è, in alcun caso, ammessa la gestazione per altri, ritenendo che questa “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”²⁵⁸ (*“Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro”, art. 12, comma 6).*

Per una coppia formata da persone dello stesso sesso, quindi, fermandosi al dato letterale, non sarebbe mai possibile soddisfare il desiderio di genitorialità, né in modo naturale, né tramite adozione, né attraverso le più moderne tecniche medico-scientifiche.

La realtà dei fatti, però, è completamente diversa: in alcuni Paesi, sia europei²⁵⁹ che non, anche le coppie omosessuali (e le persone singole) possono adottare in modo pieno o far ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e il numero di cittadini italiani che vi si è recato e ha usufruito di questi servizi non è indifferente.

La questione che si pone di fronte lo Stato italiano è quella di riconoscere questa genitorialità, trascrivendo nei registri dello stato civile atti di nascita o di adozione formati all'estero da parte di coppie *same sex* e nei quali entrambi i componenti della coppia sono regolarmente indicati, in condizione di parità, come genitore del minore; la soluzione, che può essere diversa a seconda che si tratti di coppie di donne o coppie di uomini, anche in ragione delle diverse tecniche alle quali possono/devono accedere per procreare, è spesso complessa e articolata proprio perché il Parlamento nulla ha mai stabilito circa il destino dei bambini inseriti in queste nuove famiglie e/o venuti al mondo con tecniche non permesse in Italia, nonostante le numerose richieste di intervento: già nel 1992 la Corte di Appello di Salerno

²⁵⁸ Corte Cost., 22 novembre 2017, n. 272, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 4, p. 546 ss.

²⁵⁹ Da ultime Francia (a partire da giugno 2021 tutte le donne fino ai 43 anni possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, siano esse coniugate, conviventi, single, etero, lesbiche) e Spagna (da novembre 2021 l'accesso ai trattamenti medici è aperto anche a tutta la comunità Lgbtq+, con l'obiettivo di aiutare non solo in caso di infertilità medica ma anche in caso di infertilità sociale; inoltre i costi, per coloro che hanno meno di 40 anni, sono coperti dallo Stato).

auspicava una disciplina normativa che si occupasse di bambini nati in seguito a gestazione per altri realizzata all'estero²⁶⁰ e più recentemente è stata la Corte Costituzionale ad affermare che *“non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore”*²⁶¹.

Il giudice, chiamato a decidere sui ricorsi relativi alla trascrizione o meno di atti formati all'estero che attribuiscono la genitorialità ad entrambe la parti di una coppia formata da persone dello stesso sesso, deve valutare da una parte la necessità di tutelare l'ordine pubblico e di statuire in base alla legge, ma allo stesso tempo deve sempre considerare il *best interest of the child* che comprende anche una piena tutela del suo *status filiationis*.

Stabilire a priori, per garantire la tutela dell'ordine pubblico, che la coppia, laddove abbia fatto ricorso all'estero a procedure non ammesse in Italia, non potrà mai vedere formalizzarsi il rapporto di genitorialità con il minore vuol dire mettere in primo piano l'interesse dello Stato a sanzionare una condotta scorretta degli adulti a discapito degli interessi e della tutela del minore, incolpevolmente e inconsapevolmente coinvolto²⁶²; al contrario, aprire incondizionatamente al riconoscimento e alla trascrizione degli atti di nascita formati all'estero, qualunque siano le condizioni, non sarebbe assolutamente percorribile in via ermeneutica visti i precisi limiti di legge, ma non sarebbe neanche auspicabile perché non andrebbe a garantire, in automatico, maggior protezione al minore e darebbe il via ad un fenomeno di turismo procreativo, che sarebbe anche discriminatorio perché accessibile solo a coloro che hanno i mezzi economici per poterlo sostenere.

²⁶⁰ App. Salerno, sez. min., 25 febbraio 1992, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, 1, p. 177 ss.

²⁶¹ Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 32, in *Fam. dir.*, 2021, 7, p. 680 ss.

²⁶² G. Ferrando, *Le unioni civili. Prime impressioni sulla riforma*, in *Genjus*, 2016, 2, p. 6 ss.: *“Il dibattito parlamentare si è purtroppo focalizzato sulla condotta dei genitori, prospettandosi da alcuni come preminente l'esigenza di rafforzare la sanzione penale per il ricorso alla maternità surrogata all'estero. In tal modo si ripropone quella logica — che speravamo ormai estranea al sistema — per cui il diritto dei figli allo status ed alla relazione con i genitori viene condizionato dalla supposta esigenza di sanzionare e/o prevenire condotte dei genitori ritenute 'devianti'. Si tratta di una logica ormai completamente abbandonata dal legislatore, persino in quelle situazioni — come l'incesto — in cui la condotta dei genitori suscita particolare riprovazione sociale (v. art 251 cc.). Prevale infatti la considerazione che il bambino, con la nascita, acquista piena dignità di persona e merita quindi piena tutela anche con riguardo alla costituzione dello status filiationis che è aspetto fondamentale dell'identità individuale. Ci si chiede dunque perché tale logica riemerge oggi per sanzionare il ricorso alla gestazione per altri all'estero in Paesi (come il Canada e la California) che la ammettono e la disciplinano.”*

La posizione assunta dalla giurisprudenza si mostra quindi incerta e oscillante, aprendo ora alla trascrizione, ora negandola, a seconda delle valutazioni compiute dal collegio decidente.

La questione più delicata e che divide maggiormente riguarda la trascrizione di atti di nascita in cui i genitori sono persone dello stesso sesso che hanno fatto ricorso a PMA all'estero: diverse sono le valutazioni a seconda della tecnica utilizzata²⁶³, quindi molto dipende anche dal sesso dei componenti della coppia, essendo possibile per gli uomini solo il ricorso alla surrogazione di maternità; diversa è la circostanza in caso di esistenza di un legame genetico con il bambino, quindi di un genitore biologico e uno d'intenzione che hanno condiviso l'impegno in questo progetto di genitorialità; diverse sono le decisioni a seconda che si richieda di trascrivere in Italia un atto formato all'estero o di creare nel nostro Paese un atto di nascita nel quale sono indicati come genitori due uomini o due donne (le richieste provengono per lo più da due donne, potendo accedere a fecondazione eterologa all'estero e portare poi avanti la gravidanza e partorire in Italia, mentre la coppia di uomini è inevitabilmente legata alla gestazione per altri, quindi al Paese in cui questa viene realizzata e si trova la gestante, dovendosi poi formare il certificato di nascita nel luogo in cui questa avviene). "Può apparire sorprendente che, a fronte di un'unica domanda di giustizia da parte dei bambini, si prospettino soluzioni così differenziate. Il fatto è che fino ad ora i giudici hanno cercato una risposta partendo dall'assunto che nell'ordinamento si rifletta un modello di famiglia, per così dire, tradizionale, dove vi sono un padre e una madre, un modello la cui conservazione corrisponde all'interesse generale"²⁶⁴.

Su queste materie si è recentemente pronunciata la Cassazione, evidenziando proprio le differenze tra le diverse situazioni: si ritiene che qualora siano due donne ad essere indicate come mamme in un certificato di nascita redatto all'estero è possibile ottenere la trascrizione di tale atto in Italia perché non è stato ravvisato alcun contrasto tra l'ordine pubblico e il nostrano divieto per le coppie *same sex* di accedere alla PMA, mentre lo stesso non sarebbe possibile in caso di coppia

²⁶³ Cass., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1, p. 797 ss., ribadisce il "grave disvalore" della maternità surrogata.

²⁶⁴ G. Ferrando, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte costituzionale n. 32 e 33 del 2021*, su *Giustiziainsieme.it*, 14 aprile 2021.

omosessuale maschile perché si rende necessario il ricorso alla maternità surrogata “che è vietata da una disposizione (L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6) che si è ritenuta espressiva di un principio di ordine pubblico, a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione, non irragionevolmente ritenuti dal legislatore prevalenti sull'interesse del minore”.

L'atto di nascita creato in Italia, per converso, indipendentemente da dove è stata realizzata la tecnica fecondativa, non può indicare due persone dello stesso sesso come genitori perché ciò è in contrasto con le disposizioni dettate per la formazione degli atti di nascita e con la disciplina sulla PMA; non può essere riconosciuto il genitore di intenzione “in virtù di un rapporto di filiazione che presuppone il legame biologico e/o genetico con il nato”²⁶⁵.

La pronuncia, però, sembrerebbe ammettere una ingiustificata disparità di trattamento a seconda che l'atto sia formato all'estero o in Italia: se straniero, per il prevalere del “diritto alla continuità e alla conservazione dello *status filiationis* acquisito all'estero” e anche nel rispetto della normativa sulla circolazione e il riconoscimento di atti giuridici, si ammette la trascrizione anche se sono indicati come genitori due persone dello stesso sesso, mentre la stessa cosa non potrebbe farsi in caso di creazione dell'atto in Italia (dovendosi, per il genitore intenzionale, fare ricorso all'adozione in casi particolari, pratica ritenuta “insufficiente” dalla stessa Corte costituzionale²⁶⁶), prevedendo quindi l'istaurazione di effetti giuridici diversi a seconda del luogo in cui si andrà a formare l'atto di nascita²⁶⁷, situazione non ammissibile se si considera anche una pronuncia della stessa Cassazione di poco successiva, nella quale si afferma che “l'appartenenza a una comunità familiare non tollera geometrie variabili in funzioni del luogo in cui si trova o andrà a vivere il minore”²⁶⁸.

Il limite, evidenziato dalla dottrina²⁶⁹, di questa pronuncia, ma anche dell'atteggiamento in generale assunto dalla giurisprudenza nel trattare i casi relativi

²⁶⁵ Cass., 3 aprile 2020, n. 7668, in *Fam.dir.*, 2020, 6, p. 537 ss.

²⁶⁶ Corte Cost., n. 32/2021 cit.

²⁶⁷ A. Scalera, *Doppia maternità nell'atto di nascita: la Cassazione fa un passo indietro*, in *Fam. dir.*, 2020, 6, p. 539 ss.

²⁶⁸ Cass., 29 aprile 2020, n. 8325, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1, p. 1116 ss.

²⁶⁹ G. Ferrando, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*, in *Fam. dir.*, 2021, 7, p. 704 ss.

alla trascrizione o alla creazione di certificati di nascita nel quale sono indicati due persone dello stesso sesso come genitori, è quello di preoccuparsi principalmente della condotta dei genitori e della sua conformità o meno alla legge, invece di porre al centro della questione il minore e i suoi diritti. La Corte EDU nel 2019 era già intervenuta con un parere consultivo su tali argomenti, riconoscendo la discrezionalità dei legislatori nazionali nella scelta delle tecniche di tutela dei diritti dei minori, che nel discorso europeo rappresentano il fulcro del problema, ma ribadendo che gli strumenti prescelti devono comunque assicurare una tutela “pronta” ed “effettiva”²⁷⁰. La Corte Costituzionale nelle recenti pronunce del 2021²⁷¹ recupera questa prospettiva, separando il giudizio sull’agire dei genitori da quelli che sono gli interessi del minore “nei suoi rapporti con la coppia”, qualificando il diritto alla genitorialità come diritto del bambino a vedere riconosciuto, anche dal punto di vista giuridico, la relazione che egli ha con entrambi i soggetti che si occupano di lui e che, di comune accordo, hanno deciso di assumersi la responsabilità della sua crescita, indipendentemente dalla tecnica utilizzata per la procreazione, dal sesso dei componenti della coppia o dal legame biologico²⁷². Il punto fermo raggiunto di recente dalla Corte Costituzionale altro non è che l’esito di uno spinoso percorso intrapreso dalla giurisprudenza e dalla dottrina già da diverso tempo e che ha visto continue oscillazioni e ripensamenti.

L’elemento caratterizzante la discussione è dato dal modo differente di intendere, nel tempo, il concetto di ordine pubblico quale limite preposto a protezione di valori e interessi nazionali di natura imperativa: un’accezione più o meno ampia può condurre a riconoscere o meno piena validità e tutela ad atti regolarmente formati, secondo la legge del luogo, in Paesi esteri. La portata di tale concetto deve poi, in questi casi, confrontarsi con l’idea di famiglia accolta in ogni ordinamento, ma soprattutto con il riconoscimento del superiore interesse del minore, principio cardine

²⁷⁰ Corte EDU, Grande Camera, *avis consultatif* 10 aprile 2019, P 16-2018-001, su [articolo29.it](https://www.articolo29.it).

²⁷¹ Corte Cost., n. 32, 33/2021 cit.

²⁷² Già l’art. 9 della legge n. 40/2004 stabilisce una prevalenza della responsabilità sulla verità biologica a tutela degli interessi del minore: “Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l’azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall’articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l’impugnazione di cui all’articolo 263 dello stesso codice”.

e ispiratore di tutta la disciplina e le decisioni che coinvolgono chi ha meno di diciotto anni, che richiede di assicurare certezza e stabilità alla sua situazione individuale e familiare, cioè la “continuità transnazionale degli status personali e familiari”²⁷³.

Lo *status* del nato e il rapporto di filiazione, infatti, si determinano, ai sensi dell’art. 33, comma 1, legge n. 218/1995, al momento della nascita, in relazione alla disciplina applicabile nel luogo in cui questa avviene, ma poi l’atto straniero può fare il suo ingresso nel nostro ordinamento a condizione che non sia in contrasto con l’ordine pubblico, ex art. 10 d.p.r. 396/2000; il mancato riconoscimento di un rapporto sorto all’estero può avere notevoli conseguenze sulla vita del bambino dal momento che, a seconda del Paese in cui si trova a soggiornare, può variare la composizione del suo nucleo familiare: può essere composto da uno o da due genitori o addirittura esserne privo e quindi in stato di adottabilità²⁷⁴.

Una prima importante pronuncia in materia è arrivata nel 2016 ad opera della Sezione Prima della Cassazione²⁷⁵ che ha riformulato, costituzionalizzato²⁷⁶ il contenuto dell’ordine pubblico. La Suprema Corte, chiamata a decidere su un ricorso avverso il decreto della Corte di Appello di Torino che aveva ordinato, ribaltando la decisione del tribunale di primo grado, la trascrizione nei registri civili italiani di un atto di nascita validamente redatto all’estero e indicante due donne come genitori del minore, ha provveduto ad analizzare separatamente il problema relativo alla trascrizione e quello legato alla tecnica, non ammessa in Italia per le coppie omosessuali, di procreazione utilizzata. Nel motivare la propria decisione la Prima Sezione ha rielaborato la nozione di ordine pubblico, oltre a condividere il ragionamento della Corte di Appello torinese²⁷⁷ che è giunta a sganciarsi dall’immagine della famiglia tradizionale caratterizzata dal vincolo genetico,

²⁷³ O. Feraci, *La protezione dello status del minore attraverso le frontiere*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall’adozione*, su garanteinfanzia.org, p. 386 ss.

²⁷⁴ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 52 ss., palesa questa preoccupazione dal momento che, se non dovesse essere trascritto in Italia l’atto di nascita validamente formato all’estero, il minore non avrebbe sul nostro territorio alcun legame parentale quindi nessuno potrebbe esercitare su di lui la responsabilità genitoriale, lasciando il minore nella incertezza giuridica assoluta.

²⁷⁵ Cass., n. 19599/2016 cit.

²⁷⁶ F. Salerno, *La costituzionalizzazione dell’ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, 2, p. 259 ss.

²⁷⁷ App. Torino, 29 ottobre 2014, con commento di E. Di Napoli, *La Corte di Appello di Torino di fronte alla fecondazione assistita eterologa all’estero*, in *GenIUS*, 2015, 1, p. 258 ss.

ricordando la rilevanza costituzionale espressamente riconosciuta alle coppie unite civilmente, anch'esse titolari di un diritto alla "vita familiare" e libere di poter vivere la loro condizione di coppia, senza che possa essere accettato un ingiustificato trattamento differenziato rispetto alla coppia eterosessuale²⁷⁸.

La Prima Sezione conferma la decisione del giudice di secondo grado non riscontrando alcun contrasto tra la trascrizione di un valido certificato di nascita straniero e l'ordine pubblico, ormai non più di "ispirazione statualista", volto ad impedire l'ingresso nel territorio italiano di qualsiasi disposizione straniera non conforme a principi etici, morali e politici ritenuti caratterizzanti il nostro assetto normativo, ma di respiro internazionale, "maggiormente permeabile ai valori derivanti da una più stretta collaborazione tra gli Stati sul piano internazionale"²⁷⁹.

Secondo questa nuova impostazione il nuovo contenuto dell'ordine pubblico è dato dai principi fondamentali dell'ordinamento interno che possono ricavarsi dalla Costituzione e, in aggiunta, dai Trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; "i principi di ordine pubblico devono essere ricercati esclusivamente nei principi supremi e/o fondamentali della nostra carta costituzionale, vale a dire in quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario". Per individuare questi principi, continua la Cassazione, non è sufficiente fermarsi al dato letterale, posto che esistono norme costituzionali che non esprimono principi inviolabili, né può essere ormai più considerata contraria ad ordine pubblico quella norma esterna che sia contenutisticamente diversa da quella interna, ma deve essere svolta dal giudice una ulteriore attività ermeneutica all'esito della quale dovrà accertarsi che non si tratti di

²⁷⁸ Cass., n. 19599/2016 cit. *"Non è possibile sostenere l'esistenza di un principio costituzionale fondamentale – in tal senso, di ordine pubblico e quindi, immutabile dal legislatore ordinario – idoneo a impedire l'ingresso in Italia dell'atto di nascita di [...] in ragione di un'asserita preclusione ontologica per le coppie formate da persone dello stesso sesso (unite da uno stabile legame affettivo) di accogliere, di allevare e anche di generare figli. Si è detto che la contraria scelta manifestata in tale senso dal legislatore vigente (con l'art. 5 della legge n. 40 del 2004) [...] non esprime una opzione costituzionalmente obbligata. Se l'unione tra persone dello stesso sesso è una formazione sociale ove la persona 'svolge la sua personalità' e se quella dei componenti della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia costituisce 'espressione fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi delle persone', ricondotta dalla Corte costituzionale (sent. n. 162 del 2014, p. 6, e n. 138 del 2010, p. 8) agli artt. 2, 3 e 31 Cost. (e, si noti, non all'art. 29 Cost.), allora deve escludersi che esista, a livello costituzionale, un divieto per le coppie dello stesso sesso di accogliere e anche di generare figli"*.

²⁷⁹ O. Feraci, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio 'nato da due madri' all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*, su *Riv. dir. int.*, 2017, 1, p. 169 ss.

una "mera incompatibilità (temporanea)", rappresentando la diversità delle disposizioni "una delle possibili modalità di espressione della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico".

Alla stregua di una simile definizione di ordine pubblico la Corte non può ravvisare alcun contrasto tra questo limite e il superiore interesse del minore, inteso come principio di "rilevanza costituzionale primaria" anche se non espressamente enunciato in Costituzione, ma ricavabile da strumenti internazionali che concorrono a definire i nostri "principi supremi e/o fondamentali". L'interesse del minore in questo caso si concretizza nel "diritto a conservare lo *status* di figlio, riconosciutogli da un atto validamente formato in un altro Paese dell'unione Europea" e la centralità che assume, nella nostra carta costituzionale, l'identità della persona e la sua tutela giustifica, ancor di più in seguito alla costituzionalizzazione dell'ordine pubblico, la trascrizione nel nostro Paese di un provvedimento in materia di *status*²⁸⁰.

La decisione ha suscitato non poche perplessità, sia per la nuova funzione, eccessivamente restrittiva attribuita all'ordine pubblico, sia per il compito che la Prima Sezione affida al giudice ordinario, chiamato ad eseguire "un test simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale" per riconoscere un contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui dovesse ritenere che il legislatore nazionale non potrebbe mai adottare una disposizione simile a quella straniera. La dottrina ha, quindi, sottolineato la staticità che con questa pronuncia, cioè con questo nuovo parametro di riferimento individuato nella Costituzione, è stata calata sull'ordine pubblico, principio per natura relativo e variabile proprio perché definito da valori etici, sociali, politici vigenti in un certo momento storico in un dato ordinamento, destinati naturalmente a mutare ed evolversi; pur se l'esito si ritiene condivisibile, proprio perché si assicura la piena tutela del minore e del suo interesse, il percorso argomentativo non convince ma sembra quasi una forzatura per riuscire ad inglobare queste pratiche nell'ordinamento italiano che, anche solo ragionando intorno all'interesse del minore, avrebbero potuto trovare accoglimento²⁸¹.

Successivamente a questa pronuncia non poche corti di merito hanno autorizzato la trascrizione di atti di nascita redatti all'estero e indicanti come genitori

²⁸⁰ F. Salerno, *op. cit.*

²⁸¹ O. Feraci, *op. cit.*

due persone dello stesso sesso, legittimando le decisioni proprio richiamando quanto espresso dalla Sezione Prima della Cassazione, sia per quanto riguarda la non contrarietà con l'ordine pubblico della tecnica eterologa utilizzata all'estero e la conseguente richiesta di registrare il certificato in Italia²⁸², sia in riferimento al rilievo che deve essere attribuito al superiore interesse del minore, non potendo questo subire compressioni per colpa degli adulti²⁸³.

Uno dei primi fori a recepire questa nuova visione dell'ordine pubblico in tema di trascrizione di certificati di nascita redatti all'estero in favore di genitori *same sex* è stata la Corte di Appello di Napoli²⁸⁴ che, sulla scia di quanto già aveva espresso il collegio torinese nel 2014²⁸⁵, riconosce il rilievo ormai attribuito nel nostro ordinamento, ai fini dell'attribuzione della genitorialità, alla volontaria e libera decisione di assumere la responsabilità genitoriale, indipendentemente dal legame biologico²⁸⁶; la Corte partenopea, in più, rafforza questo suo orientamento guardando anche alla disciplina che era stata da poco introdotta sulle unioni civili, che ritiene "assimilabili" al matrimonio, non individuando quindi alcun contrasto con l'ordine pubblico né alcun ostacolo legislativo nel riconoscere anche la donna che non ha partorito e con la quale il minore non ha alcun legame biologico come madre del

²⁸² Cass., n. 19599/2016 cit.: *"L'atto di nascita straniero [...] da cui risulti la nascita di un figlio da due madri [...] non contrasta, di per sé, con l'ordine pubblico per il fatto che la tecnica procreativa utilizzata non sia riconosciuta nell'ordinamento italiano dalla legge n. 40 del 2004, la quale rappresenta una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate"*

²⁸³ Cass., n. 19599/2016 cit.: *"Non si può ricorrere alla nozione di ordine pubblico per giustificare discriminazioni nei confronti dei minori [...] qualora fosse disconosciuto il suo legittimo status di figlio [...] a causa della scelta di coloro che lo hanno messo al mondo mediante una pratica di procreazione assistita non consentita in Italia: delle conseguenze di tale comportamento, imputabile ad altri, non può rispondere il bambino che è nato e che ha un diritto fondamentale alla conservazione dello status legittimamente acquisito all'estero"*

²⁸⁴ Trib. Napoli, 11 novembre 2016, su articolo29.it

²⁸⁵ App. Torino cit.: *"Non è contestabile che, sia sotto l'aspetto etico che giuridico, nell'individuazione della maternità, come della paternità, a seguito della procreazione medicalmente assistita eterologa, acquisti ulteriore rilievo il concetto di volontarietà del comportamento necessario per la filiazione e quello di assunzione di responsabilità in ordine alla genitorialità così da attribuire la maternità e la paternità a quei genitori che, indipendentemente dal loro apporto genetico, abbiano voluto il figlio accettando di sottoporsi alle regole deontologiche giuridiche che disciplinano la PMA. Con la legge n.154/2013 il legislatore ha individuato come caratterizzante il rapporto di filiazione, il concetto di responsabilità genitoriale; nella normativa più recente, il rapporto di filiazione si è andato sempre più sganciando dall'appartenenza genetica dovendosi individuare, anche a seguito delle nuove tecniche riproduttive, diverse figure genitoriali: la madre genetica (cui risale l'ovocita fecondato), la madre biologica (colei che ha condotto la gestazione) la madre sociale, colei che esprime la volontà di assumere in proprio la responsabilità genitoriale; il padre genetico, il padre sociale figure che possono, di fatto, non coincidere fra di loro"*.

²⁸⁶ Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. giur.*, 2014, 8-9, p. 1062 ss.

bambino, valorizzando il rapporto stabile e duraturo esistente tra le due donne e, soprattutto, come previsto proprio dalla legislazione italiana²⁸⁷, il consenso prestato dal genitore intenzionale alla realizzazione di pratiche di procreazione assistita. La decisione finale non può non essere volta ad ordinare la piena trascrizione del certificato di nascita anche in considerazione della “sconfinata tutela” riconosciuta dal nostro ordinamento alla “personalità del figlio”, tutela che può essere assicurata soltanto evitando che il bambino venga strappato via dall’ambiente familiare in cui già stabilmente vive.

Ancora più ampia e approfondita è la motivazione che offre la Corte di Appello di Perugia²⁸⁸ (per confermare quanto già deciso dal Tribunale di primo grado²⁸⁹, che aveva disposto la trascrizione) ripercorrendo l’evoluzione che il diritto di famiglia ha conosciuto nel nostro Paese e dunque la rilevanza che il *best interest of the child* riveste nell’ordinamento nazionale ed europeo. I giudici umbri, in particolare, hanno sottolineato come, grazie anche al progresso scientifico, da tempo siano accolte tre diverse tipologie di genitorialità, e soltanto una di queste è “ancorata al dato biologico-genetico”, mentre nelle altre due forme è l’elemento volontaristico ad imprimere il rapporto. Non è, inoltre, scontato che la genitorialità biologica sia sempre prevalente sulle altre, posto che è possibile per la partoriente rimanere anonima e lasciare che sia poi un’altra donna ad assumere, anche dal punto di vista giuridico, il ruolo di madre, mentre la gestante potrà poi sperare, in caso di ripensamento, soltanto in una genitorialità affettiva; in caso di fecondazione assistita non è possibile per la donna partorire in modo anonimo, non essere nominata nell’atto di nascita, né può l’uomo che ha dato il suo consenso alla realizzazione della pratica disconoscere il bambino che sarà a tutti gli effetti figlio della coppia che si è avvalsa dell’aiuto delle

²⁸⁷ Art. 9, legge n. 40/2004: Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 236 dello stesso codice. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della repubblica 3 novembre 2000, n. 396. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.

²⁸⁸ App. Perugia, 7 agosto 2018, su articol29.it

²⁸⁹ Trib. Perugia, 9 febbraio 2018, su articol29.it

più moderne tecniche medico-scientifiche, mentre non avrà alcun legame con chi ha donato i gameti, quindi con chi condivide parte del patrimonio genetico: “il concetto di discendenza non ha più riguardo soltanto ad un fatto genetico, ma assume una connotazione giuridico sociale, dal momento che oltre al legame biologico tra genitori e figli viene conferita dignità anche ad un legame di genitorialità in assenza di una relazione genetica, riconoscendosi pertanto, in parallelo al concetto di genitorialità biologica, anche il concetto di genitorialità legale”.

A rilevare nelle forme di genitorialità non biologiche è proprio il consenso prestato dai futuri genitori, la volontà di assumersi una simile responsabilità, e una tale manifestazione è ritenuta sufficiente dalla legge per riconoscere al nato lo stato giuridico di figlio di entrambi i componenti della coppia, *status* che, in virtù della riforma del 2012, non può ammettere alcuna distinzione nel contenuto, nei diritti e nei doveri verso chi ha deciso di farlo venire al mondo; lo *status* non risponde più soltanto al principio di verità, ma guarda anche alla responsabilità e già da tempo il nostro ordinamento ha recepito questo cambiamento, come si evince dalla disciplina in materia di adozione, dal “termine tombale di 5 anni” stabilito per l’esercizio, da parte del genitore, delle azioni di *status* e dall’impossibilità per il padre che ha acconsentito alla fecondazione eterologa di non riconoscere il bambino²⁹⁰.

Si tratta, in tutti questi casi, di ipotesi di genitorialità che non sono create in virtù di un legame genetico, ma per volontaria assunzione di responsabilità da parte degli adulti, e che rispondono in ogni caso all’interesse del minore. Ed è proprio questo interesse che merita tutela più di altri valori accolti nel nostro ordinamento ma che non possono assolutamente assurgere al rango costituzionale²⁹¹, come invece

²⁹⁰ G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis* in *Corr. Giur.*, 2017, 2, p. 190 ss.

²⁹¹ I ricorrenti avverso App. Torino 2016, *cit.*, individuavano nella legge n. 40/2004 valori “fondamentali e costituzionalmente obbligati”, tali da rendere necessario il bilanciamento con il superiore interesse del minore di pari grado. Cass., n. 19599/2016 *cit.* precisa che si tratta “di una materia in cui ampio è il potere regolatorio e, quindi, lo spettro delle scelte possibili da parte del legislatore ordinario, [...] ciò significa che non esiste un vincolo costituzionale dal punto di vista dei contenuti, ed allora non si può opporre l’ordine pubblico per impedire l’ingresso nell’ordinamento interno dell’atto di nascita di T., solo perché formato all’estero secondo norme non conformi a quelle attualmente previste dalle leggi ordinarie italiane, seppure imperative, ma astrattamente modificabili dal legislatore futuro”. Simile risposta anche in riferimento al principio (anche questo invocato dai ricorrenti con rilievo costituzionale), sancito dall’art. 269, comma 3 c.c., secondo il quale madre è colei che partorisce, qualificato dalla suprema corte come norma di legge ordinaria e modificabile, anche alla luce delle nuove tecniche di procreazione.

fa l'interesse del minore che ricomprende il riconoscimento dello *status filiationis* in quanto elemento fondamentale della sua identità personale.

Ancora più audaci sono le azioni della Corte di Appello di Milano²⁹² e di Trento²⁹³ che, richiamandosi ai principi di diritto enunciati dalla Prima Sezione, ordinano la trascrizione di certificati di nascita redatti all'estero, nel rispetto della legge del luogo, di bambini nati da gestazione per altri in seguito ad impianto di ovuli fecondati dal seme di uno dei componenti delle coppie omosessuali maschili, riconosciute negli Stati di nascita dei bimbi come coppia genitoriale, proprio perché non può ricadere sul nato il peso delle scelte degli adulti, anche se contrarie alla legge italiana. Elemento comune a tutte le diverse pronunce in materia è l'attenzione posta sul minore, sulla tutela dei suoi interessi e della sua identità che si plasma, inevitabilmente, anche grazie alle relazioni familiari che egli vive giorno per giorno, senza che si possano considerare i rapporti di fatto secondari rispetto ai legami genetici, perché se oggi è riconosciuto lo *status* unico di figlio, non si può negare, al contrario, l'esistenza di una pluralità di modi attraverso i quali può sorgere il rapporto di filiazione oltre alla discendenza biologica, quali l'adozione e l'assunzione volontaria di responsabilità verso il bambino²⁹⁴.

Attraverso le proprie decisioni le corti di merito "hanno saputo preservare il pluralismo etico tipico di una società complessa" e garantire il rispetto per le scelte individuali non ad ogni costo, indipendentemente dal loro contenuto, ma in relazione alla funzione propria della famiglia quale luogo di promozione della persona²⁹⁵. Questo orientamento è fatto proprio dalla giurisprudenza nazionale di merito e di legittimità, nonché da quella europea: nelle decisioni che coinvolgono i minori non possono essere i desideri degli adulti a prevalere, ma il giudice deve essere guidato prima di tutto dagli interessi dei bambini.

²⁹² App. Milano, 28 ottobre 2016, su articolo29.it

²⁹³ App. Trento, 23 febbraio 2017, in *Corr. giur.* 2017, 7, p. 935 ss.

²⁹⁴ G. Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 3, p. 632 ss.

²⁹⁵ F. Azzarri, *I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 5, p. 1153 ss.

Nel 2017 è riconfermato proprio dalla Cassazione²⁹⁶ e dalla Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo²⁹⁷, anche se con esiti diversi: la Suprema Corte nazionale individua nella convenzione ONU sui diritti del Fanciullo "un vero e proprio statuto dei suoi diritti", nella quale è riconosciuta la preminenza assoluta della tutela dei suoi interessi, nonché l'uguaglianza tra tutti i bambini, che non possono certo subire discriminazioni o veder violati i propri diritti in ragione delle scelte degli adulti; anche il diritto europeo e italiano hanno sancito, a più riprese, la prevalenza dell'interesse del minore e il pregiudizio che può causare la rottura di legami stabili e duraturi anche se non fondati sul vincolo biologico, ma allo stesso tempo questo non giustifica l'accoglimento incondizionato di qualsiasi richiesta di trascrizione di certificati di nascita stranieri. Mentre, infatti, la Cassazione si è trovata a dover decidere su un caso di fecondazione eterologa realizzata all'estero da due donne, una madre biologica e una intenzionale, dopo che era già trascorso qualche anno da quando il bambino era nato e viveva con le due donne, nel caso portato davanti la Corte di Strasburgo non è stata riscontrata alcuna vita familiare da tutelare in ragione del breve lasso di tempo che il nato, tramite maternità surrogata, aveva trascorso con la coppia omosessuale maschile. Le ragioni che portano la Grande Camera a confermare quanto deciso dalle autorità italiane, non riconoscendo la genitorialità in capo alla coppia committente, riguardano proprio il diverso significato che assume la tutela della vita privata e familiare nei confronti di adulti e minori. Se, infatti, nei confronti dei fanciulli vita privata e familiare sono strettamente interconnesse, in riferimento agli adulti è possibile operare una separazione e, nel caso in esame, non può riconoscersi l'esistenza di legami stabili e duraturi per il minore, né l'esistenza di un ambiente familiare da preservare, poiché a venire in rilievo è solo la tutela della vita privata dei due componenti della coppia che deve, però, confrontarsi con le leggi nazionali ed è, dunque, destinata a soccombere²⁹⁸.

In tema di certificati di nascita indicanti due persone dello stesso sesso come genitori si è, ad oggi, raggiunto un punto fermo ad opera dell'intervento giurisprudenziale che, però, evidenzia un netto trattamento differenziato a seconda

²⁹⁶ Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 12, p. 1718 ss.

²⁹⁷ Corte EDU, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, con commento di G. Palmeri, *op. cit.*

²⁹⁸ G. Palmeri, *op. cit.*

del luogo di nascita del minore e di creazione dell'atto, dando vita ad una discriminazione nei confronti dei bambini nati in Italia che può essere eliminata soltanto mediante intervento del legislatore: se infatti negare l'accesso in Italia alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie formate dallo stesso sesso non è illegittimo in quanto si tratta di una precisa scelta operata dal legislatore nell'ambito della sua piena discrezionalità²⁹⁹, impedire al bambino di essere giuridicamente vincolato ad entrambi i componenti della coppia omosessuale che ha deciso di farlo venire al mondo solo perché nato in Italia costituisce un grave pregiudizio per gli interessi socio-patrimoniali del minore, pregiudizio che i nati all'estero, in possesso di un certificato che attesti la doppia genitorialità omosessuale, non scontano.

E lo stesso orientamento giurisprudenziale, in aggiunta, viene a creare una discriminazione tra i figli delle coppie omosessuali, poiché ammette la trascrizione soltanto di certificati redatti in favore di coppie di madri lesbiche, mentre per i padri gay, che necessariamente devono ricorrere alla maternità surrogata, è precluso qualsiasi riconoscimento, salvo il legame biologico.

Sin dalla prima pronuncia in materia nel 2016³⁰⁰, la Cassazione ha riconosciuto legittimo e non contrario ad ordine pubblico la trascrizione di un atto di nascita straniero indicante la doppia genitorialità di coppia omosessuale che ha usufruito all'estero di tecniche di procreazione medicalmente assistita, ad esclusione della gestazione per altri poiché in questo caso l'interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis* cede di fronte al prevalente principio di ordine pubblico posto a tutela della dignità della gestante³⁰¹; questa operazione di salvaguardia ed elevazione del *best interest of the child* a principio di rango costituzionale cardine e ispiratore è stato nel tempo riconfermato dalla stessa Suprema Corte che ha giustificato le proprie decisioni anche ragionando sull'importanza che oggi deve essere riconosciuta, e che il legislatore stesso già riconosce, alla genitorialità sociale, senza che possa minimamente considerarsi

²⁹⁹ Corte Cost., ord. 18 giugno 2019, n. 221, su cortecostituzionale.it

³⁰⁰ Cass., n. 19599/2016 cit.

³⁰¹ Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Fam. dir.*, 2019, 7, p. 653 ss.

pregiudizievole per il minore l'orientamento sessuale dei genitori né può considerarsi la persona omosessuale inidonea ad assumere la responsabilità genitoriale³⁰².

La giurisprudenza, tuttavia, si è dovuta arrestare di fronte la puntuale disciplina che regola la redazione di certificati di nascita in Italia, non può essere modificata attraverso alcuna attività ermeneutica, né può essere dichiarata incostituzionale perché espressione di una libera scelta e valutazione del legislatore nazionale, anche se nei fatti dà vita ad un trattamento differenziato tra i bambini nati (da coppia omosessuale femminile) all'estero e quelli nati in Italia³⁰³.

Le Corti sono, quindi, ferme³⁰⁴ nel riconoscere legittimo il rifiuto opposto dall'ufficiale dello stato civile a registrare un atto di nascita nel quale sono indicate due madri poiché nel nostro ordinamento soltanto una persona può essere indicata come tale (nel caso di coppia lesbica madre sarà colei che partorisce), ma anche perché la legge nazionale esclude che una coppia formata da persone dello stesso sesso possa accedere alla fecondazione assistita³⁰⁵ ed esclude la genitorialità della coppia omosessuale, sia essa adottiva o mediante fecondazione³⁰⁶.

³⁰² Cass. n. 14878/2017, cit.; Cass., Sez. Un., n. 12193/2019, cit.; Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, cit.

³⁰³ Cass., 22 aprile 2020, n. 8029, su *Dejure*.

³⁰⁴ Corte Cost., 15 novembre 2019, n. 237, in *Fam. dir.* 2020, p. 325 SS.: *“È pur vero che la genitorialità del nato a seguito del ricorso a tecniche di PMA è legata anche al ‘consenso’ prestato, e alla ‘responsabilità’ conseguentemente assunta, da entrambi i soggetti che hanno deciso di accedere ad una tale tecnica procreativa. Tanto, infatti, si desume sia dall’art. 8 della legge n. 40 del 2004 – per cui, appunto, i nati a seguito di un percorso di fecondazione medicalmente assistita hanno lo stato di «figli nati nel matrimonio» o di «figli riconosciuti» della coppia che questo percorso ha avviato – sia dal successivo art. 9 della stessa legge che, con riguardo alla fecondazione di tipo eterologo, coerentemente stabilisce che il «coniuge o il convivente» (della madre naturale), pur in assenza di un suo apporto biologico, non possa, comunque, poi esercitare l’azione di disconoscimento della paternità né l’impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità. Ma tutto ciò sempreché quelle coinvolte nel progetto di genitorialità così condiviso siano coppie «di sesso diverso». Per quanto espressamente disposto dall’art. 5 della predetta legge n. 40 del 2004, le coppie dello stesso sesso non possono accedere alle tecniche di PMA”*; Corte Cost. 4 novembre 2020, n. 230, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 2, p. 362 ss.; Cass., 3 aprile 2020, n. 7668, in *Fam. dir.*, 2020, 6, p. 537 ss.; Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, cit.; Cass., n. 8029/2020, cit.: *“il riconoscimento di un minore concepito mediante il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di una donna legata in unione civile con quella che lo ha partorito, ma non avente alcun legame biologico con il minore, si pone in contrasto con la L. n. 40 del 2004, art. 4, comma 3, e con l’esclusione del ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali, non essendo consentita, al di fuori dei casi previsti dalla legge, la realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico, con i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto.”*; Cass. 25 febbraio 2022, n. 6383, in *Fam. dir.*, 2022, 6, p. 582 ss.; Corte Cost., nn. 32 e 33/2021, cit.

³⁰⁵ Art. 5, legge n. 40/2004.

³⁰⁶ Art. 1, comma 20, legge n. 76/2016.

Il parametro di riferimento utilizzato in queste decisioni è dato dall'ordine pubblico interno che ha una portata più ampia rispetto a quello internazionale; in virtù di questo diverso strumento di confronto si rende palese che, se anche l'omogenitorialità è riconosciuta nel panorama internazionale (ed anche in Italia) come forma di genitorialità valida al pari di quella eterosessuale, nel nostro ordinamento la diversità di sesso dei genitori diviene norma inderogabile per le fattispecie interne. La costruzione in questo senso non è costituzionalmente illegittima ma neanche obbligata, ben potrebbe il legislatore intervenire e rendere la genitorialità *gender neutral*, ma dai suoi interventi più recenti in materia appare una specifica volontà di non aprire le porte a questa strada.

La posizione assunta dalla giurisprudenza appare illogica e poco aderente alle necessità del caso concreto a parte della dottrina³⁰⁷, perché è più che mai manifesta la lesione che subisce il bambino nato in Italia del suo diritto ad avere sin dal momento della nascita due genitori che sono titolari nei suoi confronti di precisi obblighi stabiliti dalla legge, oltre a risultare difficile comprendere fino in fondo come il divieto di accesso alla PMA stabilito per le coppie omosessuali possa estendersi fino al momento successivo della redazione dell'atto di nascita anche se in conseguenza di una violazione della legge n. 40/2004, non avendo il legislatore stabilito nulla circa il destino del nato, ma avendo previsto una sanzione amministrativa che ricade sulle strutture che contravvengono queste disposizioni³⁰⁸.

Ancora una volta si rischia di far ricadere le responsabilità dei grandi sulle spalle e sulla vita dei più piccoli, dal momento che il bambino viene privato della bigenitorialità cui ha diritto e che nella realtà di tutti i giorni egli vive e riconosce.

Eppure, si evidenzia, la stessa legge in materia di procreazione medicalmente assistita ha come obiettivo anche quello di tutelare il nato assicurandogli certezza e stabilità, statuisce che i nati hanno lo stesso stato, uguale a tutti gli altri bambini, indipendentemente dalle circostanze della nascita, di figlio della coppia che ha prestato il consenso, senza prevedere alcuna eccezione, essendo lo *status* il primo

³⁰⁷ G. Ferrando, *Di chi è figlio un bambino con due mamme? Commento a prima lettura di corte cost. 230/2020*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 2, p.417 ss.; G. Salvi, *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità. Un necessario aggiornamento*, in *Riv. succ. fam.* 2021, p. 499 ss.; A.G. Grasso, *Nascita in Italia e PMA da coppia di donne: la cassazione nega la costituzione del rapporto filiale*, in *Corr. giur.*, 2020, 8-9, p. 1043 ss.

³⁰⁸ Art. 12 legge n. 40/2004.

tra diritti dei minori, necessario poi per l'esercizio di tutti gli altri³⁰⁹: nel caso di creazione di un atto di nascita in Italia da parte di una coppia *same sex*, però, si assiste al paradosso in forza del quale questo diritto del bambino viene completamente sacrificato e si svuota di significato il consenso prestato dalla coppia al progetto genitoriale, non riuscendo a separare le regole per l'accesso alle pratiche, dunque la responsabilità degli adulti, dalla disciplina in materia di stato giuridico del nato, il *best interest of the child*.

Anche alcune corti di merito hanno evidenziato la contraddittorietà di questo sistema e hanno provato a ridargli coerenza³¹⁰, soprattutto dopo le pronunce della Corte costituzionale del 2021 che, pur riconfermando la posizione assunta e mantenuta salda nel corso degli anni circa la legittimità del rifiuto dell'ufficiale dello stato civile alla redazione di un atto di nascita indicante due mamme, palesa un vuoto di tutela presente nel nostro ordinamento nei confronti dei bambini venuti al mondo con le più moderne tecniche medico-scientifiche.

Nell'interesse del minore, dunque, presso le Corti di Roma e Cagliari³¹¹ è stata autorizzata la creazione di un atto di nascita che riporta due donne come madri, ma i giudicanti sono subito stati "richiamati all'ordine" dalla Cassazione³¹², che ha ribadito che la definizione del contenuto della disciplina – quindi anche la mancanza di una specifica previsione – rientra nella competenza esclusiva del legislatore.

Non manca chi denuncia una carenza di coraggio e coerenza da parte della giurisprudenza che preferisce assecondare e attendere il legislatore, più volte richiamato affinché potesse intervenire, invece di garantire l'esercizio del proprio compito di assicurare la tutela dei diritti³¹³: così come nel 2021³¹⁴, anche nel 1998³¹⁵ la Corte costituzionale riconosceva che "in via primaria" spettava al legislatore dettare una disciplina in materia di PMA, ma allo stesso tempo doveva essere garantita la "protezione [...] dei beni costituzionali" coinvolti, rendendo quindi

³⁰⁹ Corte Cost. 28 novembre 2002, n. 494, in *Famiglia*, 2003 p. 848 ss.

³¹⁰ Trib. Bologna, 6 luglio 2018, Trib. Pistoia, 5 luglio 2018, Trib. Genova, 16 novembre 2018, App Napoli, 15 giugno 2018, tutte su *articolo29.it*

³¹¹ Trib. Roma, 18 aprile 2021, App. Cagliari, 29 aprile 2021, su *articolo29.it*

³¹² Cass., n. 6383/2022, *cit.*

³¹³ G. Ferrando, *op. ult. cit.*

³¹⁴ Corte cost., nn. 32 e 33/2021, *cit.*

³¹⁵ Corte Cost., 22 settembre 1998, n. 347, su *cortecostituzionale.it*.

necessario l'intervento del giudice per supplire la mancanza di un interessamento legislativo, andando a "ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea". Se, dunque, in passato la Consulta indicava ai giudici di merito gli strumenti per colmare il vuoto di tutela esistente, oggi richiede pazienza mentre sollecita un intervento legislativo che non può più essere rimandato, avvisando allo stesso tempo il parlamento sull'impossibilità di continuare a tollerare una simile mancanza.

Diverso è invece l'approccio, sempre della giurisprudenza, mancando ancora uno specifico intervento legislativo, circa il riconoscimento di adozioni concluse all'estero da coppie *same sex*.

Il punto di riferimento per ogni decisione è dato dall'art. 41 della legge n. 218/1995 che, richiamando gli artt. 64, 65, 66 della medesima legge detta le regole da seguire in relazione alle peculiarità del caso concreto³¹⁶.

Si deve, infatti, necessariamente distinguere tra adozione realizzata all'estero in cui tutti i soggetti coinvolti, sia gli adottanti che il minore sono cittadini stranieri, e adozioni realizzate all'estero da parte di cittadini italiani dei confronti di un minore straniero. Nel primo caso, quando si rende necessario il riconoscimento in Italia del provvedimento straniero, emanato secondo la legge del luogo, si deve procedere automaticamente dal momento che "non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo *status* genitoriale secondo il modello dell'adozione piena o legittimante, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare del figlio minore adottivo sia omogenitoriale ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione"; il riconoscimento del provvedimento straniero si rende necessario anche nel rispetto delle regole di diritto internazionale per garantire la continuità degli status e delle situazioni giuridiche validamente acquisite.

Sin dal 1998, e coerentemente anche negli anni successivi, la Corte costituzionale non pone limiti, fatta salva la discrezionalità del legislatore in materia, alla possibilità per la coppia omosessuale di dar vita ad una famiglia, cioè "di

³¹⁶ Corte Cost., 7 aprile 2016, n. 76, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 9, p. 1172 ss.

accogliere e anche di generare figli” in quanto una simile volontà è “espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi” derivante dal combinato disposto degli artt. 2, 3, 31 Cost; alla luce delle riforme intervenute nel diritto di famiglia e circa la filiazione, inoltre, si sottolinea come non sia più rilevante l’esistenza del vincolo matrimoniale nei rapporti tra genitori e figli, poiché i diritti e gli obblighi reciproci sorgono per il solo fatto della procreazione e/o dell’assunzione della responsabilità genitoriale, ragion per cui anche in caso di coppia formata da persone dello stesso sesso, quindi impossibilitata ad accedere al matrimonio, non può assolutamente trovare giustificazione un trattamento giuridico che determini “una condizione deteriore per i figli né (che va ad) incidere negativamente sul loro status”³¹⁷.

Il limite, quindi, è sempre rappresentato dal ricorso o meno alle pratiche di procreazione medicalmente assistita, in particolare alla surrogazione di maternità perché ritenuta in contrasto con l’ordine pubblico, ma laddove questa non è presente non sono individuati motivi per i quali l’adozione piena realizzata all’estero non possa produrre i suoi effetti anche in Italia, anche se non aperta nel nostro ordinamento alle coppie formate da persone dello stesso sesso³¹⁸.

Di recente proprio la Cassazione si è espressa in questi termini in relazione ad un caso che riguardava non un’adozione internazionale, quindi non da parte di cittadini italiani che avevano adottato o richiedevano di adottare un minore straniero, bensì un’adozione realizzata negli Stati Uniti da parte di un cittadino americano e il suo partner (con il quale aveva anche contratto matrimonio secondo quanto previsto dalla legge americana in materia) che godeva di doppia cittadinanza, italiana e statunitense; il minore adottato era, anch’egli, cittadino americano. Si chiedeva, dunque, di riconoscere la piena genitorialità della coppia nei confronti del minore anche in Italia, permettendo al provvedimento di adozione straniero, pronunciato dietro consenso da parte dei genitori biologici del minore e dopo aver accertato che l’adozione corrispondesse al *best interest of the child*, di poter produrre i suoi effetti nel nostro territorio, e “ciò sia in relazione al diritto alla continuità degli *status*, stabilito

³¹⁷ Corte Cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *Fam. dir.*, 1998, 3, p.205 ss.; Corte Cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Fam. dir.*, 2010, 7, p. 653 ss.; Corte Cost., n. 162/2014, cit.; Cass., Sez. Un., n. 9006/ 2021, cit.

³¹⁸ Art. 6, legge n. 184/1983.

nella L. n. 218 del 1995, art. 13, comma 3 e art. 33, commi 1 e 2 sia in relazione al diritto alla vita privata e familiare del minore che include tra le sue primarie manifestazioni la definizione della propria identità come essere umano relazionale e, dunque, all'interno del proprio nucleo familiare”.

La Corte riconosce il pregiudizio che subirebbe il minore, il suo equilibrato sviluppo “della personalità in relazione all’identità costruita nel rapporto con i genitori” qualora non venisse accolto nel nostro ordinamento il valido provvedimento estero, anche perché in caso di rifiuto il minore si troverebbe sul nostro territorio privo di figure genitoriali di riferimento giuridicamente riconosciute. La Cassazione ha prima ricordato i principi, sia di origine convenzionale che costituzionale, che hanno orientato la decisione, anche considerando la normativa interna in materia di genitorialità, adozione e PMA, richiamando “in primo luogo il principio del preminente interesse del minore nelle determinazioni che incidono sul suo diritto all’identità, alla stabilità affettiva, relazionale e familiare”; “in secondo luogo il principio della parità di trattamento tra tutti i figli, nati all’interno e fuori del matrimonio o adottivi, che trova la sua fonte costituzionale negli artt. 3 e 31 Cost. e che è stato invero dalla recente riforma della filiazione (L. n. 219 del 2012; D.Lgs. n. 154 del 2013).”; ha, poi, ricordato i diversi solleciti inviati dalla giurisprudenza al legislatore per una riforma della disciplina dell’adozione che consideri maggiormente anche la genitorialità sociale proprio per non creare discriminazioni nella tutela dei minori dal momento che “l’unione matrimoniale così come prevista nell’art. 29 Cost. costituisce il modello di relazione familiare fornito, allo stato attuale della regolazione interna, del massimo grado di tutela giuridica ma in relazione agli *status* genitoriali non costituisce più, soprattutto dopo la riforma della filiazione, il modello unico o quello ritenuto esclusivamente adeguato per la nascita e la crescita dei figli minori e conseguentemente deve escludersi che possa essere ritenuto un limite al riconoscimento degli effetti di un atto che attribuisce la genitorialità adottiva ad una coppia omoaffettiva, peraltro unita in matrimonio, tanto più che in relazione alla genitorialità sociale *l’imitatio naturae* manca *ab origine* ed è ampiamente compensata dalle ragioni solidaristiche dell’istituto e, con riferimento al minore, dalla

realizzazione, da assoggettarsi a verifica giurisdizionale, del processo di sviluppo personale e relazionale più adeguato alla sua crescita”³¹⁹.

L’analisi che deve essere svolta, viceversa, in caso di adozione internazionale è più approfondita, il provvedimento richiede di essere sottoposto a controllo da parte dell’autorità giudiziaria italiana per verificarne la corrispondenza con il nostro diritto interno (si fa riferimento ai principi fondamentali in materia familiare e di tutela dei minori), e con la Convenzione dell’Aja del 1993³²⁰: ciò vuol dire che non è possibile per una coppia *same sex* di cittadini italiani vedere trascritto in Italia un provvedimento di adozione legittimante realizzata all’estero poiché questa fattispecie è aperta soltanto a coppie unite in matrimonio.

È, in ogni caso, presente un’altra fattispecie nel nostro ordinamento che si riferisce a cittadini italiani stabilmente residenti all’estero: in questo caso affinché possa essere trascritto in Italia l’atto che dichiara l’adozione deve essere verificata soltanto la compatibilità con la Convenzione dell’Aja³²¹.

La giurisprudenza in passato aveva negato il carattere derogatorio e speciale di questa disposizione rispetto alla regola generale in materia di adozione internazionale, affermando che anche in questo caso i parametri di riferimento fossero rappresentati dalla Convenzione e “(d)ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori”³²² finendo per negare la qualifica di adozione legittimante a quella realizzata da cittadini italiani residenti all’estero, riconoscendola solo come adozione in casi particolari, ma in tempi più recenti è stata presentata una nuova interpretazione ad opera del Tribunale per i minorenni di Firenze³²³.

I giudici del capoluogo toscano, partendo dal dato letterale sottolineano, infatti, la diversa disciplina dettata dal comma 4 dell’art. 36 che richiama soltanto la Convenzione, ed è quindi innegabile il suo carattere derogatorio perché quando il

³¹⁹ Cass., Sez. Un., n. 9006/2021 cit.

³²⁰ Art. 35, legge n. 184/1983.

³²¹ Art. 36, comma 4, legge n. 184/1983, “L’adozione pronunciata dalla competente autorità di un Paese straniero a istanza di cittadini italiani, che dimostrino al momento della pronuncia di aver soggiornato continuativamente nello stesso e di avervi avuto la residenza da almeno due anni, viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del tribunale per i minorenni, purché conforme ai principi della Convenzione”.

³²² Cass., 4 febbraio 2011, n. 3572, in *Foro.it*, 2011, p. 728 ss.

³²³ Trib. min. Firenze, 8 marzo 2017, in *Corr. giur.*, 2017, 7, p. 940 ss.

legislatore ha voluto sottoporre l'accoglimento dei provvedimenti stranieri ad un controllo di conformità con il diritto nazionale lo ha espressamente previsto; si evidenziano i diversi termini utilizzati nei commi in cui si individuano i casi in cui il giudice può negare il riconoscimento in Italia di un atto validamente formato all'estero: il comma 6 dell'art. 35 (riferito ad adozione internazionale) richiama i requisiti che gli adottanti devono possedere secondo la legge italiana, tra i quali vi è anche l'unione in matrimonio, mentre il comma 4 dell'art. 36 ha un respiro più ampio riferendosi a principi.

Partendo da questa constatazione, dunque, procedendo poi ad un'analisi della Convenzione il collegio ne evidenzia l'art. 24 che ammette per lo Stato accogliente la possibilità di rifiutare la trascrizione di un'adozione realizzata all'estero soltanto in caso di manifesto contrasto con l'ordine pubblico, tenuto conto dell'interesse del minore: l'ordine pubblico di riferimento è quello internazionale, così come definito dalla Cassazione nel 2016, ed il concetto è inoltre rafforzato, "posto che la contrarietà deve essere manifesta e, inoltre, occorre riferirsi all'interesse superiore del minore che appare, quindi, un parametro in presenza del quale altri valori possono essere sacrificati". In accordo con le indicazioni date dalla Suprema Corte, per cui il contrasto con l'ordine pubblico sussiste se "l'atto straniero [...] contrast(a) con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo", seguendo anche la riflessione compiuta circa il rilievo che deve essere attribuito all'interesse del minore, i giudici fiorentini ritengono di non poter degradare l'adozione di un bambino abbandonato realizzata da cittadini italiani stabilmente residenti all'estero che è riconosciuta come legittimante nel luogo di provenienza ad adozione in casi particolari ex art. 44 lett. d) e ciò sia in conformità alla Convenzione dell'Aja che nulla richiede circa lo *status* dei genitori adottivi, a condizione che siano stati ritenuti idonei, sia per garantire la tutela del minore che sarebbe, altrimenti, privato del suo *status* e di parte dei suoi diritti. La pronuncia del Tribunale di Firenze si confronta, condividendolo appieno, anche con l'orientamento giurisprudenziale che separa la nozione di famiglia dalla necessità della discendenza biologica, qualificando la famiglia come una "comunità di affetti"

creata dai rapporti che si instaurano tra i componenti, indipendentemente dai loro vincoli genetici o giuridici o dal loro orientamento sessuale.

1.2 L'apertura della giurisprudenza e l'interpretazione dell'art. 44 lett. d) legge n. 184/1983

La legge n. 76/2016 non prevede per le coppie omosessuali la possibilità di adottare: non è stata prevista la stepchild adoption e, per espressa previsione del comma 20 dell'unico articolo di cui si compone il testo, non può trovare applicazione la legge sull'adozione.

Allo stesso tempo, però, il legislatore lascia una porta aperta alla giurisprudenza, dal momento che *“resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti”*: si fa riferimento all'interpretazione, fatta propria prima dai giudici di merito, poi confermata da quelli di legittimità, della disposizione dettata dalla lettera *d)* dell'art. 44 della legge n. 184/1983. È un'ipotesi di adozione in casi particolari, più precisamente *“quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo”*, dovendo intendersi come idonea ad integrare la fattispecie non solo una impossibilità di fatto ma anche giuridica: questo permette l'adozione, quindi la formalizzazione di rapporti tra minore e adulti che già si prendono cura di lui e con i quali vi è un rapporto stabile e continuativo, in molti più casi rispetto a quelli pensati in origine dal Parlamento.

Attraverso questa interpretazione estensiva è oggi possibile dichiarare, ad esempio, l'adozione del figlio biologico del partner convivente ma non coniugato, allo stesso modo in cui si può fare all'interno di una coppia unita civilmente. Fondamentale, per questo riconoscimento, è il superamento del concetto di famiglia tradizionale, intesa come famiglia fondata sul matrimonio tra uomo e donna, e l'apertura ad una pluralità di modelli famigliari variamente composti e formati, tutti ugualmente validi per la crescita e lo sviluppo della piena personalità dell'individuo.

Il primo importante passo in questa direzione è stato fatto dal Tribunale per i minorenni di Roma nel 2014 che ha sancito, per la prima volta nel nostro Paese, l'adozione particolare, ai sensi dell'art. 44 lett. *d)* della legge n. 184/1983, di una

minore figlia biologica della compagna della donna adottante. Il collegio capitolino ha fatto ricorso ad una lettura estensiva della disposizione, ricordando il ruolo riconosciutogli dello stesso legislatore, cioè quello di “garantire la copertura giuridica di una situazione di fatto già esistente da anni, nell’esclusivo interesse di una bambina che è da sempre cresciuta e stata allevata da due donne, che essa stessa riconosce come riferimenti affettivi primari, al punto tale da chiamare entrambe ‘mamma’”; l’art. 44, lett. d) della legge sull’adozione è qualificato come quel mezzo che permette al giudice di essere al passo con i repentini cambiamenti sociali che il legislatore non è in grado di disciplinare tempestivamente ma, mentre il Parlamento ha bisogno di tempo per intervenire, i tribunali minorili non possono restare a guardare e non sfruttare questa “porta aperta” per compiere il proprio dovere, per garantire il superiore interesse del minore.

Il giudice minorile, inoltre, deve prendere atto dell’evoluzione che ha interessato la famiglia italiana: se come luogo privilegiato per l’adozione si individua la coppia coniugata in ragione della stabilità che questa può offrire, nel caso di specie (ma anche in molti altri simili) l’analisi delle circostanze concrete dimostra che la stessa coppia *same sex* è in grado di garantire e assicurare la medesima sicurezza e stabilità; anche nella coppia formata da persone dello stesso sesso si può rinvenire quell’impegno e quell’aiuto reciproco proprio del matrimonio ma anche quelle attenzioni e preoccupazioni per la crescita e il futuro dei figli che caratterizzano la famiglia tradizionale³²⁴. Anche i giudici onorari, sottolinea il Tribunale, riconoscono che il benessere psicosociale della famiglia e dei suoi componenti non dipende dalla struttura di questa formazione, ma dalla qualità dei rapporti che i soggetti tessono tra

³²⁴Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, p. 109 ss.: “non pare che nel caso di specie emergano elementi in contrasto, dato che le due donne convivono ormai stabilmente da più di dieci anni ed hanno voluto contrarre, per rafforzare il loro reciproco impegno di fedeltà, il vincolo matrimoniale in uno dei Paesi europei che riconosce tale diritto a tutti gli uomini e le donne. Sotto il profilo economico-assistenziale, la ricorrente ha costituito garanzie a favore e a tutela della minore, inserendola quale beneficiaria sia nella propria assicurazione sanitaria ENPAP, sia nella propria polizza integrativa privata. La ricorrente esercita la professione di psicoterapeuta in ed ha dimostrato di avere un reddito sufficiente e sostenere, in collaborazione con la convivente, i bisogni dell’adottanda, nonché a fornirle ogni sostegno psicologico necessario al di lei percorso evolutivo, tenuto anche conto della sua professione. Occorre qui considerare come degne della massima considerazione le valutazioni estremamente positive che la psicologa, l’assistente sociale e l’insegnante hanno riportato sullo stato di salute fisica e psicologica di (Omissis), che è apparsa a tutti serena, unita da un profondo legame affettivo alle sue due madri, e assolutamente ben inserita nell’ambiente scolastico e familiare che la circonda, ove tra l’altro, grazie anche alla presenza costante dei nonni, ha modo di osservare vari modelli di coppia esistenti, non risultando per tanto isolata o pregiudicata a livello emotivo in alcun modo”

di loro, essendo indifferente il numero, il genere o l'orientamento sessuale dei genitori, ma rilevando soltanto la loro capacità ad adempiere quei doveri che la legge e la società richiede per la sana crescita del bambino. Non vi è, quindi, alcun limite scientifico provato circa la capacità genitoriale della coppia omosessuale, come già affermava la Corte Edu più di venti anni fa³²⁵, ma la chiusura dipende esclusivamente dalla discrezionalità del legislatore. I giudici minorili, però, sono chiamati a decidere in modo da soddisfare il preminente interesse del minore, non possono lasciarsi influenzare e aderire ai diffusi pregiudizi che porterebbero a “stigmatizzare una genitorialità ‘diversa’, ma parimenti sana e meritevole di essere riconosciuta in quanto tale”.

Proprio in ragione di questo principio la corte romana ha affermato di aver aperto l'adozione particolare anche alle coppie omosessuali, considerando che era già ammessa l'applicabilità dell'art. 44 lett. d) ai conviventi *more uxorio*: la disposizione, infatti, nulla dice circa il sesso degli adottanti e, prevedere un trattamento differenziato tra coppia etero e coppia omo “sarebbe, peraltro, contraria alla *ratio legis*, al dato costituzionale nonché ai principi di cui alla Convenzione Europea sui Diritti Umani e le Libertà Fondamentali (“CEDU”), di cui l'Italia è parte”. Sarebbe contraria alla *ratio legis* perché la lettera d) è stata elaborata per riconoscere veste giuridica ai rapporti di fatto esistenti nell'esclusivo interesse del minore e “non può presumersi che l'interesse del minore non possa realizzarsi nell'ambito di un nucleo familiare costituito da una coppia di soggetti del medesimo sesso”, inoltre “sarebbe un'interpretazione non conforme al dettato costituzionale in quanto lesiva del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) e della tutela dei diritti fondamentali (art. 2 Cost.), fra cui la Corte Costituzionale annovera quello delle unioni omosessuali a vivere liberamente la propria condizione di coppia”.

La decisione ha suscitato non poche critiche, sia in dottrina che in giurisprudenza, soprattutto in riferimento al modo in cui è stato interpretato l'art. 44 lett. d): fino a che non è intervenuta la Cassazione³²⁶, due anni più tardi, a confermare l'orientamento del Tribunale romano, i giudici di merito delle corti minorili non sono

³²⁵ Corte EDU, 21 marzo 2000, ric. 33290/96, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, in *Corr. giur.*, 2000, 1 p. 69 ss.

³²⁶ Cass., 22 giugno 2016, n. 12692, su *cortedicassazione.it*.

stati uniti nel percorso da seguire, dal momento che non tutti hanno accettato, quale presupposto per integrare la fattispecie, la sussistenza di un'impossibilità di affidamento preadottivo che fosse di natura giuridica, recuperando, invece, l'interpretazione più restrittiva che richiedeva la necessaria sussistenza di uno stato di abbandono già riconosciuto e dichiarato.

Anche parte della dottrina si è mostrata molto critica e, anche in questo caso, le perplessità non hanno riguardato la capacità genitoriale della coppia omoaffettiva, ma l'iter logico-argomentativo seguito dai giudici capitolini per giustificare l'applicabilità della lettera *d*). In particolare si è ragionato sul rapporto tra questa e la lettera *b*) della medesima disposizione che prevede l'adozione in casi particolari da parte del coniuge del genitore biologico: si è affermato che la decisione romana del 2014 ha come esito quello di svuotare di significato, oltrepassando il limite preciso imposto dal legislatore, proprio la lettera *b*) dell'art. 44, legge n. 184/1983.

Il legislatore, infatti, nel prevedere che solo ed esclusivamente il coniuge possa adottare il figlio biologico o adottivo dell'altro coniuge, ha determinato con precisione il campo di operatività della disposizione, introducendo come presupposto il necessario rapporto di coniugio a dimostrazione della serietà e della stabilità del nucleo familiare che, di fatto, già accoglie il bambino; il tribunale ha compiuto un esagerato sforzo argomentativo per "bypassare" questo limite, tale da "assorbire nella impossibilità di affidamento preadottivo l'intera problematica della adozione coparentale" che si potrebbe ormai ritenere sostanzialmente abrogata la lettera *b*) "giacché non residuerebbe alcun margine di autonomia della statuizione, né dove consente l'adozione al coniuge del genitore (perché a quel punto la fattispecie potrebbe a fortiori essere disciplinata dalla lett. *d*), né dove la esclude per il non coniuge (perché in questo caso la mancata previsione sarebbe aggirata dalla interpretazione estensiva della lett. *d*)"³²⁷.

Si è reso portavoce di questa critica il Tribunale per i minorenni di Milano³²⁸ che ritiene che l'adozione ex art. 44 prescinda soltanto dal requisito dell'abbandono (art. 7) poiché espressamente previsto, mentre non si può accordarla in mancanza

³²⁷ N. Cipriani, *Il Tribunale per i minorenni di Roma apre all'adozione nelle famiglie omogenitoriali*, in *Minorigiustizia*, 2015, 1, p. 275 ss.; Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 2, p. 177 ss.

³²⁸ Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016 e 20 ottobre 2016, in *Fam. Dir.* 2017, 11, p. 983 ss.

degli altri ed ulteriori requisiti sui quali il legislatore ha costruito l'intero sistema, primo fra tutti il rapporto di coniugio esistente tra gli adottanti.

La Corte di Appello della stessa città³²⁹ ha, però, riformato la decisione sposando l'orientamento maggioritario che sottolinea come l'adozione in casi particolari abbia una *ratio* diversa rispetto a quella legittimante che giustifica una diversa disciplina, nella quale non assume centralità il vincolo giuridico esistente tra gli adottanti se non nei casi espressamente previsti (lett. *b*)³³⁰

La questione è successivamente giunta in Cassazione nel 2016, essendo stata impugnata, denunciando l'erronea applicazione dell'art. 44 lett. *d*) della legge n. 184/1983, prima la decisione del Tribunale per i minorenni, poi quella della Corte di Appello di Roma che confermava quanto stabilito nel giudizio precedente.

La Suprema Corte, a sua volta, aderisce alla interpretazione evolutiva della disposizione, tale da accordare l'adozione in casi particolari anche al partner dello stesso sesso del genitore biologico (la decisione è precedente l'emanazione della legge n. 76/2016 sulle unioni civili, quindi viene riconosciuta l'adozione indipendentemente da qualsiasi formalizzazione del rapporto omosessuale) perché rispondente al superiore interesse del minore.

In questa sentenza la Corte non solo avalla il percorso ermeneutico compiuto dai giudici della capitale, richiamando prima di tutto il dato letterale della disposizione e sottolineando come non sia richiesto necessariamente un preesistente stato di abbandono (*"I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7"*, art. 44, comma 1, legge adozione), dal momento che un orientamento diverso avrebbe come effetto quello di impedire l'adozione ai sensi della lettera *d*) ogni volta che il minore si trova a vivere una relazione consolidata con un adulto che già si occupa di lui, non potendosi ravvisare in questi casi una situazione di abbandono, ma ribadisce la coerenza di questa impostazione con quanto affermato dal Giudice delle leggi già nel 1999 che va ad anticipare "significativamente le linee ispiratrici degli interventi legislativi di riforma della filiazione e degli istituti dell'adozione e della stessa giurisprudenza della Corte

³²⁹ App. Milano, 9 febbraio 2017, in *Fam dir.*, 2017, 11, p. 1003 ss.

³³⁰ G. Ferrando, *A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 2, p. 171 ss.; G. Salvi, *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, Napoli, 2018, p. 20 ss.

europea dei diritti umani, sviluppatasi nell'ultimo decennio intorno al contenuto e alla preminenza del '*best interest*' del minore anche rispetto all'interesse pubblico degli Stati".

La Corte costituzionale, infatti, già si era pronunciata sul campo di applicazione della lettera *d* (all'epoca della pronuncia lettera *c*), qualificandola come "clausola residuale per i casi speciali non inquadrabili nella disciplina dell'adozione 'legittimante'", attraverso la quale il legislatore ha inteso rinforzare e riconoscere i rapporti tra il bambino e quegli adulti, parenti o persone a lui vicine ad altro titolo poco importa, che già si occupano di lui mediante un'adozione che richiede presupposti meno rigidi di quella legittimante ma che, allo stesso tempo, ha effetti più limitati.

Il principio ispiratore di tutta la disciplina che coinvolge il minore e in particolare l'adozione, ricorda la Corte, è "l'effettiva realizzazione degli interessi del minore" e la previsione così interpretata dell'art. 44 lett. *d*) ne è espressione³³¹.

La Cassazione, infine, conclude ricordando che l'adozione in casi particolari ex lett. *d*) è accessibile sia a persone singole che a coppie di fatto e le indagini necessarie ai sensi dell'art. 57 della legge n. 184/1983 sul soddisfacimento dell'interesse del minore non possono essere compiute "neanche indirettamente - dando rilievo all'orientamento sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio partner."

In seguito a questo intervento della Cassazione si è aperta la strada all'adozione, all'interno delle coppie *same sex*, del figlio del partner ed è, ancora oggi, l'unico strumento che permette, nel nostro ordinamento, il riconoscimento di quel rapporto e quella stretta relazione che intercorre tra il minore e gli adulti dello stesso sesso che si prendono cura di lui: nel 2014 ha rappresentato una svolta e un traguardo importante anche perché è stata la dimostrazione, da parte della giurisprudenza, di una profonda comprensione e accettazione dell'evoluzione sociale e dei modelli familiari, libera da ogni pregiudizio, ma oggi si evidenziano i limiti della disciplina, quindi l'insufficienza del dato normativo in materia.

Per quanto, infatti, l'orientamento è ormai condiviso dalla giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, non si può negare che il riconoscimento o meno della

³³¹ Corte Cost., 30 settembre 1999, n. 383, in *Giur. cost.*, 1999, 1, p. 2951 ss.

omogenitorialità è interamente rimesso alla discrezionalità del giudice, non essendo ancora mai intervenuto il legislatore: “il fatto che la legge non disciplini espressamente l'adozione del figlio da parte del partner finisce dunque per demandare ai giudici il compito di garantire il diritto dei figli alla certezza e stabilità del rapporto con coloro che effettivamente esercitano la funzione genitoriale. Ma l'intervento giudiziale, necessariamente episodico, frammentario e incerto nei suoi esiti, solo in modo imperfetto può attuare il diritto dei bambini alla famiglia”³³².

I continui richiami al legislatore da parte delle Corti, ma anche gli inviti della dottrina, sono finalizzati proprio ad ottenere una specifica disciplina normativa in materia non tanto per soddisfare le egoistiche pretese genitoriali degli adulti, quanto più, e soprattutto, ad assicurare adeguata tutela ai diritti dei minori, primo fra tutti il diritto alla famiglia, sia che questa sia originata da legami biologici sia che si fondi su legami di fatto.

L'art. 44 lett. d) nella sua interpretazione evolutiva permette l'adozione particolare del figlio del partner anche all'interno delle coppie formate da persone dello stesso sesso e, laddove il minore è il frutto di una precedente relazione eterosessuale e vi è quindi la presenza di entrambi i genitori biologici, riconoscere a favore dell'attuale convivente *same sex* una forma di adozione con effetti limitati non pregiudica i diritti del minore anzi, questi potrebbe vedere accrescere la propria tutela e gli adulti a cui fare riferimento nel suo percorso di crescita: dal momento che è necessario il consenso dei genitori biologici, si può ragionevolmente supporre che non vi sia conflittualità tra l'ex partner-genitore biologico e quello attuale adottante, né dovrebbero esserci grossi problemi circa il rapporto tra i genitori biologici e l'accettazione da parte dell'ex compagno/a etero della nuova relazione omosessuale in cui l'altro è ora coinvolto.

Il problema, evidenziato anche di recente dalla giurisprudenza di legittimità, si pone quando il genitore biologico nega il consenso all'adozione particolare³³³, e sono

³³² G. Ferrando, *Il problema dell'adozione del figlio del partner*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 9, p. 1213 ss.

³³³ Corte Cost., n. 32/2021 cit., su una richiesta di adozione in casi particolari da parte della madre d'intenzione contro la quale la madre biologica non aveva prestato il consenso in ragione dei contrasti e conseguente rottura della relazione di coppia; la situazione “*ha reso affatto evidente un vuoto di tutela. Pur in presenza di un rapporto di filiazione effettivo, consolidatosi nella pratica della vita quotidiana con la medesima madre intenzionale, nessuno strumento può essere utilmente adoprato per far valere i diritti delle minori: il*

ancora più evidenti i limiti della disciplina quando l'adozione in casi particolari viene presentata come soluzione per le coppie formate da persone dello stesso sesso che hanno fatto ricorso, all'estero, a tecniche di procreazione medicalmente assistita e soltanto uno dei componenti può essere riconosciuto come genitore biologico.

È stata, infatti, portata all'attenzione della Corte costituzionale la questione relativa alla possibilità di rettifica dell'atto di nascita di un minore venuto al mondo in seguito a maternità surrogata realizzata all'estero da parte di una coppia formata da due uomini, all'interno della quale uno è qualificabile come genitore biologico in quanto ha donato il seme, l'altro come genitore d'intenzione.

L'ufficiale dello stato civile ha rifiutato di registrare entrambi gli uomini come genitori del bambino visto l'illiceità della pratica alla quale hanno fatto ricorso, riconoscendo soltanto il genitore biologico. La Corte ha sollecitato, ancora una volta, un intervento del legislatore proprio per colmare quel vuoto presente nel nostro ordinamento circa la tutela di questi bambini: pur essendo la gestazione per altri penalmente sanzionata, non si può non considerare il destino dei nati in seguito a questa pratica, il loro diritto alla genitorialità e alla bigenitorialità, quindi alla famiglia. In questi casi, infatti, il bambino è accudito allo stesso modo da entrambi i componenti della coppia che hanno, insieme, deciso di "farlo venire al mondo" e il suo interesse "è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi" e questo sia perché "questi legami sono parte integrante della stessa identità del bambino (Corte EDU, sentenza 26 giugno 2014, *Mennesson contro Francia*, paragrafo 96)", ma "prima ancora, allo scopo di essere identificato dalla legge come membro di quella famiglia o di quel nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte". Come soluzione in questi casi viene fatto ricorso proprio all'adozione in casi particolari ex art. 44, lett. d)³³⁴, permettendo al genitore di intenzione di adottare il bambino ma non in modo pieno e introducendo, dunque, "una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali", senza considerare che l'adozione in casi particolari, se non da pochi

mantenimento, la cura, l'educazione, l'istruzione, la successione e, più semplicemente, la continuità e il conforto di abitudini condivise".

³³⁴ Cass., Sez. Un., n. 12193/2019 cit.

mesi e per intervento giurisprudenziale³³⁵, non attribuisce la genitorialità³³⁶: dal punto di vista giuridico, quindi, il minore avrebbe rapporti differenti con quelli che, in una condizione fattuale di assoluta parità, sono i suoi genitori e anche questi avrebbero nei suoi confronti obblighi e responsabilità diverse.

La giurisprudenza, purtroppo, non può spingersi oltre, non può violare o superare, per mezzo di una interpretazione creativa, il testo di legge, ma si impegna ad utilizzare gli strumenti a disposizione per assicurare quanto più possibile tutela ai bambini e alle nuove famiglie, in attesa che il legislatore ascolti le numerose richieste di intervento e, prendendo coraggio, elabori una disciplina adeguata, spogliandosi da pregiudizi e condizionamenti ideologici e/o religiosi privi di qualsiasi fondamento.

³³⁵ Corte Cost., 28 marzo 2022, n. 79, su *cortecostituzionale.it*

³³⁶ Corte Cost., n. 33/2021 cit.

2. Gli ostacoli legislativi all'omogenitorialità: le regole per l'accesso alla procreazione medicalmente assistita (PMA)

La procreazione, cioè l'atto di generare, mettere al mondo un figlio, può essere definita come un diritto (libertà) della persona che attiene alla stessa identità personale, essendo un segno essenziale di identificazione della dignità umana, un tassello importante all'interno del pieno sviluppo della personalità.

In quanto diritto/libertà è onere dell'ordinamento tutelarla, senza che però questo vada a giustificare una pretesa di essere genitori "ad ogni costo" con qualunque strumento possibile, poiché si deve prendere in considerazione anche il diritto alla vita del concepito, riconosciuto come soggetto di diritto, titolare anche di interessi; compito dello Stato è quello di non condizionare, neanche indirettamente, la decisione di procreare che deve essere libera: non possono essere adottati strumenti legislativi finalizzati ad una pianificazione familiare, né può essere imposto l'obbligo di avere figli o un certo numero di figli, penalizzando quindi chi decide liberamente di non averne.³³⁷

Si preferisce parlare, quindi, non di diritto a procreare, ma di diritto alla libertà procreativa, intesa come scelta, ragionata e consapevole, di decidere se e quando mettere al mondo uno o più figli, senza che la decisione, che deve riguardare esclusivamente la coppia genitrice, se non addirittura la singola persona, possa essere in alcun modo obbligata o altrimenti condizionata, e senza che la scelta, nell'uno o nell'altro senso, possa pregiudicare il godimento di altri diritti o il soddisfacimento di altri interessi.

Il concetto è di recente emersione, basti considerare, senza andare troppo lontano³³⁸, che in epoca fascista fu attuata nel nostro Paese una precisa politica demografica volta ad incentivare la natalità, prevedendo aiuti, sia diretti e indiretti, alle famiglie più numerose e alle coppie più prolifiche; introducendo, nel codice

³³⁷ A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, in *Il governo del corpo*, II, Canestrari, Milano, 2011, p. 1342.

³³⁸ Da quasi 50 anni Pechino, per contrastare il boom demografico, attua una politica di controllo delle nascite che è stata recentemente modificata per superare il problema inverso del calo della natalità: si è passati dalla politica del figlio unico ad un massimo di tre figli per coppia.

penale, il reato di “procurata impotenza alla procreazione” per coloro che somministravano anticoncezionali (abrogato solo nel 1978), e allo stesso tempo imponendo una tassa sul celibato, come una sorta di punizione per aver rinunciato al matrimonio e quindi a procreare; bisognerà attendere il 2000 per veder dichiarata incostituzionale la disposizione che prevedeva, tra i requisiti per poter accedere alla Guardia di Finanza, “l’essere senza prole”³³⁹.

È, inoltre, soltanto nel 1995 che l’Assemblea generale delle Nazioni Unite afferma che i diritti riproduttivi, i quali ricomprendono “il diritto ad avere il controllo e decidere liberamente e responsabilmente sulla propria sessualità, compresa la salute sessuale e riproduttiva, senza coercizione, discriminazione e violenza”³⁴⁰, sono intrinsecamente collegati ai diritti umani fondamentali; è soltanto in questo momento che viene per la prima volta riconosciuto, in un trattato internazionale, il diritto della donna ad avere il controllo sul proprio corpo e a decidere, quindi, anche in merito ad una eventuale, possibile gravidanza.

Purtroppo, ancora una volta, la realtà dei fatti è molto distante dal testo scritto: in Italia, se anche esisteva già una legge sull’interruzione volontaria della gravidanza (legge 22 maggio 1978, n. 194)³⁴¹, bisognerà attendere circa dieci anni per avere una disciplina che si occupi della salute della donna considerando anche i suoi diritti riproduttivi, quindi la sua libertà di scelta e la possibilità di ricorrere alla più moderne

³³⁹ Corte Cost., 24 luglio 2000, n. 332, su cortecostituzionale.it: “Un divieto siffatto si pone in contrasto con i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l’art. 2 della Costituzione l’integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminazione della vita privata [...] non potendosi ravvisare, neppure nella delicata fase del reclutamento e dell’addestramento, un’esigenza dell’organizzazione militare così preminente da giustificare una limitazione del diritto di procreare, o di diventare genitore”.

³⁴⁰ Dichiarazione di Pechino, settembre 1995, par. 96, approvata nel corso della IV conferenza mondiale sulle donne della Nazioni unite.

³⁴¹ La legge è comunque frutto di un compromesso, non solo tra il diritto a procreare in modo consapevole e responsabile e la tutela della vita umana sin dall’inizio, ma anche tra le diverse parti politiche, condizionato anche da ideologie religiose, tale da rendere piuttosto articolato il percorso che conduce la donna ad interrompere la gravidanza indesiderata: la relazione del Ministero della Salute sull’attuazione della legge 194, pubblicata annualmente, nel 2019 evidenziava che il 67% dei ginecologi che operano sul territorio nazionale si dichiarano obiettori di coscienza (Il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l’interruzione della gravidanza quando sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione”, art. 9, legge n. 194/1978) e che in almeno 15 ospedali italiani il 100% dei ginecologi che vi prestano servizio sono obiettori di coscienza. Oltre ai limiti temporali imposti, quindi, la donna deve scontrarsi anche con questo fenomeno che va a minare la sua libertà di autodeterminazione, la possibilità di scegliere di interrompere una gravidanza, svuotando di significato l’impianto normativo.

tecniche medico-scientifiche per superare problemi procreativi laddove ce ne fosse bisogno. È, infatti, il 19 febbraio 2004 quando il Parlamento approva la legge n. 40, intitolata “*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*”.

Le più moderne tecniche medico-scientifiche permettono di superare problematiche legate alla procreazione, quali l'infertilità o la sterilità, e possono anche essere utilizzate per soddisfare il desiderio di maternità o paternità di coloro che sono portatori di malattie genetiche, di persone singole o di coppie formate da persone dello stesso sesso, dal momento che rendono del tutto superfluo l'incontro fisico tra uomo e donna necessario, in natura, per creare la vita.

Da tempo si richiedeva l'intervento del legislatore affinché dettasse delle regole per quello che era definito “far west procreativo”³⁴² e questo è avvenuto, con notevole ritardo rispetto ad altri Paesi europei³⁴³, nel 2004: la legge ha visto la luce dopo un iter parlamentare piuttosto lungo (proposte di legge erano già state presentate negli anni '80 e, anche in questa ultima discussione, vi era chi si augurava un nulla di fatto, continuando a mantenere una lacuna normativa lasciandone il peso sulle spalle della giurisprudenza³⁴⁴) e travagliato, dovuto anche alle tematiche di natura etica e religiosa che sono coinvolte, a partire dall'origine della vita e del dono che questa rappresenta fino ad arrivare alla necessità di salvaguardare la verità biologica per tutelare il nascituro e la sua identità.

In quegli stessi anni si discuteva in giurisprudenza dell'esistenza o meno di un diritto a procreare e quindi degli strumenti che l'ordinamento avrebbe potuto mettere a disposizione per coloro che avessero incontrato ostacoli di varia natura. L'esistenza di tale diritto era negata da parte dei giudici di merito e anche da parte della dottrina³⁴⁵, ma era stato riconosciuto dalla Corte costituzionale³⁴⁶: il legislatore ha deciso di adottare la linea più prudente e restrittiva non aprendo in modo incondizionato la possibilità di procreare ma prevedendo precise, tassative ipotesi in

³⁴² F. Ruscello, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2004, 6, p. 628 ss.

³⁴³ Il primo Paese ad elaborare una legge in materia fu la Svezia nel 1988, poi la Gran Bretagna e la Germania nel 1990, seguite dall'Austria nel 1992, poi dalla Francia nel 1994 e dalla Svizzera nel 1998.

³⁴⁴ M. Dogliotti, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Fam. dir.*, 2004, 2, p. 117 ss.

³⁴⁵ M. Dogliotti, *op. cit.*: “la procreazione assistita sia una tecnica per risolvere problemi di sterilità e/o infertilità, e che non esista un vero e proprio diritto alla procreazione, comunque e con qualsiasi modalità”.

³⁴⁶ Corte Cost., n. 332/2000 cit.

cui si può far ricorso alle più moderne tecniche medico scientifiche esistenti in materia.

La legge italiana, oscura per certi versi poiché il legislatore non offre alcune definizioni tecniche³⁴⁷, poteva vantare il primato europeo di legge sulla PMA più restrittiva, essendo l'unica che stabiliva il divieto di fecondazione eterologa (venuto poi meno nel 2014) e che prevedeva dei limiti molto severi per la fecondazione in vitro: eccessiva rigidità, divieti e limiti erano i tratti caratterizzanti il testo del 2004³⁴⁸ i quali, se da una parte rendevano attuabile l'intento dichiarato della legge di limitare quanto più possibile il ricorso a queste pratiche (*"Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità"*, art. 1, comma 2, legge n. 40/2004), dall'altra comportavano problemi e gravi conseguenze in sede di attuazione, restringendo eccessivamente il campo.

Queste critiche hanno poi portato ad un referendum abrogativo svoltosi nel giugno dell'anno successivo l'entrata in vigore della legge che, però, non ha raggiunto il quorum necessario: nel dibattito pre-consultazione è stata molto influente la posizione della Chiesa Cattolica che invitava all'astensionismo "poiché nessuna modifica apporterebbe miglioramenti alla legge 40/2004, la quale salvaguarda principi e criteri essenziali"³⁴⁹, da sempre ferma nelle sue convinzioni, espresse da Papa Giovanni Paolo II già nel 1995 attraverso l'enciclica *Evangelium vitae* nella quale si condannavano le tecniche di procreazione artificiale, l'aborto e la

³⁴⁷ M. C. Campagnoli, *Procreazione medicalmente assistita e fecondazione eterologa: il percorso frastagliato della legge 40/2004*, Milano, 2017, p. 16-17. La legge, ad esempio, non definisce cosa debba intendersi per sterilità o infertilità, non indica se bisogna rifarsi alle definizioni medico-scientifiche (e quindi con il termine "sterilità" ci si riferisce all'incapacità - anche potenziale - dei gameti di un individuo di innescare un meccanismo fecondativo; con 'infertilità' - invece - ci si riferisce all'incapacità di portare a termine un percorso di fecondazione regolarmente iniziato") o se il legislatore ha inteso utilizzare i termini attribuendovi significati diversi. Sono intervenute le Linee Guida emanate dal Ministero della Salute a chiarire che i termini devono essere interpretati come sinonimi e "nel senso di voler ricomprendere ogni tipo di patologia riproduttiva che avesse potuto affliggere la coppia"; l'intervento amministrativo ha anche chiarito, nel dubbio creato dalla formulazione del testo, che la legge trova applicazione anche nei confronti degli "ipofertili", cioè coloro che, pur non essendo tecnicamente sterili od infertili, non sono riusciti a portare a termine un processo riproduttivo per ragioni biologiche o per ripetuta abortività spontanea".

³⁴⁸ M. Dogliotti, *op. cit.*; G. Ferrando, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, 6, p. 810 ss.

³⁴⁹ Cardinale Camillo Ruini nel suo intervento di fronte al Consiglio permanente della CEI.

contraccezione poiché moralmente inaccettabili in quanto rappresentano “i nuovi attentati contro la vita”.³⁵⁰

Accanto alle forti limitazioni vi era, però, una insolita (almeno per il clima legislativo in cui è stata emanata la disciplina) apertura verso la famiglia di fatto, attribuendovi rilevanza giuridica (ruolo che ancora non le è riconosciuto in materia di adozione piena), infatti l'art. 5 della legge già stabiliva la possibilità di accesso alla PMA per le “*coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi*”, senza però precisare quali elementi dovevano essere accertati per assicurarsi che la convivenza fosse stabile e duratura, lasciando spazio ad abusi e rimettendo ancora una volta tutto all'interprete.

L'impianto così restrittivo della legge è stato giustificato dall'impegno del legislatore di assicurare tutela a tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito che viene qualificato come soggetto e quindi meritevole di specifiche misure di protezione, per cui è vietata tutta l'attività di ricerca e sperimentazione a meno che non sia per “*finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative*” (art. 13, comma 2), così come sono vietate “*ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche*” (art. 13, comma 3), la clonazione di embrioni (art. 13, comma 4), la crioconservazione e la soppressione (art. 14, comma 1). Dall'analisi complessiva della legge emerge, però, come il legislatore utilizzi il termine concepito non per riferirsi “(al)l'essere che, già nel ventre materno, sta portando a compimento il ciclo di sviluppo destinato a concludersi con la nascita, quanto piuttosto (a)l c.d. embrione e, ancor più specificatamente, quel particolare tipo di embrione che è l'embrione in vitro”³⁵¹; questa tecnica porta all'equiparazione tra l'embrione e la “vita umana” e giustifica tutte le disposizioni poste a protezione dell'embrione stesso³⁵², ma offre allo stesso tempo una tutela

³⁵⁰ A. D'Aloia, P. Torretta, *op cit.*, p. 1380.

³⁵¹ M.C. Campagnoli, *op. cit.*, p. 12 ss.

³⁵² Trib. Roma, 23 febbraio 2005, su osservatoriofamiglia.it: “il legislatore ha scelto la soluzione di tutela del concepito già dal momento della fecondazione dell'ovulo, considerato quale inizio dello sviluppo dell'essere

sbilanciata nei confronti degli altri soggetti coinvolti, dimostrando il legislatore di prestare più scarsa attenzione alla tutela della salute della donna gestante³⁵³, situazione già denunciata, in altra occasione, anche dalla giurisprudenza di legittimità³⁵⁴: l'art. 1, comma 2, stabilisce che si può fare ricorso alla PMA solo se non ci sono "altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità" ma, se non fosse interpretato nel senso di permettere l'accesso alle nuove tecniche anche quando sussistono altri metodi ma che richiedono, per essere efficaci, lungo tempo, o che sono pericolosi o dolorosi per la donna, allora si avrebbe una legge che pone in secondo piano la tutela di chi è già in vita³⁵⁵.

umano. [...] ciò consente di affermare che l'espressione letterale di embrione utilizzata dalla norma in parola sia sganciata dall'accezione e dai contenuti propri utilizzati nel mondo scientifico e che la volontà della legge sia quella di tutelare anche l'ovocita fecondato quale potenziale embrione".

³⁵³ G. Ferrando, *op. ult. cit.*: "la tutela dell'embrione si realizza a scapito della tutela della salute della donna e comporta un limite alla libertà sua (e del medico) di scegliere la soluzione che, tenuto conto delle condizioni della donna, ottimizzi le probabilità di successo, minimizzando i rischi dell'intervento [...] Allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, la tecnica FIVET richiede la produzione di embrioni in soprannumero. Non tutti quelli prodotti in vitro vengono necessariamente trasferiti in utero, ma sono conservati in azoto liquido in previsione di successivi impianti, quando il primo tentativo non abbia successo, o per tentare nuove gravidanze. Stabilito per legge il divieto di congelamento di embrioni, necessariamente tutti gli embrioni che sono stati formati nel corso di un ciclo di trattamenti devono essere reimpiantati in utero, per dare a ciascuno di essi la possibilità di nascere. Per evitare il rischio di gravidanze multiple occorre, tuttavia, limitare anche il numero di ovociti da fecondare. In caso di insuccesso al primo ciclo occorre iniziare da capo la procedura, con i rischi e le complicità per la salute della donna che ripetute stimolazioni ormonali ed il prelievo di ovociti comportano."; F. Ruscello, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2004, 6, p. 628 ss.: "sul presupposto di una erronea equazione, infatti, la legge ha immaginato che, per poter tutelare i diritti dell'embrione, si dovesse per forza di cose ipotizzare un complesso di disposizioni che, per dir così, ostacolasse le pratiche artificiali di fecondazione e procreazione. Alla proclamazione del diritto di procreare, attraverso la rimozione delle cause che ne impediscono l'effettiva realizzazione (sterilità e infertilità), corrisponde, così, una disciplina che si contraddistingue per una serie di divieti che, non soltanto hanno come punto di riferimento l'embrione, ma le pratiche artificiali stesse. La regolamentazione della procreazione assistita, da strumento mirato a garantire un diritto fondamentale - quale, nessun dubita, si deve considerare quello alla salute - diviene, paradossalmente, il mezzo per limitare proprio la sua realizzazione. Da strumento di garanzia e di promozione, la «regola giuridica» diviene il limite dello stesso diritto che si vorrebbe affermare".

³⁵⁴ Corte Cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, 1, c. 515 ss.: "Ritiene la Corte che la tutela del concepito [...] abbia fondamento costituzionale. L'art. 31, secondo comma, della Costituzione impone espressamente la 'protezione della maternità' e, più in generale, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito. E, tuttavia, questa premessa [...] va accompagnata dall'ulteriore considerazione che l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione. [...] Ora non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare."

³⁵⁵ M. Dogliotti, *op. cit.*

Ulteriori perplessità sono state sollevate circa il divieto, ricavabile dall'art. 13 della legge, vista l'impossibilità di compiere accertamenti e selezione degli embrioni a scopo eugenetico, di diagnosi genetica preimpianto (DGP): va a limitare la possibilità di accesso alla PMA e le probabilità di successo per le coppie portatrici di malattie genetiche.

L'indagine è finalizzata "all'identificazione di patologie genetiche cromosomiche presenti negli embrioni prodotti in vitro prima dell'instaurarsi di un gravidanza e rappresenta pertanto la tecnica diagnostica più recente tra le indagini prenatali", quindi permette di individuare embrioni sani, privi di qualsiasi anomalia genetica trasmessa dai genitori, e selezionarli per impiantarli nell'utero materno. La tecnica non è priva di rischi, prelevando le cellule necessarie per le analisi si può compromettere in modo irreparabile l'embrione, né per i nati da procreazione medicalmente assistita con diagnosi genetica preimpianto può essere assicurata una vita facile: alcuni studi dimostrano che questi corrono un rischio più elevato, rispetto ai bambini concepiti in modo naturale, di nascere prematuramente e tramite parto cesareo, oltre ad avere uno sviluppo delle funzioni cognitive e dell'apparato locomotore più lento³⁵⁶, ma impedire in assoluto ogni indagine vuol dire precludere alle coppie portatrici di malattie genetiche la possibilità di un percorso volto a superare la loro problematica legata al concepimento, tradendo la *ratio* della legge e creando una disparità di trattamento.

La questione è giunta alla Corte costituzionale nel 2015 che prima³⁵⁷ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1, 2 e dell'art. 4, comma 1, della legge n. 40/2004, "nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 [...] al fine esclusivo della previa individuazione, in funzione del successivo impianto nell'utero della donna, di embrioni cui non risulti trasmessa la malattia del genitore comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni (se non la morte precoce) del nascituro", poi³⁵⁸ colpendo con

³⁵⁶ M.C. Campagnoli, *op. cit.*, p. 22.

³⁵⁷ Corte cost., 10 giugno 2015, n. 96, su cortecostituzionale.it

³⁵⁸ Corte Cost., 21 ottobre 2015, n. 229, in *Foro it.*, 2015, 1, c. 3749 ss.

declaratoria di illegittimità anche l'art. 13, commi 3 lett. b), e 4 “nella parte, appunto, in cui vieta, sanzionandola penalmente, la condotta selettiva del sanitario volta esclusivamente ad evitare il trasferimento nell'utero della donna di embrioni che, dalla diagnosi preimpianto, siano risultati affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978, accertate da apposite strutture pubbliche”.

La decisione è stata certamente influenzata dalla precedente pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo che ha qualificato il divieto italiano di diagnosi genetica preimpianto come “un'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della vita loro privata e familiare” in violazione, dunque, dell'art. 8 della CEDU, nella protezione della quale viene ricompreso anche, per la prima volta, “il desiderio dei ricorrenti di mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia genetica di cui sono portatori sani e di ricorrere, a tal fine, alla procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi preimpianto”.

Già in questa sentenza la Corte Europea metteva in evidenza la contraddittorietà e la mancanza di coerenza del sistema italiano, aggiungendo quindi una ulteriore critica circa il lavoro del legislatore su questa materia, dal momento che “da un lato, esso vieta l'impianto limitato ai soli embrioni non affetti dalla malattia di cui i ricorrenti sono portatori sani; dall'altro, autorizza i ricorrenti ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia”, sottolineando anche la sproporzionalità del divieto se confrontato con l'aborto, “tenuto conto in particolare delle conseguenze che ciò comporta sia per il feto, il cui sviluppo è evidentemente assai più avanzato di quello di un embrione, sia per la coppia di genitori, soprattutto per la donna”³⁵⁹.

Il limite che ha suscitato maggiori critiche e perplessità negli studiosi e nella giurisprudenza dei primi anni 2000 era rappresentato dal divieto assoluto, sancito dal comma 3 dell'art. 4, di praticare la fecondazione eterologa, cioè l'utilizzo di materiale genetico di soggetti diversi dai componenti della coppia.

Prima dell'entrata in vigore della legge solo i centri privati erano autorizzati a realizzare questa pratica, che non mancava di suscitare contrasti che si sono poi ripresentati durante i lavori preparatori: da un lato vi era chi sosteneva che il ricorso

³⁵⁹ Corte EDU, 28 agosto 2012, ric. 54270/10, *Costa e Pavan c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 1, p. 66 ss.

a questa tecnica mettesse in discussione il principio del *favor veritatis* e avrebbe quindi colpito diritti di natura sociale e psicologica del nato, compromettendo la sua stessa integrità psico-fisica e la sua possibilità di avere una piena conoscenza del proprio patrimonio genetico, dal momento che sarebbe stato riconosciuto, dal punto di vista giuridico e sociale, come genitore colui che dal punto di vista biologico non poteva essere considerato tale; di contro vi era chi sottolineava come la fecondazione eterologa rappresentasse l'unico strumento per far fronte a situazioni di sterilità totale della coppia o di uno dei componenti di essa, altrimenti insuperabili, quindi non ammetterla avrebbe voluto tradire lo spirito della legge stessa, introdotta proprio al fine di *“favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana”*, oltre ad introdurre una ingiustificata discriminazione tra le coppie sterili. Inoltre “il principio di necessaria corrispondenza tra genitorialità biologica e giuridica” non è assoluto nel nostro ordinamento e viene meno già nell'adozione dei minori, indicata dalla stessa legge n. 40/2004 come alternativa alle tecniche di procreazione medicalmente assistita³⁶⁰.

Il legislatore ha, infine, deciso di vietare la fecondazione eterologa, senza però prevedere alcuna sanzione per le coppie che comunque vi avessero fatto ricorso, magari rivolgendosi a strutture straniere in cui è, invece, possibile eseguire questa pratica, ed ha in più disciplinato anche lo stato giuridico del nato da fecondazione eterologa, impedendo al padre sociale di disconoscerlo, alla madre di partorire in anonimato e chiarendo che non sorgerà alcun tipo di relazione giuridica tra il bambino e chi dona i gameti (*“Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo [...] il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità [...]. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata [...]. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi”* art. 9): la disciplina era finalizzata a tutelare lo *status*

³⁶⁰ R. Villani, *La procreazione assistita*, in *Tratt. dir. fam.*, a cura di P. Zatti, II, Milano, 2012, p. 685.

giuridico del nato, ma ha avuto come effetto quello di incentivare ed accrescere il turismo procreativo³⁶¹.

La norma è stata molto discussa negli anni, è stata più volte sottoposta all'attenzione della Consulta la sua legittimità fino a quando non è stata dichiarata incostituzionale nel 2014³⁶²: le critiche e i numerosi interventi della giurisprudenza per ricondurre sotto un profilo di ragionevolezza la disciplina evidenziano "l'incapacità del legislatore di regolare una materia certamente complessa", oltre le difficoltà che nel nostro Paese incontrano scienza e politica nel dialogare³⁶³.

Il percorso che ha condotto alla sentenza della Cassazione del 2014 ha origine non solo in discussioni interne circa il contenuto della legge n. 40/2004, ma anche da interventi europei: il primo in ordine di tempo che ha invitato, indirettamente, l'Italia a ragionare sulla propria disciplina è stato nel 2010 ad opera della Corte di Strasburgo³⁶⁴.

Erano giunte di fronte la Prima Sezione della Corte Europea due coppie austriache lamentando da parte della propria legge nazionale sulla procreazione medicalmente assistita la violazione degli artt. 8 e 14 della CEDU, dal momento che era ammessa soltanto la fecondazione in vivo con seme donato da terzi, ma non la fecondazione in vitro con gameti provenienti da soggetti esterni alla coppia: la Corte ha riconosciuto esistenti le doglianze denunciate, mancando qualsiasi motivazione ragionevole e oggettiva che potesse giustificare il divieto, ancor di più se si considera che i ricorrenti, per superare i problemi legati alla loro infertilità, avevano richiesto di accedere a trattamenti che combinano due tecniche già previste e ammesse dal legislatore austriaco, la fecondazione omologa in vitro e la donazione di sperma³⁶⁵.

Sulla scia di questa sentenza anche i Tribunali italiani hanno messo in discussione la legge dettata in materia, in particolare i collegi di Firenze, Catania e

³⁶¹ C. Campiglio, *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, 3, p. 481 ss.: "Le mete preferite – secondo uno studio condotto dalla Commissione europea – sono Spagna, Belgio, Repubblica Ceca e Slovacchia. Questi spostamenti intracomunitari sono assolutamente legittimi, dal momento che la libertà dei servizi sanitari è tutelata dal diritto dell'Unione europea, a beneficio tanto del prestatore (artt. 56 e 57 TFUE) quanto del destinatario".

³⁶² Corte Cost., n. 162/2014 cit.

³⁶³ M. D'Amico, *La fecondazione eterologa e procreazione medicalmente assistita*, in *Tratt. dir. bioetica*, Cagnazzo, Napoli, 2017, p. 347.

³⁶⁴ Corte EDU, 1° aprile 2010, ric. 57813/00, *S. H. e altri c. Austria*, su *giustizia.it*.

³⁶⁵ C. Campiglio, *op. cit.*

Milano³⁶⁶ hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40/2004 per contrasto, tra gli altri, con gli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., non potendo adottare, alla luce della pronuncia europea, una lettura della disposizione in esame conforme agli artt. 8 e 14 della CEDU.

La Corte costituzionale, tuttavia, alla luce della sentenza emessa dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo si è vista costretta ad emettere una pronuncia interlocutoria, rimandando gli atti ai giudici *a quibus* per rivalutare le questioni sollevate³⁶⁷. La Grande Camera era stata adita dall'Austria per contestare la sentenza della Prima Sezione e si è pronunciata ribaltando la decisione precedente: non ravvisa, infatti, alcun contrasto tra la legge austriaca e gli artt. 8 e 14 della Cedu perché, anche se i divieti imposti interferiscono con il rispetto della vita privata e familiare, questa ingerenza non è tale da integrare una violazione, essendo riconosciuto agli Stati, nelle materie che coinvolgono interessi etico-sociali "particolarmente sensibili" un margine di apprezzamento e di discrezionalità nel bilanciare interessi pubblici e privati più ampio, anche in considerazione del fatto che non esiste ancora un consenso consolidati a livello europeo sulla materia³⁶⁸.

I giudici italiani di prime cure accettano l'invito della Corte costituzionale e nell'ambito dei medesimi procedimenti sollevano ulteriori questioni di legittimità prevalentemente in riferimento alla normativa interna. Con le nuove ordinanze, infatti, "il Tribunale ordinario di Milano, il Tribunale ordinario di Firenze ed il Tribunale ordinario di Catania³⁶⁹ hanno sollevato, in riferimento agli artt. 3 Cost. (tutte e tre le ordinanze), 2, 31 e 32 Cost. (la prima e la terza ordinanza), nonché (la prima ordinanza) agli artt. 29 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...] questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (tutte le ordinanze) e degli artt. 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del

³⁶⁶ Trib. Firenze, 13 settembre 2010 e Trib. Catania, 21 ottobre 2010, entrambe in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 1, p. 42 e ss.; Trib. Milano, 2 febbraio 2011, in *Fam. min.*, 2011, 5, p. 46 ss.

³⁶⁷ Corte Cost., 22 maggio 2012, n. 150, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 10, p. 858 ss.

³⁶⁸ Corte EDU, Grande Camera, 3 novembre 2011, ric. 57813/00, *S. H. e altri c. Austria*, su *giustizia.it*.

³⁶⁹ Trib. Milano, 8 aprile 2013, Trib. Firenze, 29 marzo 2013, Trib. Catania, 13 aprile 2013, tutte in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 10, p. 912 ss.

divieto di cui all'articolo 4, comma 3», e 12, comma 1, di detta legge (la prima e la terza ordinanza)³⁷⁰. In questo secondo intervento la Corte ha affrontato la questione nel merito, arrivando a dichiarare l'illegittimità costituzionale degli articoli censurati, facendo venire meno, dopo dieci anni dall'entrata in vigore della legge, il divieto di fecondazione eterologa: richiamando anche alcune sue precedenti pronunce la Corte ha delineato un preciso quadro degli interessi costituzionalmente rilevanti coinvolti nella discussione, compiendo un adeguato bilanciamento. In questa sentenza, infatti, si premette che «la procreazione medicalmente assistita coinvolge «plurime esigenze costituzionali» (sentenza n. 347 del 1998) e, conseguentemente, la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango.

Questi, nel loro complesso, richiedono «un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa» ad ognuno (sentenza n. 45 del 2005), avendo, infatti, questa Corte già affermato che la stessa «tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione» (sentenza n. 151 del 2009). Le questioni toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore» (sentenza n. 347 del 1998), ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano.»

La Corte analizza anche la storicità del divieto che è, in realtà, mancante, sottolineando come fosse stato introdotto proprio dalla norma sospetta di incostituzionalità, mentre prima del 2004 la fecondazione eterologa era lecita e non incontrava alcun limite né oggettivo né soggettivo; successivamente viene dimostrata la mancanza di un «adeguato fondamento costituzionale» del divieto di fecondazione eterologa per la coppia «assolutamente sterile o infertile» poiché la stessa legge n. 40 ha come obiettivo espressamente dichiarato quello «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana (art. 1, comma 1)», dunque vietare in modo assoluto, senza alcuna indagine sulle cause delle infertilità,

³⁷⁰ Corte Cost., n. 162/2014 cit.

la possibilità di ricorrere a fecondazione eterologa “introduce un evidente elemento di irrazionalità” che va ad incidere sullo stesso diritto alla salute dei componenti della coppia, dal momento che nel diritto sancito dall’art. 32 Cost. è ricompreso non solo il benessere fisico ma anche quello psichico che può, dunque, essere compromesso dall’impossibilità di dar vita ad una famiglia con figli a causa di patologie che la legge in materia di procreazione medicalmente assistita non prende in considerazione. Il divieto di fecondazione eterologa, nel bilanciamento tra i diversi valori coinvolti nella disciplina, non può trovare giustificazione nella necessità di tutelare il nato poiché in questo caso prevale la libertà fondamentale della coppia di autodeterminarsi e dar vita ad una famiglia.

La possibilità inoltre, ricorda la Corte, di realizzare all'estero la pratica, ottenendo poi in Italia il riconoscimento del ruolo genitoriale, è un ulteriore sintomo della irrazionalità della legge e del suo impianto discriminatorio determinato da un irragionevole bilanciamento dei valori in gioco, poiché crea “un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell’esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi”. Ad avviso dei giudici di legittimità, in conclusione, la disciplina legislativa non è frutto di un giusto bilanciamento di interessi perché comporta una “palese ed irreversibile lesione di alcuni di essi”, senza rispettare il vincolo del minor sacrificio possibile.

La decisione del 2014 ha contribuito a superare la rigidità e l’irrazionalità della disciplina inizialmente dettata, criticata e ritenuta inadeguata sia dai giudici di merito, che sin dalla sua entrata in vigore si sono dovuti scontrare con i limiti imposti e sono stati costretti a chiedere numerosi interventi alle Corti superiori per assicurare l’applicabilità della legge, ma anche da buona parte della dottrina che lamentava una eccessiva influenza, nell’elaborazione della normativa, di una certa visione etico religiosa chiusa nei propri dogmi³⁷¹.

³⁷¹ E. La Rosa, *Il divieto irragionevole di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, in *Giur. it.*, 2014, 12, p. 2827 ss.: “Nel suo impianto complessivo, la L. 40 mira(va) a ‘promuovere’, col braccio armato di un apparato sanzionatorio, una specifica concezione etico-religiosa, a scapito di altre egualmente degne di considerazione. Nello specifico, il divieto assoluto di accesso a tecniche di PMA che prevedano la donazione di gameti esterni alla coppia si traduceva in un’ingiustificata ingerenza in

Allo stato attuale, quindi, la legge n. 40/2004 si presenta molto diversa rispetto a come era in origine, ma conserva ancora alcuni punti fermi: l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita rimane tutt'ora consentito alle sole coppie formate da persone di sesso diverso. Il divieto stabilito per le coppie omosessuali è stato riconosciuto legittimo dalla Corte costituzionale nel 2019, dal momento che “non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 12, commi 2, 9 e 10, della l. 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui, rispettivamente, limitano l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle sole ‘coppie ... di sesso diverso’ e sanzionano, di riflesso, chiunque applichi tali tecniche ‘a coppie ... composte da soggetti dello stesso sesso’”³⁷².

La Consulta è intervenuta dietro ordinanze di rimessione sollevate dal Tribunale di Pordenone e dal Tribunale di Bolzano circa i requisiti soggettivi di accesso alla PMA, ma limitatamente alle coppie formate da due donne, essendo per loro possibile procreare ricorrendo a fecondazione eterologa e non necessariamente alla gestazione per altri. La disciplina non viene colpita dalla decisione della Corte costituzionale in considerazione del valore che il legislatore ha voluto riconoscere a queste tecniche e della tutela che egli si è impegnato ad assicurare a tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.

Le diverse pratiche, infatti, sono presentate come “rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimovibile: escludendo chiaramente, con ciò, che la PMA possa rappresentare una modalità di realizzazione del ‘desiderio di genitorialità’ alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati” e non rappresentano assolutamente uno strumento per soddisfare ad ogni costo il desiderio di genitorialità; “l’infertilità ‘fisiologica’ della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all’infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale

scelte procreative che dipendono anche dalle convinzioni morali e religiose degli aspiranti genitori: un’operazione non consentita al legislatore penale di uno Stato fondato sul pluralismo [...] il divieto di fecondazione eterologa era emblematico di una scelta di politica-criminale che rinuncia ad una concezione critica e liberale del bene giuridico per ‘punire’ fatti che, pur privi di dannosità sociale, si pongono in contrasto con una determinata visione etica e religiosa (in questo caso, della “giusta” fecondazione o della famiglia ‘esemplare’); e che perciò non appare compatibile col principio di laicità”.

³⁷² Corte Cost., 23 ottobre 2019, n. 221, cit.

affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l'infertilità 'fisiologica' della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata.

Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale. In questo senso si è, del resto, specificamente espressa anche la Corte europea dei diritti dell'uomo. Essa ha affermato, infatti, che una legge nazionale che riservi l'inseminazione artificiale a coppie eterosessuali sterili, attribuendole una finalità terapeutica, non può essere considerata fonte di una ingiustificata disparità di trattamento nei confronti delle coppie omosessuali, rilevante agli effetti degli artt. 8 e 14 CEDU: ciò, proprio perché la situazione delle seconde non è paragonabile a quella delle prime (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 15 marzo 2012, Gas e Dubois contro Francia)".

La Corte prosegue nella sua motivazione chiarendo che le limitazioni previste dalla legge per l'accesso alla PMA sono dettate anche dalla volontà del legislatore di far sì che in seguito al ricorso a queste tecniche si possa dar vita ad un nucleo familiare che "riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre" perché individuato come "il 'luogo' più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato [...] a prescindere dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali".

2.1 Il divieto di maternità surrogata

La legge 19 febbraio 2004, n. 40, prevede sin dalla sua entrata in vigore il divieto assoluto di praticare la maternità surrogata. La tecnica permetterebbe di superare alcune problematiche legate alla gestazione attraverso lo sfasamento della figura materna, dal momento che la donna che porta a termine la gravidanza e partorisce il bambino non sarà poi riconosciuta come madre, ma questa qualificazione spetterà alla madre sociale: utilizzando l'utero di una donna che non presenta alcuna controindicazione alla gravidanza viene realizzato il desiderio di

genitorialità di una donna, di una coppia, c.d. committente, che non potrebbe, altrimenti, mai vedere soddisfatta questa volontà; la pratica aprirebbe, inoltre, ancora di più le porte alla genitorialità omosessuale maschile proprio perché permette di ricorrere ad un'altra donna, in ogni caso estranea alla coppia etero o omo che sia, per portare in grembo il bambino.

Si parla, quindi, anche di maternità per sostituzione e può avere diverse forme, a seconda che l'ovulo fecondato appartenga alla gestante, a chi desidera il figlio o anche ad una terza donna, così come il seme maschile può provenire da un donatore estraneo o dal marito/partner della committente (o da uno dei due uomini della coppia *same sex*), condividendo il progetto di genitorialità: il nascituro potrà quindi essere legato geneticamente ad entrambi i suoi futuri genitori, ad uno solo di essi, a nessuno di loro due, il tutto dipende dal loro stato di salute e dalla loro capacità riproduttiva.

Questa pratica mette in discussione quanto stabilito dal comma 3 dell'art. 269 c.c. secondo il quale madre è colei che partorisce, e coinvolge un gran numero di precetti e valori anche risalenti nel tempo (già i latini affermavano che *mater semper certa est* proprio in ragione della "visibilità della gravidanza") non solo giuridici ma anche etici e morali, che richiedono inevitabilmente di essere considerati e bilanciati tra di loro: il legislatore italiano, all'esito di questa operazione, ha stabilito che *"chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro"* (art. 12, comma 6, legge n. 40/2004).

La materia è, tuttavia, molto discussa soprattutto in merito al destino riservato in Italia ai bambini nati da surrogazione realizzata in altri Paesi, infatti, oltre alle obiezioni mosse contro il divieto, il dibattito ruota attorno alla possibilità di riconoscere al minore lo *status* di figlio nei confronti della coppia committente che, recandosi altrove, ha realizzato una tecnica della quale è dichiarato il disvalore nel nostro ordinamento.

Il tema più dibattuto, però, non è l'eventuale assenza di coincidenza tra genitorialità biologica e genitorialità intenzionale, già nell'adozione o nella fecondazione eterologa questo vincolo genetico viene meno, senza che questo possa mettere in discussione lo *status* di figlio riconosciuto al minore nei confronti di

chi lo ha adottato o di chi ha potuto dargli la vita attraverso gameti di terzi³⁷³, ma riguarda la dignità della gestante e l'utilizzo del corpo della donna che la pratica richiede, come fosse un'incubatrice vivente trattando, poi, allo stesso tempo, "il nascituro al pari di una *res*"³⁷⁴; un ulteriore profilo controverso è rappresentato dal valore da attribuire agli accordi che sottostanno la realizzazione di questa pratica e anche la loro natura, dal momento che la sostituta può accettare per motivi economici (vi si ricollega anche il pericolo di sfruttamento come sostitute, da parte di committenti più facoltosi, di donne appartenenti alle classi più povere, facendo leva sul bisogno di soldi di queste ultime) ma anche per motivi solidaristici, spinta dalla volontà di aiutare e mettersi a disposizione di altri, decidendo in modo libero e autonomo come utilizzare il proprio corpo³⁷⁵.

È soprattutto la maternità surrogata commerciale ad essere demonizzata perché si ritiene che possa risolversi in una compravendita del corpo della donna e dare avvio ad un pericoloso traffico di bambini, tant'è che in molti paesi è ammessa soltanto la pratica altruistica, in cui la sostituta viene rimborsata delle sole spese mediche sostenute, necessarie per portare avanti la gravidanza e, anche nei paesi in cui non è assolutamente possibile far ricorso a questa tecnica di procreazione, se la violazione del divieto non ha carattere patrimoniale è diverso anche l'atteggiamento della giurisprudenza nel valutare le conseguenze.

Prima dell'entrata in vigore della legge del 2004 la giurisprudenza italiana aveva, infatti, adottato soluzioni differenti in ragione anche della natura degli accordi conclusi tra la gestante e la coppia committente: la prima pronuncia in materia è del 1989, ad opera del tribunale di Monza il quale sancisce la nullità del contratto in forza del quale la madre sostituta, dietro pagamento, si impegna a sottoporsi ad

³⁷³ Corte Cost., n. 272/2017 *cit.*, ha escluso che "il *favor veritatis* costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta da affermarsi comunque, atteso che l'art. 30 Cost. non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale".

³⁷⁴ A. Morace Pinelli, *Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni unite*, su *Giustiziainsieme.it*, 10 maggio 2022.

³⁷⁵ App. Milano, 25 novembre 2015, su *articolo29.it*: "potrebbe non ravvisarsi lesione della dignità della donna qualora alla stessa fosse consentito, con scelta libera e responsabile, di accedere e dare senso, in condizioni di consapevolezza, alla pratica 'relazionale' della gestazione per altri, in un contesto regolamentato in termini non riconducibili alla logica di uno scambio mercantile e che, sempre e comunque, le garantisca un 'ripensamento', ossia la possibilità di tenere per sé e riconoscere il bambino, non potendo imporsi alla donna per contratto (né per legge) di usare il proprio corpo a fini riproduttivi e di essere, o non essere, madre".

inseminazione artificiale e a portare a termine la gravidanza per affidare poi il nascituro alla coppia, rinunciando a qualsiasi diritto su di esso. Il caso è arrivato all'attenzione dei giudici dal momento che la gestante, dopo aver partorito, si rifiutava di prestare fede al contratto, tenendo con sé la bambina e chiedendo ulteriori compensi ai committenti. Il collegio decidente, in mancanza di una specifica legge in materia ha ragionato sulla atipicità del contratto e sulla sua conformità o meno con il diritto esistente: si trattava, sottolinea l'interprete, di un "contratto atipico che la dottrina per lo più denomina «di maternità per concepimento e gestazione» per conto terzi di un figlio proprio ed altrui", cioè di un contratto attraverso il quale una donna si obbliga, dietro corrispettivo o per solidarietà, nei confronti di persone sterili e farsi fecondare, in modo artificiale o naturale, e portare avanti la gravidanza, con la promessa poi di partorire in anonimato e consegnare il nato ai committenti che assumeranno, invece, la qualifica giuridica di genitori.

Tale tipologia contrattuale incontra, nel nostro ordinamento, diversi ostacoli legislativi che mettono in dubbio la sua sopravvivenza: oltre al contrasto con il dettato costituzionale ("il combinato disposto degli art. 2 e 30 Cost. viene interpretato dalla Corte costituzionale [...] «assume a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò più idoneo: da ravvisarsi in primo luogo nella famiglia d'origine e, soltanto in caso d'incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva [...] Ed ancora, la «tutela del concepito ha fondamento costituzionale nell'art. 31, 2° comma, Cost. (e più in generale nell'art. 2 Cost.)» e la «tutela dei minori» «si colloca fra gli interessi costituzionalmente garantiti»"), il contratto è, inoltre, considerato nullo nel giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti. Considerando la finalità, cioè "procurare una discendenza", "realizzare uno degli scopi naturali della famiglia" che, in astratto, potrebbe essere meritevoli di tutela, l'illiceità dell'atto deriva proprio dal suo carattere patrimoniale, dalla previsione di un corrispettivo, dal momento che "non possono formare oggetto di un atto di privata autonomia [...] le parti del corpo umano (gameti ed organi della riproduzione, nella specie)" potendo vantare su queste un diritto non patrimoniale ma della personalità, ragion per cui la decisione di disporre non configura un negozio giuridico o un contratto, ma un mero atto di volontà unilaterale sempre revocabile integrando dunque, in ipotesi di impossibilità di ripensamento, un atto illecito; non

può, poi, essere oggetto di obbligazione la riproduzione umana, considerata dal concepimento fino alla nascita, né la consegna del nascituro non essendo un bene giuridico; non possono, ancora, essere costituiti, modificati o estinti in via negoziale gli status personali di madre e figlio ed i relativi diritti e doveri ad essi collegati: “D'altro canto, se nella struttura del contratto fa ingresso la previsione di un corrispettivo, allora la nullità sarà determinata anche, ex art. 1343 c.c., dall'illiceità della causa, venendo la filiazione scambiata con denaro o altra utilità economica e, infine, il contratto di maternità, se ed in quanto risulti predisposto per eludere l'applicazione delle norme imperative in materia di adozione, sarà anche nullo perché in frode alla legge”³⁷⁶.

Il Tribunale di Roma³⁷⁷, qualche anno dopo, al contrario, non riconosceva esistente il contrasto tra la maternità surrogata e il diritto vivente proprio perché non vi era alcun intervento specifico del legislatore in materia, fino ad arrivare, nel 2000, a riconoscere la validità del contratto atipico che, però, nel caso esaminato nella capitale, non prevedeva alcun pagamento per la gestante, mossa esclusivamente da spirito altruistico. Il giudice romano rilevò come “sarebbe (stato) difficile escludere la liceità di un mero prestito di organo, peraltro limitato nel tempo e sotto controllo medico quando il legislatore ha previsto la possibilità di donazione di organi tra soggetti vivi”, sottolineando, inoltre, come mettere a disposizione il proprio utero non comporti per la donna alcuna diminuzione permanente dell'integrità fisica³⁷⁸.

Se si osserva, infatti, la nuova, ridotta portata che oggi viene ricondotta all'art. 5 c.c. che, alla luce della disciplina circa la donazione di organi, la scelta di accedere a terapie sperimentali, la modifica dei caratteri sessuali, rende possibile ricorrere ad atti che vanno ad incidere sull'integrità fisica e sulla vita stessa, “non è immediatamente chiaro perché il lavoro riproduttivo dovrebbe essere trattato diversamente”³⁷⁹.

Il legislatore del 2004 è intervenuto a risolvere questa incertezza, stabilendo la contrarietà alla legge di qualsiasi tipo di accordo, indipendentemente dal suo

³⁷⁶ Trib. Monza, 17 ottobre 1989, in *Giur. it.*, 1990, 2, p. 296 ss.

³⁷⁷ Trib. Roma, 31 marzo 1992, in *Dir. fam.*, 1993, 1, p. 188 ss.

³⁷⁸ Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Fam. dir.*, 2000, 2, p. 151 ss.

³⁷⁹ V. Calderai, *Ordine pubblico internazionale e drittwirkung dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 3, p. 478 ss.

contenuto o carattere, aggravando ancora di più lo sfavore con il quale, in ambito europeo, si guarda alla maternità per sostituzione.

Già il Parlamento europeo nel 1989 con una propria risoluzione respingeva e puniva “ogni forma di maternità per sostituzione” e la sua commercializzazione; la Convenzione di Oviedo sui diritti umani e sulla biomedica del 1997, così come è stato riconfermato poi dall’art. 3 della Carta dei Diritti dell’Unione europea, stabiliva il divieto di utilizzare il corpo umano o parti di esso a scopo di lucro.

Più di recente anche la Corte di Strasburgo³⁸⁰, pur stabilendo l’obbligo per gli Stati membri di riconoscere nel proprio ordinamento lo *status* di figlio nato in seguito a maternità surrogata realizzata all’estero nei confronti del genitore biologico, ha ribadito la discrezionalità di ogni singolo legislatore interno nell’individuare gli strumenti più idonei per salvaguardare il rapporto anche con il genitore intenzionale, essendo la propria pronuncia finalizzata a garantire il rispetto dell’art. 8 della Cedu, il diritto alla vita privata e quindi il diritto alla propria identità del minore; allo stesso tempo, però, la stessa Corte, nella formazione della Grande Camera, ha confermato la decisione delle autorità italiane che si sono rifiutate di riconoscere il rapporto di filiazione sorto in seguito a gestazione per altri realizzata in Russia per volontà di una coppia omosessuale maschile, per mancanza di qualsiasi rapporto genetico e anche in considerazione della breve permanenza del minore presso la coppia, tempo considerato insufficiente per far sorgere legami e per la costituzione di un ambiente familiare stabile e meritevole di tutela, nonché in ragione del carattere economico della pratica che si pone in contrasto con l’ordine pubblico italiano³⁸¹.

La presa di posizione del nostro legislatore, però, non rappresenta assolutamente una soddisfacente soluzione della questione, dal momento che è sempre possibile per le coppie italiane rivolgersi a centri esteri in cui è praticata la gestazione per altri, perché ammessa e adeguatamente regolamentata dal Paese straniero sotto ogni aspetto, dall’individuazione della gestante e la tutela della sua salute fino alla creazione dell’atto di nascita nel quale sono indicati come genitori del nato i componenti della coppia committente, ma anzi, ha contribuito a sviluppare il

³⁸⁰ Corte EDU, 26 giugno 2014, ric. 65192/11, *Mennesson e Labassée c. Francia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 12, p. 1122 ss.; Corte EDU, 19 gennaio 2017, ric. 44024/13, *Laborie c. Francia*; Corte EDU. G. C., avis consultatif, cit.

³⁸¹ Corte EDU, G. C., 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit.

turismo procreativo e creare evidenti discriminazioni non solo tra le coppie sterili in ragione della patologia che determina questa condizione, ma anche di genere ed economiche.

La Corte di Appello di Milano già qualche anno fa segnalava questa contraddizione interna derivante dal fatto che, in seguito alla dichiarazione di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, è ora possibile in Italia per un uomo, completamente sterile, ricorrere alla PMA e poi riconoscere il nato come proprio figlio pur in mancanza di legame genetico, mentre “la stessa possibilità non è consentita ad una donna che non possa portare a termine la gravidanza” risolvendosi il tutto in un tradimento della finalità della legge n. 40/2004, introdotta per *“favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana”*: l'impossibilità per la donna, parte di una coppia, di portare a termine una gravidanza, “pur nella sua peculiarità, pare, infatti, assimilabile agli effetti di un necessario uguale trattamento da parte del legislatore, a quella (posizione) della coppia i cui problemi di sterilità/infertilità non incidono sulla gestazione [...] e considerando che tutte le coppie per le quali si ravvisa una patologia di sterilità/infertilità dovrebbero poter utilizzare la migliore tecnica scientifica per far fronte alla patologia [...] anche la surrogazione (può) assumere rilievo di terapia rientrante nella logica della legge 40/2004 secondo cui il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici per rimuovere le cause di sterilità o infertilità” ; il divieto, inoltre, non ha raggiunto lo scopo di disincentivare il ricorso a tale pratica perché, per come è dettata la disciplina, non incontra alcun ostacolo di carattere penale, “atteso il costante orientamento giurisprudenziale di merito che, per un verso, esclude la punibilità della coppia sul rilievo che è condizione indispensabile per il perseguimento dei reati commessi all'estero che questi risultino punibili come illeciti penali, ancorché con *nomen iuris* e pene diversi, anche dall'orientamento del luogo dove sono stati consumati; e, per altro verso, è orientato, con riferimento all'atto di nascita di nato, ad escludere la sussistenza del reato di cui all'art. 567 c.p.³⁸², ogniqualvolta quell'atto sia già stato

³⁸² “Chiunque, mediante la sostituzione di un neonato, ne altera lo stato civile è punito con la reclusione da tre a dieci anni. Si applica la reclusione a chiunque, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità”.

formato dall'autorità amministrativa estera alla stregua della normativa del paese straniero, e ad escludere anche la consumazione del reato ex art. 495 c.p.³⁸³³⁸⁴

Un aspetto importantissimo sul quale il legislatore italiano non si è pronunciato e continua a rimanere in silenzio, nonostante i continui e ripetuti richiami, riguarda proprio le conseguenze derivanti da surrogazione realizzata all'estero da cittadini italiani che richiedono poi, nel nostro Paese, il riconoscimento giuridico del loro ruolo di genitori: la questione è stata portata per la prima volta all'attenzione di un giudice nel 2009 ed è, tutt'ora, una domanda che rimane priva di qualsiasi risposta che non sia giurisprudenziale, quindi non vincolante e legata alle oscillazioni degli orientamenti seguiti.

Già nella prima pronuncia in materia, rilasciata ormai più di dieci anni fa, la Corte di Appello di Bari, chiamata a "verificare gli effetti, nel nostro Stato, dei due provvedimenti dell'A.G. straniera, che hanno attribuito alla XX, la maternità di ciascuno dei due minori, nati in Gran Bretagna, ed a costoro lo status di figli, ex *matre*, della XX, benché, sotto il profilo biologico e naturalistico, essi siano stati partoriti, non dalla XX, ma da una cittadina britannica, in forza di un contratto, (nella specie, gratuito), di cd. maternità surrogata", sottolineava come il primo aspetto da valutare fosse la contrarietà o meno della fattispecie all'ordine pubblico. La corte pugliese, richiamando costante giurisprudenza (Cass., 14 gennaio 1982, n. 228) distingueva tra ordine pubblico interno "emergente dai principi essenziali dell'ordinamento nazionale", che assume rilievo laddove si tratta di delibazioni di sentenze emesse da giudice straniero nei confronti di cittadini italiani, e ordine pubblico internazionale "risultante dai principi comuni alle nazioni di civiltà affine ed intesi alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo" in caso di decisioni riguardanti stranieri.

Data la cittadinanza inglese dei minori nati da gestazione per altri il collegio riteneva di dover fare riferimento a questo secondo concetto e quindi valutare in riferimento a questo la contrarietà o meno degli effetti concreti che sarebbero derivati dal riconoscimento nel nostro Paese di tali provvedimenti: non è stata ravvisata

³⁸³ "Chiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona è punito con la reclusione da uno a sei anni".

³⁸⁴ App. Milano, 25 novembre 2015 cit.

alcuna contrarietà con l'ordine pubblico internazionale "in considerazione: a) dell'ammissione da parte di alcuni stati dell'Unione Europea della surrogazione di maternità, non collidendo la stessa con le esigenze, comuni ai diversi ordinamenti, di garanzia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo; ovvero, non aderendo all'opzione interpretativa di cui alla lett. a, in considerazione b) del principio generale dell'interesse superiore dei minori, che, nella specie, è quello di vedere riconosciute le sentenze straniere che li dichiarano figli della madre committente"³⁸⁵.

Nel 2014 è intervenuta la Cassazione a precisare la nozione di ordine pubblico internazionale in relazione alla quale si deve accertare la contrarietà o meno della pratica, affermando che "l'ordine pubblico internazionale, infatti, è il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna; dunque non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili"; per l'individuazione dei principi la Corte precisa che il nostro ordinamento deve essere "considerato nella sua completezza, ossia includendovi principi, regole ed obblighi di origine internazionale o sovranazionale" e ricordando che il divieto stabilito dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004 è di ordine pubblico, così come confermato anche dalla previsione di una sanzione penale, solitamente introdotta a tutela di beni giuridici fondamentali che, nel caso di specie, sono rappresentati "(dal)la dignità umana - costituzionalmente tutelata - della gestante e (dal)l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato".

Parte della dottrina, circa questa ricostruzione, sottolinea come la legge n. 40/2004, in particolare l'art. 12, non introduca il divieto assoluto di praticare la maternità surrogata, rendendola dunque punibile anche se realizzata oltre i confini nazionali, ma punisce l'attività di intermediazione commerciale; la stessa Cassazione ha da tempo escluso che possa essere perseguita la gestazione per altri realizzata

³⁸⁵ App. Bari, 13 febbraio 2009, su *minoriefamiglia.org*.

all'estero e non ravvisa la sussistenza dei reati di alterazione o falso in materia di *status* qualora si dovesse procedere a trascrivere l'atto di nascita in Italia³⁸⁶.

Tuttavia, per effetto dello stigma che la pratica sopporta, il bilanciamento che si ritiene essere stato compiuto dal legislatore appare sbilanciato dal momento che la norma, pur non esprimendo alcunché circa il destino del nato da maternità surrogata, finisce per essere interpretata come in grado di incidere anche su questo, quando per il nostro ordinamento non è assolutamente contraria ad ordine pubblico la stesura di un provvedimento che attesti la genitorialità non biologica³⁸⁷.

La Corte, infine, nega che possa trovare riconoscimento in Italia l'atto di nascita formato all'estero a seguito di gestazione per altri se vi è assenza di qualsiasi legame genetico con i committenti, non ravvisando alcuna contrasto con la tutela del superiore interesse del minore e ritenendo, dunque, non irragionevole la scelta compiuta dal legislatore di garantire la realizzazione di tale interesse riconoscendo la maternità in capo alla donna che partorisce e demandando all'adozione, che si concretizza al termine di un adeguato accertamento e procedimento giudiziale e non si basa sul semplice accordo tra le parti, il compito di creare una genitorialità non fondata sul legame biologico: "E si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto"³⁸⁸.

Quest'ultimo passaggio è stato fortemente criticato in dottrina, considerando che il minore del quale si richiedeva il riconoscimento italiano dello *status filiationis* già da qualche anno si trovava presso la coppia committente, già si era creato un ambiente familiare e affettivo stabile, all'interno del quale esistevano un bambino e i suoi due genitori, ragion per cui è messa in discussione la tutela del suo preminente interesse laddove si decreta il suo allontanamento, ma allo stesso tempo si riconosce che una soluzione differente avrebbe aperto la strada a continue e ripetute violazioni³⁸⁹.

³⁸⁶ Cass. pen., 10 marzo 2016, n. 13525, in *Foro it.*, 2016, 2, c. 286 ss.

³⁸⁷ V. Calderai, *Il dito e la luna. I diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021*, in *Giur. it.*, 2022, 2, p. 301 ss.; F. Azzarri, *op. cit.*

³⁸⁸ Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Corr. giur.*, 2015, 4, p. 471 ss.

³⁸⁹ C. Irti, *Digressioni attorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 3, p. 481 ss.

Su tale questione si è concentrata la Corte costituzionale qualche anno dopo, chiarendo la necessità di operare un bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti “e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore” poiché anche se nel nostro ordinamento è da preferire la “conformità dello *status* alla realtà della procreazione” non si può ammettere che questa preferenza assurga a valore di rango costituzionale assoluto che può essere sottratto a qualunque bilanciamento.

In realtà, il nostro stesso ordinamento, in armonia con quello europeo, non prevede che l'accertamento circa la verità biologica possa prevalere in ogni caso sugli altri interessi coinvolti, ma si deve pur sempre tener conto, nel corso di tale giudizio comparativo “dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale”³⁹⁰.

Nonostante l'ampio dibattito e i diversi interventi in materia, però, quelli che erano i limiti della disciplina evidenziati sin dalla sua introduzione, quali la possibilità di recarsi all'estero per ovviare il divieto interno e soprattutto la mancanza di qualsiasi tutela, o meglio la mancanza di un riferimento di qualsiasi tipo nei confronti dei minori venuti al mondo mediante maternità surrogata, continuano ad essere presenti e continuano ad alimentare il confronto tra le corti e gli studiosi.

A fare da discriminine nelle valutazioni è l'esistenza di un legame biologico tra i committenti e il minore infatti, quando questo sussiste, in accordo con quanto stabilito dalla Grande Camera, la prassi tende a riconoscere lo *status filiationis* sorto all'estero, mentre vi è un netto atteggiamento di chiusura quando questo legame è assente, per cui non viene riconosciuta la genitorialità del genitore intenzionale - non biologico.

Questa posizione è stata confermata anche dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 2019, ma criticata da parte della dottrina, dal momento che da qualche tempo nel nostro Paese, nel riconoscimento dei rapporti di filiazione, si assiste ad una prevalenza del *favor affectionis*, cioè la filiazione di fatto, rispetto al *favor veritatis* che si riferisce alla filiazione naturale, così come anche richiesto dall'interpretazione fatta dalla Corte Edu dell'art. 8 della Cedu, che va a

³⁹⁰ Corte Cost. n. 272/2017 cit.

ricomprendere nel nucleo familiare anche i rapporti di fatto, non solo quelli biologici: l'invito è a considerare la stabilità dei rapporti e dei legami esistenti prescindendo dal legame genetico nell'interesse del minore. Questo orientamento ha permesso di decretare³⁹¹ la conservazione dello *status* di figlio da parte di bambino nato in seguito a maternità surrogata realizzata in un Paese diverso da quello dei suoi "genitori committenti" proprio in ragione della consolidata vita familiare che si era venuta a creare dopo un periodo piuttosto lungo di convivenza, facendo prevalere l'interesse del minore sulla illegittimità (almeno nel Paese in cui si richiedeva la trascrizione dell'atto di nascita) della pratica, così come è stato invece negato laddove mancava questa stabilità³⁹².

Anche l'Italia accoglie il valore della genitorialità intenzionale³⁹³ e si riconosce il peso dell'impegno che la coppia decide di assumere e del progetto di vita e famiglia che condivide nel momento in cui segue percorsi di fecondazione assistita (eterologa) o avvia pratiche per l'adozione, perciò si potrebbe arrivare a sostenere che anche in caso di maternità surrogata, pur se vi è un esplicito divieto, dovrebbe prevalere il rapporto instaurato tra la coppia committente e il nato, anche indipendentemente dalla formazione di questa, sia nel caso di coppia eterosessuale sia in caso di omosessuali³⁹⁴; la conformità della pratica rispetto all'ordine pubblico, infatti, non deve essere valutata astrattamente considerando la norma straniera di riferimento e quindi la sua compatibilità o meno con il nostro diritto interno, ma deve essere fatta una concreta analisi degli effetti che deriverebbero dal riconoscimento o meno del provvedimento estero e dalla disciplina poi a questo applicabile e tale compito, per espressa previsione della Cassazione compete al giudice comune, il quale deve effettuare "un giudizio (o un test) simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale, dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui il giudice possa motivatamente ritenere che al legislatore ordinario

³⁹¹ Corte EDU, 26 giugno 2014, *Mennesson e Labasse c. Francia*, cit.

³⁹² Corte EDU, G. C., 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit.

³⁹³ Corte Cost., n. 162/2014 cit.: "*La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera*".

³⁹⁴ G. Casaburi, *Riflessioni estemporanee su azioni di stato, nuova genitorialità, tutela del minore, in attendant le SS.UU. del 6 novembre 2018, su articolo29.it*.

sarebbe ipoteticamente precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con valori costituzionali primari"³⁹⁵. Le Sezioni Unite³⁹⁶ hanno, da ultimo, ridimensionato il potere del giudice nel giudizio comparativo, riconoscendo che nel caso di maternità surrogata è il legislatore che ha imposto la propria valutazione, stabilendo un assoluto divieto e attribuendo rilevanza alla verità genetica che prevale, in ragione del carattere offensivo della pratica nei confronti della dignità della donna, sull'interesse del minore a conservare lo *status filiationis*; si tratta di un bilanciamento compiuto a monte dalla legge che il giudice non ha il potere di sindacare. Il prevalere di questo interesse pubblico alla verità biologica, però, "non si traduce necessariamente nella cancellazione dell'interesse del minore, la cui tutela impone di prescindere dalla rigida alternativa vero o falso, tenendo conto di variabili più complesse", né si pone "in contrasto con i principi sanciti dalle convenzioni internazionali in materia di protezione dei diritti dell'infanzia, cui lo Stato italiano ha prestato adesione, ratificandole e rendendole esecutive nell'ordinamento interno, né con le indicazioni emergenti dalla giurisprudenza formatasi al riguardo", dal momento che la necessità di tutelare l'interesse nel minore non esclude che questo possa essere messo a confronto con "altri valori considerati essenziali ed irrinunciabili dall'ordinamento", alla presenza dei quali si possono trovare altre soluzioni e far ricorso a strumenti alternativi che assicurano comunque una tutela adeguata del minore.

La Corte, in particolare, ricordando come anche alla stregua della giurisprudenza europea oltre il vincolo genetico o biologico con il minore è la discrezionalità del legislatore interno che deve individuare gli strumenti "più adeguati per conferire rilievo giuridico al rapporto genitoriale, compatibilmente con gli altri interessi coinvolti nella vicenda", riconosce nell'adozione in casi particolari ex art. 44, lett. d) della legge n. 184/1984 lo strumento più idoneo nel nostro ordinamento per assicurare al minore l'inserimento nel nucleo familiare di cui già fa parte ma con il

³⁹⁵ Cass., n. 19599/2016, cit.: "il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie, dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia (...) deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo".

³⁹⁶ Cass., Sez. Un., n. 12193/2019 cit.

quale condivide soltanto la metà del patrimonio genetico, trovandosi alla presenza di un genitore biologico e uno d'intenzione.

Con questa pronuncia le Sezioni Unite, stabilendo la contrarietà con l'ordine pubblico ai sensi degli artt. 64 ss. della L. n. 218 del 1995 del provvedimento straniero che attribuisce la genitorialità al genitore d'intenzione nella maternità surrogata, hanno notevolmente limitato l'accesso alla genitorialità per le coppie omoaffettive, soprattutto per quelle composte da due uomini.

Due donne, infatti, per realizzare il proprio desiderio di dar vita ad una famiglia con prole, non necessariamente sono costrette a ricorrere alla maternità surrogata dal momento che loro stesse possono, dopo inseminazione artificiale eterologa realizzata all'estero, portare avanti la gravidanza, ma questa strada è biologicamente preclusa agli uomini.

La stessa Corte nel 2019 evidenzia questa differenza richiamando due precedenti sentenze nelle quali è stata riconosciuta la genitorialità in capo a due donne perché non è stato ravvisato alcun contrasto con l'ordine pubblico. In un caso³⁹⁷ perché entrambe avevano un legame biologico con il minore (una mamma aveva donato l'ovulo, l'altra mamma aveva portato il bimbo in grembo per nove mesi e aveva poi partorito), mentre nell'altro caso³⁹⁸ perché, pur mancando il vincolo genetico con una delle due madri, la pratica poteva essere assimilata a fecondazione eterologa e non a maternità surrogata, attribuendo quindi valore al progetto, all'assunzione di responsabilità da parte del genitore intenzionale così come previsto dalla legge n. 40/2004.

Tale impostazione della questione creerebbe una evidente disparità di trattamento non solo tra coppie omosessuali maschili e femminili, ma anche tra figli di queste coppie³⁹⁹, soltanto in ragione di quelle che sono le naturali capacità

³⁹⁷ Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 9, p. 1135 ss.

³⁹⁸ Cass., n. 14878/2017 cit.

³⁹⁹ Corte Cost., n. 32/2021 cit.: *“Si realizzerebbe, in tal modo, una ingiustificata disparità di trattamento sia rispetto ai nati da PMA praticata da coppia eterosessuale, sia rispetto ai nati da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, che possano accedere all'adozione in casi particolari, in virtù del consenso prestato dalla madre biologica. In mancanza di tale assenso, i nati a seguito di PMA eterologa praticata da coppie dello stesso sesso sarebbero destinati perennemente a uno stato di figli con un solo genitore, non riconoscibili dall'altra persona che ha intenzionalmente contribuito al progetto procreativo. Essi si troverebbero in una situazione giuridica peggiore rispetto a quella di tutti gli altri nati (compresi i nati da rapporto incestuoso), per il solo fatto dell'orientamento sessuale delle persone che hanno condiviso la scelta di procreare con ricorso alle tecniche*

riproduttive, finendo per privare il bambino, sin dal momento della nascita, di un genitore, considerando che nella maggior parte dei casi di maternità surrogata, laddove adeguatamente disciplinata, la gestante non è intenzionata ad avere alcun rapporto con il nascituro e quindi ad assumere il ruolo di madre.

La soluzione prospettata dalle Sezioni Unite appare essere inadeguata⁴⁰⁰ a risolvere il problema e ad assicurare una piena tutela all'interesse del minore poiché l'adozione in casi particolari alla quale dovrebbe fare ricorso il padre intenzionale non può assolutamente essere paragonata alla dichiarazione di genitorialità, sia dal punto di vista dei doveri che dei diritti delle parti coinvolte⁴⁰¹.

Gli ermellini non erano intenzionati a dar vita a questa disparità di trattamento, non condividono la posizione dei ricorrenti che lamentavano la inammissibilità dell'attribuzione di genitorialità in capo ad una coppia *same sex* ritenendo che "la nozione di genitori" che emerge dalla Costituzione "non può infatti considerarsi *gender neutral*, trovando specificazione nei concetti di paternità e maternità risultanti dagli artt. 30, ultimo comma, e 31 e nell'istituto del matrimonio previsto dall'art. 29, che postula l'unione tra persone di sesso diverso; la bigenitorialità fondata sulla diversità di genere costituisce inoltre il presupposto dell'intera disciplina civilistica dei rapporti di famiglia e delle successioni, nonché di quella della procreazione medicalmente assistita, consentita soltanto a coppie di sesso diverso" ma, pur sottolineando che la questione riguarda esclusivamente la compatibilità o meno con l'ordine pubblico della trascrizione di atto di nascita straniero che attribuisce la genitorialità al genitore d'intenzione nell'ambito della maternità surrogata, e anche non concentrandosi mai sul genere dei componenti della coppia, al punto da esprimersi sempre in termini neutri menzionando il "genitore intenzionale", di fatto questa discriminazione viene ad esistere, comportando un passo indietro nella lotta per l'affermazione delle famiglie omosessuali maschili⁴⁰².

citare, in violazione dell'art. 3 e dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 14 CEDU; M. Dogliotti, Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri, in Fam. dir., 2019, 7, p. 667 ss.

⁴⁰⁰ Corte Cost., n. 32 e 33/2021, cit.; Cass, n. 8325/2020, cit.

⁴⁰¹ M. Dogliotti, *op. cit.*; G. Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Fam. dir.*, 2019, 7, p. 677 ss.

⁴⁰² Cass., n. 8325/2020 cit.: *L'interpretazione ostativa al riconoscimento appare dunque in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., in quanto il diniego di trascrizione dell'atto di stato civile, nella parte afferente all'inserimento del padre d'intenzione, sovrapponendo il divieto penalistico inerente alla cd. 'maternità surrogata' alla tutela del diritto del minore alla pienezza del suo status, comporta la conseguenza di discriminare i nati*

Verrebbe, inoltre, a crearsi un assurdo paradosso, dal momento che potrebbe essere trascritto in Italia un atto di nascita prodotto all'estero, conseguente a gestazione per altri realizzata da coppia etero-affettiva in cui entrambi i genitori hanno un legame genetico con il nato, avendo donato loro ovuli e seme, ma avendo poi portato a termine la gravidanza un'altra donna, la sostituta: secondo il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite, poiché si è in presenza di un vincolo genetico, non ci sono ostacoli al riconoscimento dello *status* acquisito all'estero "e ciò a prescindere dal contratto di gestazione per sostituzione, dalle ragioni concrete che hanno spinto la donna della coppia a ricorrere alla gestazione per altri, della disciplina del contratto di gestazione per sostituzione, delle ragioni e delle condizioni che sono state assicurate alla madre surrogata"⁴⁰³.

L'arresto decretato dalle Sezioni Unite che mettono al primo posto l'interesse dello Stato a punire la gestazione per altri con disastrose conseguenze per l'interesse del minore, vittima incolpevole, non ha incontrato il favore di ampia parte della giurisprudenza e mal si concilia con il parere consultivo della Grande Camera della Corte Edu di poco successivo. L'orientamento europeo, infatti, fatto proprio dalla Prima Sezione della Cassazione, ricolloca al centro della questione il minore e i suoi diritti, primi fra tutti il diritto allo *status* e alla relazione con entrambi i genitori (art. 30 Cost., art. 24 Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea) di qualsiasi sesso essi siano, indipendentemente dal legame biologico, precisando "che il modello di genitorialità cui s'ispira il nostro ordinamento nell'attuale momento storico non possa più considerarsi fondato esclusivamente sul legame biologico tra il genitore ed il nato, ma debba tener conto di nuove fattispecie contrassegnate dalla costituzione di un legame familiare con quest'ultimo, in conseguenza della consapevole assunzione da

nell'attribuzione dello stato di figlio a seconda delle circostanze della nascita e della modalità di gestazione. Oltre a questa lesione del principio di non discriminazione [...], l'interpretazione appare irragionevole perché distingue i genitori riconosciuti come tali dall'ordinamento straniero sulla base del loro apporto biologico alla procreazione [...] appare del tutto irragionevole e contraddittorio consentire la trascrizione dell'atto di stato civile in cui è inserito il solo padre biologico, autore della condotta procreativa realizzata in pieno contrasto con la norma penale, e precludere invece il riconoscimento del provvedimento giudiziario straniero che ha legittimato l'inserimento nello stato civile della famiglia anche del padre d'intenzione il quale è rimasto estraneo a tale condotta. [...] L'attribuzione dello status filiationis nei confronti del genitore intenzionale non biologico dipende, allo stesso modo di quanto avviene per la fecondazione eterologa, dalla attuazione di un progetto genitoriale che appartiene alla coppia".

⁴⁰³ V. Barba, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in *GenIUS*, 2019, 2, p. 19 ss.

parte del primo della responsabilità di allevarlo ed accudirlo, nel quadro di un progetto di vita della coppia costituita con il genitore biologico”⁴⁰⁴. È dunque sollevata questione di legittimità costituzionale “dell’art. 12, comma 6, L. n. 40/2004, degli artt. 18, d.P.R. n. 396/2000, 64, comma 1, lett. g), L. n. 218/1995, nella parte in cui non consentono, secondo l’interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l’ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all’inserimento nell’atto di stato civile di un minore procreato con la modalità della gestazione per altri (altrimenti detta ‘maternità surrogata’) del c.d. genitore dell’intenzione non biologico, per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31, 117, comma 1, Cost., quest’ultimo in riferimento agli artt. 8 CEDU, 2, 3, 7, 9, 18 Convenzione ONU di New York, sui diritti dei fanciulli 20 novembre 1989, ratificata con L. n. 176/1991, art. 24, Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea”.

Le Sezioni Unite, in quanto “più alta istanza della giurisdizione di legittimità”, con la sentenza n. 12193 hanno definito il diritto vivente che va a condizionare inevitabilmente le successive decisioni in materia, qualificando “il divieto penale” come “espressivo di un superiore principio di ordine pubblico che, come chiarito anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 272 del 2017, mira a sanzionare una pratica che offende in modo intollerabile la dignità umana e fa dunque riferimento a valori superiori e fondanti”. Questa impostazione ha come conseguenza l’impossibilità di ammettere nel nostro Paese quel provvedimento straniero che attribuisce la genitorialità, nell’ambito di un valido percorso di gestazione per altri, anche al genitore di intenzione, senza che questo determini un contrasto con la tutela dell’interesse del minore che “non ha valore assoluto e può affievolirsi rispetto ad altri valori” e può essere adeguatamente tutelato in altri modi; rispetto però all’intervento della grande camera questa impostazione risulta superata e conflittuale sia nel momento in cui attribuisce al divieto di maternità surrogata il valore “di principio di ordine pubblico internazionale prevalente a priori sull’interesse del minore per effetto di una scelta compiuta dal legislatore italiano in via generale e astratta dalla

⁴⁰⁴Cass., Sez. Un., n. 12193/2019 cit.

valutazione del singolo caso concreto”⁴⁰⁵, sia quando individua nell’adozione in casi particolari la strada da seguire per riconoscere il legame di fatto tra nato e genitore d’intenzione⁴⁰⁶.

È ribadito dalla Prima sezione che il parere della corte di Strasburgo non è vincolante, ma comunque non se ne può prescindere nelle decisioni in materia e, anche se non viene imposto l’obbligo di procedere alla trascrizione nel registro dello stato civile di atti di nascita stranieri che attribuiscono la genitorialità anche al genitore di intenzione nell’ambito di un progetto di maternità surrogata (che in ogni caso non “comporta alcun riconoscimento del contratto di ‘maternità surrogata’ - la cui illiceità nell’ordinamento italiano non viene in discussione nel caso in esame - ma ha come effetto il riconoscimento dello *status* e dell’identità del figlio, acquisite insieme alla cittadinanza canadese, e al diritto fondamentale a instaurare un rapporto familiare con coloro che si sono liberamente impegnati ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità e formando una famiglia che ha pieno riconoscimento sia nell’ordinamento canadese, in cui si consente il matrimonio fra persone dello stesso sesso e la gestazione per altri, sia nell’ordinamento italiano in cui tale riconoscimento è già concretamente in atto come unione civile”), viene precisato che la tutela assicurata al minore nei singoli stati deve essere comunque piena ed effettiva, oltre che caratterizzata dalla celerità: “la compressione del diritto del minore alla sua identità personale, familiare e sociale non può verificarsi per effetto di una condotta altrui, anche se penalmente illecita nel nostro ordinamento”, infatti il mancato riconoscimento in Italia di uno *status filiationis* acquisito regolarmente all’estero secondo la legge del luogo, non colpisce né assicura qualche forma di tutela alla gestante ma ha come effetto esclusivo quello di “ledere gravemente il figlio”⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ Cass., n. 8325/2020 cit.: “Non è consentito agli Stati di adottare misure che incidano negativamente sulla situazione soggettiva di chi nasce da una gestazione per altri e abbiano l’effetto di negare i diritti inviolabili connessi alla identità personale del minore e alla sua appartenenza al nucleo familiare di origine. Diritti che risultano definitivamente fissati dall’atto di nascita legalmente formato nell’ordinamento del paese in cui il minore è nato”.

⁴⁰⁶ Corte Cost., n. 32, 33/2021 cit.; Cass., n. 8325/2020 cit.

⁴⁰⁷ Cass., n. 8352/2020 cit.: “Seguendo l’interpretazione sin qui contestata il risultato ottenuto dall’opposizione del limite dell’ordine pubblico alla trascrizione è in definitiva quello di far ricadere gli effetti negativi sul soggetto che non ha alcuna responsabilità per le modalità in cui è stato concepito ed è nato e sul soggetto che non ha contribuito alla procreazione mentre alcuna tutela viene ad essere attribuita alla donna che ha portato a termine la gestazione nell’esercizio di un potere di autodeterminazione che le è riconosciuto dal proprio ordinamento”.

La Sezione Prima si mostra ampiamente critica nei confronti delle SS.UU., denunciando una interpretazione che penalizza in modo eccessivo l'interesse del minore che deve invece "rivestire un'inequivoca decisività nell'orientare ogni interpretazione del giudice nazionale" anche considerando che "le più importanti riforme in materia familiare (che) hanno inteso eliminare qualsiasi discriminazione dei figli in relazione alla loro nascita e realizzare una condizione di pari dignità dei genitori nel loro rapporto con i figli". Sulla stessa scia della Prima Sezione della Cassazione si colloca la Corte costituzionale adita, pur se viene dichiarata inammissibile la questione di legittimità sollevata poiché spetta "alla prioritaria valutazione del legislatore la scelta dei mezzi più adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario. Nondimeno la Corte non può esimersi dall'affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore riscontrato nel caso di specie"⁴⁰⁸ e ribadisce ancora che "il 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 – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco.

Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore"⁴⁰⁹.

La Corte, in ogni caso riscontra contrasti tra il diritto cristallizzato dalla sentenza delle Sezioni Unite e le regole sia costituzionali che convenzionali, poiché si avrebbe violazione del diritto alla bigenitorialità e di tutti quei diritti che il nato può vantare nei confronti di entrambi i genitori (di coloro che hanno deciso di farlo venire

⁴⁰⁸ Corte cost., n. 32/2021, cit.

⁴⁰⁹ Corte Cost., n. 33/2021, cit.

al mondo) fin dalla nascita; il nato vedrebbe compromessi da subito non solo i suoi diritti al mantenimento, all'istruzione e all'educazione, ma anche quelli successori "in contrasto con gli artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo, in specie, in relazione all'art. 8 CEDU. Si profilerebbe – in linea con la giurisprudenza della Corte EDU – una grave lesione del diritto alla vita privata del bambino, cui sia impedito il riconoscimento del legame con la madre intenzionale, lasciandolo così esposto a una situazione di incertezza giuridica nelle relazioni sociali, quanto alla sua identità personale".

Il legislatore è dunque, ancora una volta⁴¹⁰, invitato ad introdurre nuovi strumenti o a rimodellare quelli già esistenti, come l'adozione, in maniera tale che essi possano assicurare una piena ed effettiva tutela agli interessi del minore.

L'ennesimo invito ad intervenire rivolto al legislatore rimane, al momento, ancora inascoltato e, proprio in seguito a questa perdurante inerzia la Prima Sezione della Cassazione ha richiesto un ulteriore intervento delle Sezioni Unite, in considerazione del fatto che le sentenze del 2021 della Corte costituzionale hanno dichiarato la inadeguatezza del diritto vivente sia in relazione alla disciplina legislativa, che in base a quanto cristallizzato dalla precedente pronuncia delle SS.UU. del 2019. Il collegio remittente, quindi, "ritiene che si sia aperto un vuoto normativo" e che "ricorrano i presupposti per investire di nuovo le Sezioni Unite [...] che per la loro natura istituzionale di vertice della funzione di nomofilachia propria della Corte di Cassazione sono le sole in grado di fissare nell'immediato un chiaro orientamento giurisprudenziale di legittimità [...] (su) una questione di massima di particolare importanza"⁴¹¹.

In questa stessa pronuncia, inoltre, la Prima Sezione avanza dei dubbi circa l'offesa alla dignità della donna che il nostro ordinamento ritiene insita nella pratica della maternità surrogata, ritenendo di non poter individuare alcuna lesione laddove la gestante, in assenza di qualsiasi condizionamento economico e con possibilità di ripensamento fino al momento del parto, ha assunto liberamente e consapevolmente

⁴¹⁰ Corte cost., n. 32/2021 cit.: *"questa Corte ha preannunciato 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», invocando l'intervento del legislatore"*.

⁴¹¹ Cass., 21 gennaio 2022, n. 1842, su cortedicassazione.it.

la decisione di dare la vita ad un bambino che non sarà poi riconosciuto come suo figlio, in quanto si tratta di una decisione che attiene “la sua sfera personalissima di autonomia decisionale”; lo stesso orientamento era già stato proposto nel 2019 nella Relazione annuale del parlamento europeo sui diritti umani, la democrazia nel mondo e la politica dell’Unione in materia, all’interno della quale la condanna si sposta dalla maternità surrogata in sé astrattamente considerata alle “pratiche coercitive in materia di salute sessuale e riproduttiva che non rispettano il diritto al consenso libero e informato delle donne”⁴¹².

In presenza di questi elementi, dunque, la stessa trascrizione di atti di nascita redatti all’estero non contrasterebbe con l’ordine pubblico poiché il divieto sancito dall’art. 12 della legge in materia di procreazione medicalmente assistita, in assenza di offesa alla dignità della donna e a patto che non sia svuotata di significato la disciplina dell’adozione, non enuncia valori che possono assurgere al rango costituzionale.⁴¹³ La richiesta, dunque, se non si vuole aprire alla gestazione per altri anche sul nostro territorio, è quella di accettare l’esistenza di una dimensione internazionale pluralista all’interno della quale ci sono Paesi che regolano la pratica e che accolgono aspiranti genitori provenienti da tutto il mondo e, di conseguenza, individuare preventivamente quegli elementi e quei requisiti che la realizzazione della pratica deve rispettare così da poter poi ottenere il riconoscimento della genitorialità anche in capo al genitore non biologico⁴¹⁴

Proprio sul finire del 2022 si sono pronunciate le Sezioni Unite⁴¹⁵, sottolineando ancora una volta i limiti della disciplina legislativa, non essendo possibile applicare alle coppie che si recano all’estero per realizzare la surrogazione di maternità la sanzione penale prevista nel nostro ordinamento e, soprattutto, non esistendo ancora alcuna indicazione normativa circa il destino del nato, nonostante il fenomeno sia in crescita e più volte portato all’attenzione del Parlamento.

Pur alla luce di queste considerazioni, però, non si rinviene l’esistenza di alcun vuoto normativo come denunciato dalla Prima Sezione poiché le sentenze della Corte costituzionale del 2021 non dichiarano l’illegittimità di alcuna norma, ma

⁴¹² F. Azzarri, *op. cit.*

⁴¹³ U. Salanitro, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*, in *Giur. it.*, 2022, 8-9, p. 1827 ss.

⁴¹⁴ F. Azzarri, *op. cit.*

⁴¹⁵ Cass., Sez. Un., 8 novembre 2022, n. 38162, su *cortedicassazione.it*.

sottolineano l'insufficienza del sistema normativo esistente al momento, sistema che compete solo e soltanto al legislatore adeguare per garantire la tutela di tutti gli interessi in gioco; sono pronunce di "inammissibilità-monito" in una materia che coinvolge temi particolarmente sensibili e di rilevanza etico-sociale, ed è quindi competenza del Parlamento, in quanto rappresentativo ed espressivo della sovranità popolare, intervenire secondo la coscienza sociale.

L'inadeguatezza dell'adozione in casi particolari come strumento per riconoscere la genitorialità sociale in caso di coppia *same sex*, inoltre, continua la Corte, si è notevolmente attenuata proprio nel corso dell'ultimo anno, dal momento che ora anche colui che è adottato ai sensi dell'art. 44 della legge n. 184/1983 è riconosciuto come figlio di chi adotta e quindi stringe rapporti di parentela con l'intera famiglia, al pari di colui che viene adottato in modo pieno⁴¹⁶. Tuttavia la dottrina avanza delle perplessità sulla nuova disciplina risultante dalla pronuncia della Corte costituzionale, poiché nulla viene stabilito sul destino di altre disposizioni che sono state dettate nel momento in cui non era previsto il sorgere di alcun vincolo di parentela in ipotesi di adozione in casi particolari, ma soprattutto perché rimane, ancora oggi, una tipologia di adozione e l'unica ipotesi di filiazione revocabile su istanza dell'adottato o dell'adottante, e perché la formalizzazione del rapporto tra il minore e l'adulto è ad esclusivo appannaggio di quest'ultimo: non appare essere la soluzione più adeguata a soddisfare l'interesse del minore perché, soprattutto in caso di procreazione mediante tecniche non ammesse in Italia, il mancato riconoscimento della genitorialità certificata all'estero o l'impossibilità di creare nel nostro stesso Paese un atto di nascita che vincoli coloro che hanno intrapreso il percorso genitoriale (così come stabilito dall'art. 9 della legge n. 40/2004) pone gli adulti, autori della condotta non condivisa dal nostro ordinamento, in una posizione di vantaggio rispetto al bambino, dal momento che questi potrebbero decidere di sottrarsi a qualsiasi responsabilità nei suoi confronti in caso di ripensamento successivo semplicemente non avanzando alcuna richiesta di adozione⁴¹⁷. Si continua, in sostanza, a trasferire sul minore e sul suo stato le conseguenze della condotta degli

⁴¹⁶ Corte cost., n. 79/2022 cit.

⁴¹⁷ U. Salanitro, *op. cit.*

adulti senza raggiungere, tra l'altro, l'obiettivo di disincentivare il ricorso alla maternità surrogata poiché, se anche in Italia non è praticata, lo è altrove⁴¹⁸.

Anche la portata dell'art. 46 della legge sull'adozione, circa il consenso che deve essere prestato da parte del genitore biologico per l'adozione in casi particolari, continuano le Sezioni Unite, è notevolmente ridotta da parte della giurisprudenza. Il giudice, infatti, ha il potere di sindacare il diniego (probabile soprattutto in caso di crisi della coppia, quindi in una situazione di massima delicatezza per gli interessi del minore) qualora questo sia ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando, procedendo poi ugualmente a dichiarare l'adozione. È stata, infatti, accordata l'adozione ex art. 44 in casi in cui il genitore aveva manifestato il suo dissenso, ragionando sul presupposto che non è sufficiente essere titolari della responsabilità genitoriale, ma è necessario che questa sia in concreto esercitata: guardata dal punto di vista della coppia *same sex* in cui vi è un genitore biologico e uno d'intenzione, non si può negare che quest'ultimo, pur non essendone formalmente titolare, di fatto ha liberamente deciso di assumere questa responsabilità sin dal momento in cui è stato intrapreso il percorso genitoriale, provvedendo quotidianamente alla cura e alla crescita del bambino; la genitorialità è qualificata come l'insieme di quei "doveri funzionali agli interessi dei minori che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali"⁴¹⁹ che il genitore intenzionale ha voluto assumere ed esercita regolarmente, rendendo difficile per il giudice ritenere che non risponda all'interesse del minore riconoscere questo suo ruolo⁴²⁰.

La fattispecie prevista dalla lett. d), ricordano le SS.UU., è funzionale a dare veste giuridica a rapporti di fatto già esistenti nell'esclusivo interesse del minore, ragion per cui è possibile per il giudice sempre valutare il diniego proveniente dal genitore biologico.

Agli occhi dei giudici della Cassazione, dunque, l'adozione in casi particolari si presenta come uno strumento "potenzialmente adeguato" a garantire al nato da maternità surrogata un alto livello di tutela giuridica, conforme ai principi nazionali e sovranazionali, anche se è sempre necessario l'impulso di parte (è sempre

⁴¹⁸ F. Azzarri, *op. cit.*

⁴¹⁹ Corte Cost., n. 33/2021 cit.

⁴²⁰ V. Calderai, *op. ult. cit.*

l'adottante che deve presentare domanda, non può il bambino vantare alcuna pretesa) e la valutazione di un giudice, ritenuta sempre imprescindibile per soddisfare l'interesse del minore.

CONCLUSIONI

Le nuove famiglie

Nell'ordinamento italiano non esiste una definizione chiara e precisa di cosa debba intendersi per famiglia, l'unico riferimento è contenuto nell'art. 29 Cost. nel quale viene riconosciuta come "*società naturale fondata sul matrimonio*". L'assolutezza di questa impostazione, di questa coincidenza tra matrimonio e famiglia è entrata in crisi già da diversi anni, essendosi sviluppata sempre di più la consapevolezza che, indipendentemente da quelli che sono i legami e le regole giuridicamente imposti, "è l'amore che crea una famiglia"⁴²¹.

Compito del diritto, ora, è prendere atto di questa evoluzione e tutelarla.

Non è il primo mutamento che interessa la famiglia, essendo un fenomeno umano, costruito dalla società e non preesistente in natura è inevitabilmente in continua evoluzione, così come fa la società stessa, è plasmato e modellato in base a quelli che di volta in volta sono i costumi e i valori fondanti. La stessa sacralità e indissolubilità del matrimonio che, sulla base di queste caratteristiche era individuato come lo strumento più idoneo per garantire la stabilità familiare, sono ormai un lontano ricordo: l'Istat ha rilevato che "nel 2019 sono stati celebrati in Italia 184.088 matrimoni, 11.690 in meno rispetto all'anno precedente (-6,0%)", a fronte di 85.349 divorzi e 97.474 separazioni⁴²². La famiglia, riconosciuta come istituzione unica e unitaria, eterna nel suo essere, con precise caratteristiche e funzioni non esiste più, o meglio, non è mai esistita: nelle diverse esperienze con il termine famiglia si fa riferimento a gruppi organizzati anche molto diversi tra loro sotto ogni punto di vista, dai criteri di appartenenza alle funzioni svolte⁴²³. Sarebbe quindi errato in partenza parlare di famiglia al singolare, dando per scontato che esista un unico modello valido per ogni civiltà, ma anche guardando soltanto al mondo occidentale o, ancora più nel particolare, fermandoci ad analizzare la situazione nostrana sussiste l'errore nel perseverare ad utilizzare il termine al singolare poiché al modello della "famiglia tradizionale" se ne sono affiancati altri, ognuno con le proprie peculiarità. Anche la stessa "famiglia tradizionale" che ci è stata imposta e tramandata dal Codice civile

⁴²¹ Slogan dell'Associazione genitori omosessuali – Famiglie Arcobaleno.

⁴²² Comunicato Stampa Istat, 18 febbraio 2021.

⁴²³ G. Ferrando, *Matrimonio e famiglia*, in *Tratt. dir. fam.*, a cura di P. Zatti, I, Milano 2011, p. 281.

altro non è che un momento all'interno della grande storia che ha interessato questa formazione e questa stesso modulo ha, a sua volta, subito importanti mutamenti nell'arco degli ultimi cinquant'anni.

Non siamo, in definitiva, di fronte ad alcunché di straordinario o sovversivo, è semplicemente il corso naturale delle cose⁴²⁴.

Si definisce famiglia tradizionale quella formazione composta da un uomo e una donna uniti nel sacro vincolo del matrimonio, quindi eterosessuale e monogamica, in cui vi è una precisa distinzione di ruoli in base al genere; completano il quadro i figli, in numero variabile a seconda delle scelte della coppia, tutti generati in seguito ad unione fisica degli sposi. Guardando con occhi neanche troppo attenti l'ambiente circostante si può ben cogliere lo scollamento esistente tra l'idea di voler continuare ad attribuire rilevanza solo a questa tipologia di famiglia, perché ritenuta l'unica in grado di assicurare soprattutto certezze e stabilità ai minori, e la realtà dei fatti. Non serve neanche andare troppo lontano dalla definizione, non occorre necessariamente parlare di matrimonio omosessuale o poligamia per individuare il cambiamento, ma basta osservare la parabola discendente che ha interessato il secolare istituto del matrimonio⁴²⁵, ragionare sul raggiungimento della parità tra i coniugi all'interno del matrimonio senza, quindi, la possibilità di definire a priori ruoli e compiti specifici per ciascun componente della coppia⁴²⁶, considerare l'eventualità di uno scioglimento del vincolo e conseguente nuova unione con altri partner⁴²⁷, tener presente che oggi tutti i figli godono del medesimo *status*, indipendentemente dalla condizione in cui si trovavano i genitori al momento della loro nascita⁴²⁸ e dalle modalità di procreazione⁴²⁹.

Ecco che quindi all'attenzione della società e del legislatore si sono poste coppie non sposate ma con figli nati dalla loro unione, persone con figli nati in precedenti relazioni che si accingono al matrimonio con una persona che non ha

⁴²⁴ A. Bartolini, *Una pedagogia della famiglia*, in *Essere o fare famiglia. La famiglia come istituzione sociale plurale*, Fornari, Torino, 2009, p. 95.

⁴²⁵ Gli anni dall'inizio del XIX secolo alla metà degli anni Sessanta del XX secolo sono stati definiti "*l'epoca d'oro del matrimonio*" per i numeri di riti celebrati e la loro stabilità nel tempo.

⁴²⁶ Art. 29, comma 2, Cost.: "*Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*"; Legge 19 maggio 1975, n. 151, *Riforma del diritto di famiglia*.

⁴²⁷ Legge 1° dicembre 1970, n. 898, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*.

⁴²⁸ Legge 10 dicembre 2012, n. 219, *Riforma della filiazione*.

⁴²⁹ Legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*.

alcun legame biologico con il bambino, coppie divorziate che decidono di iniziare una nuova vita con un nuovo amore che diventerà una presenza costante nella vita dei figli avuti con l'ex, coppie che non possono avere figli propri e decidono di ricorrere all'adozione o alla PMA, sposi che decidono di non avere figli, perone singole che si ritrovano a dover crescere un bambino che è, per le più svariate ragioni, privo dell'altro genitore: è difficile oggi, se non impossibile, non riconoscere anche in questi casi l'esistenza di una famiglia. Si tratta sicuramente di una famiglia, cioè di diversi modi di essere famiglia, più o meno distanti da quella prospettata dal Codice del '42, ma non per questo possono definirsi sbagliati o inidonei.

La stessa famiglia codicistica è diversa dalle famiglie delle epoche passate.

In ogni momento storico si può individuare una precisa idea di famiglia, destinata poi, periodicamente, ad entrare in crisi e a soccombere di fronte a nuovi e più moderni pensieri su questa istituzione.

Già nell'antica Grecia si discuteva della naturalità della famiglia e si contrapponevano due tesi opposte, quella di Platone secondo il quale, disquisendo di una società ideale, bisognava arrivare all'abolizione di questa formazione per dar vita ad una *koinonia* in cui ogni adulto è genitore e ogni fanciullo è figlio, fratello, e l'opinione di Aristotele che vedeva nella famiglia il primo e più naturale pilastro della comunità, della polis, dello Stato⁴³⁰. Esperienza comune tra le civiltà antiche della Grecia e di Roma era l'idea centrale e molto ampia di famiglia: al di fuori della propria comunità di appartenenza l'individuo non esisteva, si definiva esclusivamente in relazione al gruppo di origine, e la prima formazione di riferimento era proprio la famiglia; era, poi, volta a ricomprendere non solo coloro che erano legati da vincoli di sangue ma anche tutti coloro che, a vario titolo, erano assoggettati alla *potestas* del pater *familias*. Nell'antica Roma, la *familia* contava non solo genitori e figli, ma anche le mogli dei figli e i nipoti, gli schiavi e i liberti, i *clientes*: si trattava di famiglie allargate, forse nel più ampio senso possibile dal momento che si attribuiva al termine arcaico di *familia* una valenza anche patrimoniale, includendo non solo le persone, ma anche tutti i beni assoggettati al potere del pater *familias* che, tra gli altri compiti, aveva quello di preservare l'onore del gruppo ed accrescerne potere e ricchezza,

⁴³⁰ P. Sensi, *Della famiglia. Abbozzo di meditazione sull'eidos dell'istituzione familiare*, in *Essere o fare famiglia. La famiglia come istituzione sociale plurale*, Torino, 2009, p. 72.

così da raggiungere una certa influenza nel mondo politico, se non addirittura le più alte cariche della *res publica*. Funzionale a tale onere era anche l'istituto dell'adozione, declinato delle due forme dell'*adrogatio* e dell'*adoptio*, attraverso il quale un soggetto estraneo alla *familia* veniva in questa introdotto ed assoggettato alla *potestas* del *pater familias*, collocandosi alle sue dipendenze e portando con sé tutto il suo patrimonio, tutti i beni e le persone che gli erano sottoposte. Attraverso l'adozione si potevano stringere importanti alleanze politiche, necessarie per assicurarsi l'accesso a specifiche cariche, per mantenere il potere politico e garantire così la fortuna della propria *familia*: i giochi di potere che decretavano le sorti della *res publica* prima e dell'*impero* poi nascevano prima di tutto tra le diverse *familiae* che partecipavano alla vita politica e dipendevano soprattutto dall'influenza che ognuna di queste poteva esercitare grazie alla sua ricchezza e alla sua ampiezza. La *familia* stessa era, nel suo piccolo, una riproduzione dello stato, un organismo giuridico composto da una pluralità di persone, non necessariamente legate da vincoli di sangue, tutte assoggettate alla *potestas* del *pater familias* che esercitava il suo potere non esclusivamente per fini riguardanti l'ordine domestico, ed era questa organizzazione stessa funzionale al godimento dei diritti e al raggiungimento delle massime cariche politiche o militari, la più grande aspirazione dell'uomo romano.

Il calore umano, l'affetto, l'amore che siamo abituati ad associare oggi al concetto di famiglia era, in passato, estraneo o comunque non fondamentale, dal momento che la creazione di una famiglia era spesso studiata a tavolino per soddisfare interessi politici e/o economici: ancora nel medioevo e per tutto l'Ottocento erano i genitori, soprattutto i capifamiglia, a combinare i matrimoni; la procreazione era finalizzata, nelle famiglie più ricche, quasi esclusivamente ad assicurare la continuità della stirpe ed evitare la dispersione del patrimonio (l'erede doveva necessariamente essere un maschio, una figlia non sarebbe stata d'aiuto nelle questioni militari o politiche, non avrebbe potuto accrescere e poi ereditare il patrimonio né tramandare il nome, quindi la scelta in questi casi era tra la vita monacale o, con adeguata dote, combinare un matrimonio, passando la donna dalla *potestas* del padre a quella del marito), nelle famiglie più povere serviva per assicurarsi forza lavoro in più, quando i bambini non venivano venduti, abbandonati o ceduti ad altre famiglie. Ancora l'adozione non ha quel carattere assistenziale e

solidaristico che vi si riconosce oggi, ma rappresenta uno specchio della società del tempo: “la famiglia rappresentava, ad un tempo, centro di produzione e di consumo, con una molteplicità di funzioni economiche”⁴³¹ il cui fine era quello di accrescere il proprio valore o quanto meno conservare la propria stabilità, allontanando tutto ciò che poteva rappresentare un pericolo. Non era raro, infatti, che le famiglie più povere “affidassero” senza troppe formalità i propri figli ad altre, liberandosi dal peso di dover provvedere al sostentamento di un’altra persona e preoccupandosi non eccessivamente della sorte alla quale i bambini ceduti potevano andare incontro, mentre era prassi per le famiglie più benestanti allocare anche permanentemente i propri figli maschi presso signori più potenti così da imparare l’arte militare, la politica, le strategie per migliorare ancora di più la propria posizione. La famiglia continua per molto tempo ad avere valore patrimoniale e ad essere, così come era a Roma, allargata e di tipo patriarcale, guidata da quello che in origine era definito *pater familias* e con il tempo prenderà il nome di capofamiglia: il gruppo ricomprendeva più generazioni che vivevano sotto lo stesso tetto, ognuno con il proprio specifico ruolo ma tutti, allo stesso modo, gerarchicamente sottoposti alla volontà del pater, solitamente il più anziano. Questi aveva il dovere di proteggere la famiglia e assicurarne la sopravvivenza, se non migliorarne la condizione socioeconomica e aveva, inoltre, il potere di decidere circa il destino degli altri membri del gruppo, potendo disporre come più riteneva opportuno; stabiliva le regole della casa lasciando alle donne, per lungo tempo qualificate come oggetto di proprietà dell’uomo, adatte a ricoprire esclusivamente il ruolo di moglie e madre, il compito di amministrarla e di occuparsi della crescita dei più piccoli⁴³².

Alcune delle caratteristiche della famiglia del passato, non regolata da un legislatore esterno ma disciplinata dall’interno, dalle regole che stabiliva il più anziano del gruppo si sono conservate fino a tempi più recenti, accettati e positivizzati dalla legge: la famiglia disciplinata dai codici dell’Ottocento ha ormai dimensione nucleare, formata esclusivamente dai coniugi e dai figli, ma è connotata ancora dal predominio

⁴³¹ G. Ferrando, *op. cit.*, p. 283.

⁴³² Già ai tempi di Aristotele la famiglia presentava queste caratteristiche: l’uomo “è adatto a comandare; l’altra (la donna) a ubbidire [...] L’uomo libero comanda allo schiavo; il maschio alla femmina, il padre al figlio – ma ciascuno in modo differente. Infatti: lo schiavo non ha affatto capacità di deliberare, la donna la possiede, ma debole, senza capacità di scelta; nel fanciullo non è sviluppata”.

del marito/padre nei confronti della moglie e dei figli, posti in condizione di assoluta soggezione e dipendenza. In Italia bisognerà aspettare il 1975 per rimuovere, almeno dai testi normativi, i concetti di potestà maritale e patria potestà e dare attuazione agli artt. 29, comma 2, e 30 Cost. che da circa trent'anni dichiaravano *“l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi”* e il dovere, oltre che il diritto, di entrambi i genitori, in condizione di parità, di *“mantenere, istruire ed educare i figli”*⁴³³.

La famiglia ottocentesca segna l'apice del processo di *“giuridificazione”* che aveva interessato questo fenomeno unitamente al matrimonio, spogliando l'istituto della sua funzione utilitaristica per qualificarlo come il coronamento del profondo sentimento di amore che lega due persone: il fine del matrimonio e fondamento della famiglia non è più quello di creare alleanze, accrescere il patrimonio, generare un erede per continuare la stirpe, ma condividere un progetto di vita tra due persone che si sono scelte e che, insieme, decidono di mettere al mondo figli da crescere ed accudire con affetto. Il nesso indissolubile tra matrimonio e famiglia deriva dalla tradizione cattolica che, sin dall'XI secolo, è intervenuta per dettare le regole per la valida celebrazione dell'atto e la sua necessità per aprirsi poi ai piaceri della carne finalizzati esclusivamente alla procreazione, fino ad arrivare a dichiarare illegittimi i figli nati in seguito ad unioni non celebrate secondo i dettami della Chiesa⁴³⁴. Il monopolio di quest'ultima sulla disciplina del matrimonio e la conseguente formazione della famiglia cessa definitivamente con il Code Napoléon che giunge a cristallizzare un processo di secolarizzazione iniziato anni prima: già nel 1580 negli Stati protestanti viene introdotto il matrimonio civile per tutelare le minoranze religiose, ma sarà soprattutto agli albori della Rivoluzione francese che gli studiosi recupereranno il carattere laico dell'istituto, distinguendo tra matrimonio-sacramento, al quale *“afferiscono le grazie della Chiesa”* e matrimonio-contratto, preesistente al sacramento e al quale *“afferiscono gli effetti civili”*; la disciplina del primo rimane appannaggio della Chiesa, la regolamentazione del secondo è compito dello

⁴³³ F. Ruscello, *I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio*, in *Tratt. dir. fam.*, Zatti, I, Milano 2011, p. 1007 ss.: *“la famiglia disegnata dal codice del 1942 è una famiglia che nasce già vecchia. E ciò non tanto per i mutati rapporti sociali quanto, piuttosto, perché viene a essere modificata, nella struttura, nei principi, nei valori e nelle scelte ideologiche”* già pochi anni dopo con l'entrata in vigore della Costituzione.

⁴³⁴ Concilio Lateranense del 1215.

Stato⁴³⁵. A partire dal Code Napoléon sarà il legislatore che interverrà per stabilire gli adempimenti, i tempi e i modi necessari per contrarre matrimonio, per delineare il contenuto del rapporto tra i coniugi, i diritti e doveri reciproci e nei confronti dei futuri figli; sarà sempre il diritto, poi, a regolare le modalità e le cause di scioglimento del vincolo.

La creazione, la vita e la fine di una famiglia non sono rimesse all'autodeterminazione dei privati ma è il soggetto pubblico che vi esercita un forte controllo, è lo Stato che definisce quali caratteristiche deve possedere un gruppo affinché possa ottenere questa qualificazione. La famiglia diviene un'istituzione che ha un proprio assetto preciso e proprie regole di funzionamento per garantire l'espletamento delle funzioni che le sono state assegnate ai fini del benessere collettivo: "è l'ente primario preposto alla crescita e alla formazione della persona", i suoi propri connotati specifici sono la funzione educativa e formativa che giustificano il suo diventare istituzione;⁴³⁶ finalità particolare della famiglia, dei coniugi che si sono uniti in matrimonio è la procreazione: il marito poteva vantare nei confronti della moglie lo *ius in corpus*, potendo disporre del corpo di lei quando e come preferiva, non potendo la donna negarsi ai rapporti sessuali all'interno del matrimonio né, di conseguenza, rifiutare una gravidanza.

Nonostante il forte processo di laicizzazione del matrimonio e della famiglia, ancora per buona parte del secolo scorso risultano molto penetranti i valori e gli insegnamenti della Chiesa cattolica, al punto che "sessualità" (soprattutto la sessualità della donna, per tantissimo tempo accettata solo per finalità procreative), "amore e procreazione sono moralmente e socialmente ammessi solo all'interno dell'istituzione matrimoniale"⁴³⁷. Questo influì notevolmente sull'assetto della famiglia, infatti, nonostante si fosse sviluppata una nuova attenzione per i diritti dell'infanzia e nonostante i legami familiari fossero ora fondati su sentimenti di affetto, assistenza, solidarietà, vi era una notevole diversità di trattamento tra i figli considerati legittimi perché nati all'interno del matrimonio e i figli procreati al di fuori di questo vincolo, qualificati come illegittimi: solo il figlio legittimo poteva godere

⁴³⁵ G. Ferrando, *op. cit.*, p. 289 ss.

⁴³⁶ A. Bartolini, *op. cit.*, p. 98.

⁴³⁷ A.L. Zanatta, *Le nuove famiglie*, Bologna, 2008, p. 11.

appieno del suo *status* e far parte a tutti gli effetti della famiglia, mentre il destino del “bastardo” era spesso quello di vivere in una condizione di inferiorità, nascosto agli occhi della società perché una vergogna, essere abbandonato o esposto⁴³⁸, sperando nel sentimento di pietà o nel desiderio di genitorialità di una coppia impossibilitata a procreare, quindi nell'adozione, anche questa disciplinata interamente dalla legge. Soltanto la scelta per questa forma di genitorialità, non più spinta dalla necessità di ricercare un'erede a tutti i costi né dal bisogno di ottenere lavoratori e manodopera a basso costo, ma esclusivamente da sentimenti di affetto e aiuto, dalla volontà di assicurare l'amore di una famiglia ad un bambino che ne è privo, avrebbero potuto permettere al minore nato al di fuori del matrimonio di godere dello status di figlio legittimo all'interno della famiglia adottante. La legge non perseguiva tanto lo scopo di discriminare i figli nati fuori dal matrimonio per questioni etiche o morali, ma più che altro “quello di rafforzare la famiglia legittima intesa come istituzione fondamentale in una società bene ordinata. I ‘figli della colpa’ erano visti come elementi di disordine sociale, da collocare ai margini della società”⁴³⁹. Poco importava se il perseguimento del primario obiettivo di tutelare un determinato tipo di famiglia comportava il sacrificio di posizioni e interessi individuali non in linea con quel modello, ancora la famiglia non era una “*formazione sociale ove si svolge la (sua) personalità*” dell'essere umano, considerato prima di tutto nella sua individualità, titolare di diritti ed interessi e poi in relazione al gruppo, ma rappresenta una organizzazione caratterizzata da un preciso ordine gerarchico, consuetudini e regole da preservare; se anche i rapporti nell'ambito della famiglia moderna, affermatasi tra il XVIII e il XIX secolo, erano fondati sull'affetto reciproco e finalizzati alla conquista del benessere e della felicità individuale, l'affermazione di una famiglia padrona di se stessa, della propria vita e dei propri spazi, all'intero della quale ogni soggetto ha propria e pari dignità e il diritto di vivere liberamente secondo le proprie

⁴³⁸ La diversità del destino cui potevano andare incontro i figli illegittimi dipendeva, ancora una volta, dalla condizione in cui si trovavano i genitori al momento della sua nascita: il “figlio adulterino”, nato in seguito ad un tradimento, ad una relazione extraconiugale non poteva essere riconosciuto e coloro che lo avevano generato erano sottoposti soltanto ad un obbligo alimentare; per i figli nati al di fuori del matrimonio da persone che non erano già sposate con altre persone, invece, potevano avere luogo il riconoscimento ma questo dispiegava i suoi effetti soltanto nei confronti del genitore che vi provvedeva; a loro era, poi, destinata una quota di eredità inferiore rispetto a quella spettante ai figli legittimi.

⁴³⁹ G. Ferrando, *op. cit.*, p. 310.

inclinazioni e i propri desideri dimenticandosi della aspettative sociali farà fatica ad affermarsi, denigrando soprattutto la donna e i minori. E il processo non è ancora completato⁴⁴⁰.

Un primo intervento per il superamento legislativo di questa forte discriminazione si avrà soltanto nel 1975, quando il legislatore prenderà atto del nuovo, mutato ruolo che la donna ha assunto all'interno della società e, inoltre, si abbandonerà ogni riferimento ai "figli illegittimi" per dare spazio ad un'espressione meno dispregiativa, "figli naturali" che, per quanto riguarda almeno i rapporti con i genitori, saranno equiparati ai figli legittimi; nel 2012, poi, verrà riconosciuto lo *status* unico di figlio. Ancora una volta, però, il legislatore ordinario, soprattutto quello del nuovo millennio, arriva in ritardo, non riesce ad avere quel coraggio necessario per innovare sulla base dei principi sui quali si fonda la nostra società, europea e nazionale, ma si limita sempre a rincorrere il cambiamento, quando ormai questo è già intervenuto e condiviso. Sin dalla sua entrata in vigore, infatti, la Costituzione "inaugura una società che nei valori insopprimibili della solidarietà e della pari dignità vuole trovare le proprie radici e che nei diritti inviolabili dell'uomo tenta di scoprire la spinta per sostenere un sistema di relazioni che garantisca una sempre maggiore equità sociale: una società che nella persona individua il suo centro motore"⁴⁴¹, dovendosi quindi assicurare tutela ai figli per il solo fatto di essere nati; il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. "ha manifestato nell'età contemporanea una grande, naturale forza espansiva"⁴⁴² che ha permesso di vincere discriminazioni millenarie anche all'interno della famiglia, tra uomo/marito e donna/moglie, tra figli e figlie, tra primogenito e successivi. La sua applicazione, però, in riferimento alla diversa condizione che vivevano i figli nati nel matrimonio e i figli nati al di fuori ha incontrato maggiori resistenze a causa della radicata connessione, di derivazione canonica, tra matrimonio, famiglia e procreazione anche se, nel sentire comune, il collegamento si era indebolito ormai da qualche tempo: già il legislatore del 1975 aveva in parte riconosciuto questo assottigliamento del legame attribuendo rilievo alla convivenza dei genitori naturali, dicendo, tra le righe, che non necessariamente

⁴⁴⁰ M. Santoro, *Conoscere la famiglia e i suoi cambiamenti*, Roma, 2013, p. 14 ss.

⁴⁴¹ F. Ruscello, *op cit.*, p. 1008.

⁴⁴² L. Lenti, *La filiazione: novità, questioni aperte, principi*, in *Tratt. dir. fam., Le riforme*, a cura di P. Zatti, II, Milano 2019, p. 3.

la procreazione, affinché possa essere riconosciuta e pienamente tutelata, deve avvenire all'interno del matrimonio e iniziando ad erodere, quindi, la coincidenza tra matrimonio e famiglia e la Corte costituzionale confermerà questa impostazione, arrivando a ritenere applicabile la medesima disciplina dettata per lo scioglimento del matrimonio anche in caso di cessazione della convivenza more uxorio per quanto riguarda le ricadute di questa rottura sulla prole⁴⁴³; ancora prima, nel 1967, con l'introduzione dell'adozione speciale si rendeva possibile la formazione di una famiglia caratterizzata dall'assenza di qualsiasi legame biologico tra i genitori e il figlio, ma basata sull'assunzione di responsabilità da parte della coppia e sulla sua volontà di riversare l'amore genitoriale su un bambino sfortunato. Il passo successivo è stato poi dettato dalla naturale evoluzione cui va incontro ogni società infatti, con il diffondersi e la nuova considerazione delle convivenze⁴⁴⁴ (già nel 1988 erano stati presentati due disegni di legge per riconoscere e disciplinare la c.d. "famiglia di fatto" espressione con la quale si individuavano due persone che vivono insieme come fossero sposati senza che, però, ci sia mai stato matrimonio), la procreazione al di fuori del matrimonio non è più condannata, anche in ragione di una nuova e più

⁴⁴³ Corte Cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *Giust. civ.*, 1998, 1, p. 1759 ss. Dal momento che la riforma del 1975 attribuisce ai genitori naturali che abbiano riconosciuto il figlio gli stessi diritti e doveri dei genitori legittimi, riconosce che il *"vincolo coniugale, non può determinare una condizione deteriore per i figli, poiché quell'insieme di regole, che costituiscono l'essenza del rapporto di filiazione e che si sostanziano negli obblighi di mantenimento, di istruzione e di educazione della prole, derivante dalla qualità di genitore, trova fondamento nell'art. 30 della Costituzione che richiama i genitori all'obbligo di responsabilità [...]* La mancanza di una specifica norma che regoli le conseguenze, riguardo ai figli, della cessazione del rapporto di convivenza di fatto dei genitori non impedisce allora di trarre da una interpretazione sistematica delle norme in tema di filiazione la regola iuris da applicare in concreto, senza necessità di ricorrere all'analogia, né ad una declaratoria di incostituzionalità. L'interprete è infatti al cospetto di un sistema perfettamente coerente con i principi costituzionali, nel quale è già contenuta la norma che gli consente di regolamentare, ex latere filii, le conseguenze della cessazione della convivenza di fatto: la linea di guida cui egli deve attenersi è l'interesse del figlio alla abitazione, come al mantenimento, correlato alla posizione di dovere facente capo al genitore. L'assegnazione della casa familiare nell'ipotesi di cessazione di un rapporto di convivenza more uxorio, allorché vi siano figli minori o maggiorenni non economicamente autosufficienti, deve quindi regolarsi mediante l'applicazione del principio di responsabilità genitoriale, il quale postula che sia data tempestiva ed efficace soddisfazione alle esigenze di mantenimento del figlio, a prescindere dalla qualificazione dello status".

⁴⁴⁴ M. Santoro, *op. cit.*, p. 100: *"inizialmente la convivenza è stata una scelta confinata alle coppie che non potevano sposarsi e perciò era oggetto di riprovazione sociale"* e ciò poteva capitare o perché vi erano legittimi impedimenti o perché uno dei due componenti della coppia era già/ancora unito in matrimonio con un'altra persona; *"in una seconda fase questo comportamento ha iniziato a essere praticato da gruppi ristretti che hanno svolto il ruolo di apripista [...]* e persisteva ancora una certa diffidenza nei confronti di coloro che decidevano di convivere. Successivamente questa forma familiare si è diffusa presso ampi strati della popolazione, pur mantenendo ancora un significato diverso rispetto al matrimonio, ambito deputato alla procreazione. Nell'ultima fase la scelta matrimoniale e quella di convivere hanno assunto identici significati finiti ad arrivare al riconoscimento giuridico delle convivenze".

moderna sensibilità nei confronti dei diritti dei bambini, vittime incolpevoli sui quali ricadevano le conseguenze della condotta dei genitori.⁴⁴⁵

La riforma della filiazione del 2012 rientra in quel filone di innovazione normativa che colloca al centro dell'attenzione il minore e il suo interesse, presentando come "effetto collaterale" quello di positivizzare la rottura del millenario legame tra matrimonio e filiazione: "il baricentro si sposta dal matrimonio alla generazione. Se guardiamo alla riforma dal punto di vista del matrimonio, piuttosto che della filiazione, possiamo constatare che il matrimonio ha perso quel ruolo di selezione dei rapporti parentali che in passato gli apparteneva, tale per cui solo il matrimonio conferiva ai rapporti parentali la patente di legittimità, assicurava loro piena tutela. Ora è con la generazione che il figlio viene a far parte della famiglia del genitore, con la quale stabilisce non un semplice 'rapporto fattuale di consanguineità', ma un vero e proprio 'vincolo giuridico di parentela'"⁴⁴⁶. Viene quindi inferto un colpo non indifferente alla famiglia tradizionale e all'idea che solo questa, necessariamente fondata sul matrimonio, possa adeguatamente accompagnare il bambino nel suo percorso di crescita, portando all'emersione di una pluralità di modelli familiari che, a ben guardare, è improprio definire nuovi in quanto già presenti anche nel passato. La novità, oggi, deriva dal fatto che il nuovo modo di fare ed essere famiglia è frutto di una scelta libera e consapevole e non dettata da situazioni contingenti: a causa dell'elevato numero di morti causate dai due conflitti mondiali non era difficile incontrare vedove anche giovanissime che, da sole, erano chiamate a provvedere ai figli, formando ugualmente una famiglia; non erano rari i secondi matrimoni, sia per gli uomini che per le donne, dopo lo scioglimento del precedente vincolo a causa della morte del partner, dovuta alla guerra, alla povertà, ai limiti della scienza medica; non era inusuale trovarsi di fronte figli nati al di fuori del matrimonio per la libertà sessuale che veniva accordata all'uomo e che venivano poi accuditi

⁴⁴⁵ G. Ferrando, *Stato unico di figli e varietà dei modelli familiari*, in *Fam. dir.*, 2015, 10, p. 952 ss. "*La tutela della famiglia legittima, intesa come istituzione portatrice di interessi superiori rispetto a quelli delle persone, cellula fondamentale della società, garante dell'ordine morale e sociale andava di pari passo con la condanna delle convivenze non coniugali, in allora riguardate come fenomeno contrario alla morale corrente, eversive dell'ordine sociale quindi da combattere con tutti i mezzi di cui il diritto potesse disporre: dalla sanzione penale a quella civile che colpiva nei figli la condotta dei genitori*".

⁴⁴⁶ G. Ferrando, *op. ult. cit.*

esclusivamente dalla madre o che vivevano sotto lo stesso tetto della coppia⁴⁴⁷; poteva capitare di innamorarsi di una persona diversa dalla propria moglie o dal proprio marito e convivere con il nuovo amore pur senza essere divorziati o, dopo la sua entrata in vigore, in attesa che fosse accordato. La grande differenza rispetto al passato risiede nel fatto che ora, anche grazie al mutamento sociale che ha interessato la persona, l'amore, la sessualità, queste formazioni richiedono di essere riconosciute e tutelate al pari della famiglia nucleare fondata sul matrimonio, non essendoci sostanziali differenze circa l'affetto, l'impegno, la dedizione, la serietà con cui i componenti vivono questa esperienza. La stessa introduzione del divorzio nel nostro ordinamento e i numeri che questo istituto ha raggiunto nel corso degli anni dimostrano che la formalizzazione dell'unione attraverso il matrimonio non assicura assolutamente la sua stabilità.

Negli anni l'impegno del legislatore nel recepire questa rottura tra matrimonio e filiazione-famiglia, però, si è manifestato per lo più riguardo ai diritti dei bambini perché, in realtà, ancora non si è arrivati a formalizzare il venir meno del nesso tra matrimonio e famiglia: se, infatti, già nel 1984 attraverso la disciplina dell'adozione era riconosciuto il valore di un rapporto di filiazione fondato non su legami biologici ma sull'amore, e poi con la legge n. 40 del 2004 viene attribuito rilievo alla genitorialità sociale a discapito del legame biologico, il tutto per tutelare il minore, soltanto la PMA è accessibile anche alle coppie conviventi, mentre per l'adozione (fatta eccezione quella in casi particolari) è richiesto che la coppia sia unita in matrimonio. La convivenza stessa ha avuto una disciplina organica soltanto nel 2016 e in tutto il testo normativo non è mai qualificata come famiglia né viene riconosciuta come fonte idonea per creare legami familiari di parentela. E la stessa cosa avviene per le unioni civili. Fermandosi al dato letterale, famiglia dal punto di vista giuridico continua ad essere soltanto quella fondata sul matrimonio, il legislatore non disciplina una pluralità di modelli familiari, ma una diversità di relazioni di coppia.

Pur in assenza della specificazione legislativa, tuttavia, è difficile non riconoscere nelle nuove formazioni sociali l'esistenza di una "famiglia atipica". La

⁴⁴⁷ *"La moglie adultera è punita con la reclusione fino a un anno"* art. 559 c.p. del 1930 e poi *"Il marito che tiene una concubina nella casa coniugale, o notoriamente altrove, è punito con la reclusione fino a due anni"* art. 560 c.p. del 1930. La donna veniva punita per il solo fatto di aver tradito, la pena per l'uomo vi era solo se il fatto e la concubina erano noti. Il tutto fu dichiarato costituzionalmente illegittimo soltanto nel 1968.

stessa interpretazione evolutiva dell'art. 29 Cost. non si limita a riconoscere come valida ed esistente solo ed esclusivamente la famiglia fondata sul matrimonio, né vuole collocare questa in posizione privilegiata rispetto alle altre formazioni, ma chiarisce che questa è quella per la quale l'ordinamento introduce una specifica disciplina, anche in ragione della sua centralità e prevalenza nel momento in cui fu redatta la Costituzione⁴⁴⁸; le altre organizzazioni trovano ugualmente tutela costituzionale in quanto formazioni sociali ai sensi dell'art. 2 Cost., che possono essere variamente denominate: famiglia nucleare, famiglia di fatto, famiglia allargata, famiglia monogenitoriale, famiglia ricostituita, famiglia omosessuale, sono tutte declinazioni di un medesimo fenomeno che è in grado di atteggiarsi in forme diverse. Come elemento comune a tutte le varietà, tale da permettere sempre l'utilizzo del sostantivo famiglia perché è ciò che la formazione rappresenta, servendo l'aggettivo che segue solo per qualificare più nel dettaglio i suoi caratteri propri, vi è la percezione che i legami che si instaurano siano "irreversibili ed infungibili", idonei a creare una intimità senza pari e una piena condivisione di un progetto di realizzazione comune ma allo stesso tempo anche individuale della propria personalità⁴⁴⁹. Anche la giurisprudenza europea⁴⁵⁰ ha da diversi anni, percependo il sentire comune nei diversi Stati, individuato gli elementi che qualificano una famiglia, indipendentemente dall'esistenza o meno di qualsiasi vincolo giuridico tra i membri della coppia e prescindendo anche dal sesso di questi: laddove vi è stabilità della relazione, coabitazione, impegno reciproco all'assistenza morale e materiale può riconoscersi una famiglia. Quest'ultima, inoltre, è riconosciuta esistente anche in mancanza di qualsiasi legame biologico tra la coppia genitoriale e il minore dovendosi, per il *best interest of the child*, riconoscere rilevanza alle relazioni fattuali, ai rapporti di fatto già esistenti e stabili: l'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44 della legge n.

⁴⁴⁸ Corte Cost., 14 aprile, 2010, n. 138, su cortecostituzionale.it :*"i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere «cristallizzati» con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi [...] I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942"*.

⁴⁴⁹ G. Di Rosa, *Relazioni familiari e sviluppo della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 3, p. 643 ss.

⁴⁵⁰ Corte EDU, 24 giugno 2010, ric. 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 11, p. 1137 ss.

183/1984 persegue proprio questo scopo e, nella sua massima espressione, può giungere a dar vita anche ad una famiglia omosessuale, anche se con tutti i limiti del caso.

Il riconoscimento giuridico della famiglia omogenitoriale, intesa come famiglia con prole, rappresenta oggi una dei temi più dibattuti nel diritto di famiglia. Il legislatore ha precluso alla coppia omosessuale la possibilità di adottare o di accedere alle tecniche di PMA ma questo non ha minimamente risolto il problema: si può andare all'estero, e poi il problema diventa il riconoscimento in Italia di questa genitorialità o le forme di tutela per il bambino; si deve prendere in esame la situazione del minore, figlio di una precedente relazione eterosessuale di uno dei due componenti della coppia omosessuale. La giurisprudenza già da tempo si confronta con questa realtà e, così come l'adozione in casi particolari si era rivelata la soluzione per formalizzare rapporti creatisi nei contesti familiari di seconda generazione non contemplati dal legislatore, nonostante la crescita del fenomeno (ad esempio la situazione dei figli di coppia divorziata in caso di nuova convivenza con altro partner da parte del genitore affidatario), allo stesso modo si è guardato a questo istituto per assicurare la tutela del minore anche in caso di unione omosessuale: compito dei giudici è quello di assicurare il *best interest of the child* ed è proprio attraverso il loro lavoro nelle aule di tribunali e il loro continuo esaminare le richieste di formalizzazione dei rapporti tra "genitori" e "figli", più precisamente tra coloro che, anche se per la disciplina legislativa non possono definirsi in tal modo, dal punto di vista umano si sentono e si comportano come tali, ha contribuito a far emergere le nuove sfide del diritto di famiglia che il legislatore ancora non ha deciso di affrontare. Ma il legislatore non può nascondere la testa sotto la sabbia o voltarsi dall'altra parte minimizzando la portata della questione, perché il problema permane e cresce: le relazioni familiari evolvono, si trasformano, si intrecciano, la procreazione non è più vincolata all'unione fisica tra uomo e donna e nel mondo di oggi non ci si può fermare ai propri confini, bisogna tener presente anche ciò che accade oltralpe o al di là del mare e rimanendo il Parlamento nella sua immobilità, nella scelta di non intervenire in materia il danno è soprattutto per i bambini, perché sono loro che sono privati di quella certezza e

stabilità nei rapporti che si riconoscono come fondamentali per un sano sviluppo⁴⁵¹. Non riconoscere, nell'ambito della coppia omosessuale, il genitore non biologico o adottivo, rendendolo quindi invisibile per la legge, priva il bambino di tutti i diritti che egli potrebbe vantare nei suoi confronti e, soprattutto, esonera il genitore sociale da qualsiasi responsabilità. La lotta intrapresa dai genitori arcobaleno non è animata dalla reclamazione di un diritto alla genitorialità per gli adulti, quanto più dalla pretesa di “essere *inchiodati ai (nostri) diritti nei confronti dei (nostri) figli*”⁴⁵². L'adozione in casi particolari, indicata dalle Sezioni Unite⁴⁵³ come soluzione per attribuire rilevanza giuridica ai rapporti tra minore e genitore omosessuale d'intenzione, non può essere ritenuta una tutela sufficiente ed idonea⁴⁵⁴, dal momento che “tale forma di adozione non crea un vero rapporto di filiazione ma il riconoscimento di una situazione affettiva cui attribuisce sì diritti e doveri ma che nega comunque al figlio e all'adottante il diritto a una relazione pienamente equiparata alla filiazione e pone il genitore non biologico in una situazione di inferiorità rispetto al genitore biologico. L'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, lett. d), non crea legami parentali con i congiunti dell'adottante ed esclude il diritto a succedere nei loro confronti. In sostanza vi è - sempre che il procedimento di adozione in casi particolari si concluda positivamente - una sorta di declassamento (downgrade) della relazione genitoriale e dello status filiationis che non può legittimarsi in alcun modo”⁴⁵⁵; il riconoscimento dell'adozione particolare a favore del genitore non biologico, inoltre, è un procedimento che, soprattutto quando coinvolge coppie omosessuali, può rivelarsi piuttosto lungo e articolato, oltre che umiliante: per accertare che l'adozione risponda all'interesse del minore il nucleo familiare è sottoposto ad un'attenta analisi da parte dei servizi sociali che, guidati spesso da pregiudizi e stigmi sociali sorti intorno alle coppie same sex, si approcciano a queste situazioni in modo diverso, dal momento che “i genitori eterosessuali vengono prima di tutto considerati ‘genitori’, invece i genitori omosessuali vengono prima di tutto considerati ‘omosessuali’”⁴⁵⁶. L'adozione ex art.

⁴⁵¹ Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Fam. dir.*, 2019, 7, p. 653 ss.

⁴⁵² M. Ghisleni, *Generazione arcobaleno*, Torino, 2020, p. 18.

⁴⁵³ Cass., Sez. Un., n. 12193/2019, cit.

⁴⁵⁴ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, 33, su *cortecostituzionale.it*.

⁴⁵⁵ Cass., 29 aprile 2020, n. 8325, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1, p. 1116 ss.

⁴⁵⁶ M. Ghisleni, *op. cit.*, p. 66.

44, legge n. 184/1983, poi, introduce una forma di genitorialità in un momento successivo alla nascita, può essere dichiarata anche a distanza di anni, quando il bambino già vive la coppia formata da persone dello stesso sesso come la propria famiglia: non possiede certamente quei caratteri di effettività, celerità e pienezza richiesti dal diritto europeo nella tutela dei minori.

La giurisprudenza, anche se non può sostituirsi al Parlamento nella sua attività di creazione della legge, è ugualmente riuscita a trovare la strada per soddisfare le richieste di tutela provenienti dai bambini arcobaleno: dall'accordare l'adozione in casi particolari a favore del genitore sociale, si è poi spinta ad ordinare all'ufficiale dello stato civile la rettifica dell'atto di nascita validamente redatto all'estero nel quale sono indicati come genitori i due componenti della coppia *same sex* ed anche ad accordare la creazione, in Italia, di atti di nascita nei quali figurano come genitori due madri o due padri, argomentando, al pari di quanto avviene nei confronti della coppia eterosessuale, sulla responsabilità genitoriale che sorge, in caso di PMA, non necessariamente in virtù del rapporto biologico, ma in ragione del consenso prestato.⁴⁵⁷ Non sono mancati anche casi in cui l'ufficiale di stato civile stesso, senza che fosse necessario l'intervento del giudice, abbia provveduto a trascrivere l'atto di nascita indicante due mamme o due papà⁴⁵⁸ ma, purtroppo, si tratta di interventi non vincolanti, al pari di quelli giurisprudenziali e, nonostante ampia parte degli interpreti si sia mossa nel senso di riconoscere la doppia genitorialità sin dal momento della nascita anche per la coppia omosessuale, la condivisione di questo orientamento non è stata unanime, ed ha subito poi un brusco arresto in seguito all'intervento della

⁴⁵⁷ Trib. Roma, 11 maggio 2018; Trib. Genova, 8 novembre 2018; Trib. Bologna, 6 luglio 2018; Trib. Pistoia, 5 luglio 2018; App. Venezia, 16 luglio 2018; App. Trento 16 gennaio 2020; App. Firenze, 28 gennaio 2020; App. Roma, 27 aprile 2020; Trib. Genova, 4 novembre 2020. Tutte le sentenze citate si trovano su articolo29.it. V. anche Cass., Sez. Un., n. 12193/2019, cit.: *“il modello di genitorialità cui s'ispira il nostro ordinamento nell'attuale momento storico non possa più considerarsi fondato esclusivamente sul legame biologico tra il genitore ed il nato, ma debba tener conto di nuove fattispecie contrassegnate dalla costituzione di un legame familiare con quest'ultimo, in conseguenza della consapevole assunzione da parte del primo della responsabilità di allevarlo ed accudirlo, nel quadro di un progetto di vita della coppia costituita con il genitore biologico”*.

⁴⁵⁸ È successo per la prima volta, per mano della sindaca Chiara Appendino, a Torino il 23 aprile del 2018: dopo che le due mamme hanno attirato l'attenzione della stampa, nazionale ed internazionale, sulla discriminazione che loro due e anche il loro bambino subivano nel nostro Paese, anche denunciando la prassi, presentata loro come soluzione dallo stesso ufficiale dello stato civile, di dichiarare il falso in atto pubblico, cioè di tacere sulla decisione condivisa dalle due donne di ricorrere a PMA e indicare nell'atto di nascita soltanto la madre biologica, affermando che il padre non era intenzionato a riconoscere il bambino, si è provveduto a riconoscere la doppia genitorialità omosessuale.

Cassazione. La Suprema Corte, oltre a dichiarare la non trascrivibilità di atti o provvedimenti stranieri che certificano la doppia genitorialità della coppia *same sex* se vi è stato ricorso a maternità surrogata⁴⁵⁹, è intervenuta anche sulla possibilità, negandola, di creazione in Italia di atti di nascita recanti come genitori entrambi i membri della coppia omosessuale⁴⁶⁰. Tuttavia il diritto vivente risultante da queste pronunce non ha definitivamente interrotto il percorso della giurisprudenza di merito che, vista la perdurante inerzia del legislatore e denunciando una ingiustificata disparità di trattamento, ha ancora una volta disposto la formazione di un atto di nascita con due mamme. La decisione, sovversiva rispetto a quanto stabilito dalla Suprema Corte, è stata presa dai giudici di Taranto che hanno dichiaratamente manifestato la loro contrarietà all'impianto stabilito dalle ultime pronunce in materia: più volte di recente la Cassazione⁴⁶¹ ha stabilito l'impossibilità di inserire due genitori dello stesso sesso nell'atto di nascita elaborato nel nostro Paese, rigettando quell'interpretazione dell'art. 8 della legge n. 40/2004 che, al fine di assicurare la piena tutela del minore, riconosce la genitorialità in capo ad entrambi i componenti della coppia che ha fatto ricorso a PMA, quindi anche al genitore intenzionale, indipendentemente dal sesso di questi, in virtù del consenso da loro manifestato all'assunzione di questa responsabilità⁴⁶². Gli ermellini ricordano l'impossibilità per la giurisprudenza di sostituirsi al legislatore e non possono essere, dunque, consentite, "al di fuori dei casi previsti dalla legge, forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico", ragion per cui, dal momento che non sono accessibili alle coppie formate da persone dello stesso sesso, in Italia, le tecniche di procreazione medicalmente assistita, inoltre, considerando che il nostro ordinamento permette il riconoscimento del figlio naturale solo a due persone di sesso diverso, quindi solo una donna può essere indicata come madre, cioè colei che partorisce (artt. 29, 30 D.P.R. n. 396/2020, art. 269 c.c.), è inammissibile "un'istanza tesa a formare l'atto di nascita traducendo in termini certificativi il risultato di ciò che non può trovare ingresso in

⁴⁵⁹ Cass., Sez. Un., n. 12193/2019 cit.

⁴⁶⁰ Cass., 3 aprile 2020, n. 7668, in *Fam. dir.*, 2020, 6, p. 537 ss.

⁴⁶¹ Cass., 22 aprile 2020, n. 8029, su *articolo29.it*; Cass., 25 febbraio 2022, n. 6386, Cass., 7 marzo 2022, n. 7413, Cass., 4 aprile 2022, n. 10844, tutte su *cortedicassazione.it*.

⁴⁶² Questo orientamento amplifica la volontà del legislatore del 2004 che, nel disciplinare gli effetti del consenso prestato dalla coppia alla PMA, riconosce piena tutela e valore anche ad una genitorialità che sia solo affettiva e psicologica e non anche biologica.

termini sostanziali”. Resta, però, in virtù del principio della conservazione degli *status* e della circolazione degli atti, possibile la trascrizione nei registri italiani di un atto di nascita formato all'estero e nel quale, in armonia con quanto previsto dalla legge del luogo di redazione, sono indicate due persone dello stesso sesso come genitori. Il Tribunale di Taranto, nell'argomentare la propria decisione, richiama ancora una volta i principi europei a tutela dei minori, invitando a spostare l'attenzione dalla condotta degli adulti agli interessi dei minori coinvolti, sacrificati esclusivamente in ragione delle condizioni o del luogo della loro nascita: ad ogni bambino, indipendentemente dal modo in cui viene al mondo, deve essere “riconosciuta legalmente la situazione di fatto esistente” ed anche, dunque, poter “beneficiare dell'assunzione di responsabilità genitoriale nei suoi confronti da parte di due persone dello stesso sesso, legate da unione civile, secondo un comune progetto di vita familiare e di filiazione, effettivamente e stabilmente realizzato”, in attuazione del suo diritto alla bigenitorialità e al rispetto della sua vita familiare ex artt. 7 e 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e artt. 8 e 14 CEDU.⁴⁶³

La richiesta proveniente dal mondo arcobaleno è, dunque, che sia riconosciuto anche dal punto di vista giuridico ciò che nei fatti già esiste, la richiesta è di avere i medesimi diritti della famiglia tradizionale anche e soprattutto per la piena tutela dei minori⁴⁶⁴: famiglie non legate da alcun legame biologico sono esistenti, riconosciute e tutelate dalla legge, l'evoluzione che ha coinvolto l'idea di famiglia è già intervenuta ed è comunemente accettata, le limitazioni che sussistono ancora oggi sono soltanto frutto di pregiudizi sconfessati da numerose ricerche scientifiche⁴⁶⁵. L'ostacolo incontrato dalle famiglie omogenitoriali, infatti, è soprattutto

⁴⁶³ Trib. Taranto, 31 maggio 2022, su [articolo29.it](https://www.articolo29.it).

⁴⁶⁴ Corte Cost., n. 32/2021 cit.: “L'evoluzione dell'ordinamento, del resto, muovendo dalla nozione tradizionale di famiglia, ha progressivamente riconosciuto – e questa Corte lo ha evidenziato – rilievo giuridico alla genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica (sentenza n. 272 del 2017), tenuto conto che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa» (sentenza n. 162 del 2014). L'art. 9 della legge n. 40 del 2004, nel valorizzare, rispetto al favor veritatis, il consenso alla genitorialità e l'assunzione della conseguente responsabilità nell'ambito di una formazione sociale idonea ad accogliere il minore – come questa Corte ha rimarcato – «dimostra la volontà di tutelare gli interessi del figlio», garantendo «il consolidamento in capo al figlio di una propria identità affettiva, relazionale, sociale, da cui deriva l'interesse a mantenere il legame genitoriale acquisito, anche eventualmente in contrasto con la verità biologica della procreazione» (sentenza n. 127 del 2020)”.

⁴⁶⁵ Rete Lenford – Avvocatura per i diritti LGBTI+ e Famiglie Arcobaleno vista l'inerzia del legislatore hanno presentato, nel giugno 2022, una proposta di legge che chiede l'estensione della disciplina dettata per la famiglia nucleare fondata sul matrimonio anche a tutte le altre tipologie di famiglia; in particolare si richiede

di natura culturale poiché, avendo l'omosessualità avuto per anni una connotazione negativa⁴⁶⁶ (soltanto nel 1990 l'OMS la cancellerà dall'elenco delle malattie mentali per riconoscerla come "*una variante naturale del comportamento umano*"), nel corso dei secoli si sono accumulati strati e strati di dicerie, credenze, pregiudizi che, purtroppo, sono troppo radicati nella società perché siano superati completamente in poco più di trent'anni. E scrollarsi di dosso questi preconcetti in breve tempo risulterebbe già di per sé difficile se si potesse contare su tutto l'impegno e la maturità della nostra classe dirigente, sarebbe utopistico anche se le istituzioni tutte lavorassero per operare questo cambiamento culturale necessario ed eliminare ogni discriminazione, ma il cammino nel nostro Paese risulta essere ancora più lungo e impervio a causa della avvilente situazione politica che si trova a vivere l'Italia. Nonostante il blocco culturale, il dato scientifico è chiaro ed inequivocabile dal momento che, all'esito di ogni possibile studio condotto sulla famiglia, sull'incidenza che la formazione di questa ha sulle persone che la compongono e soprattutto sulla crescita dei minori, vi è la costante conclusione che la qualità della vita dei bambini non dipende dalla struttura familiare, bensì dalle dinamiche interne, affettive e relazionali di questa organizzazione. La famiglia omogenitoriale, al pari di quella eterosessuale può avere la composizione più varia: può essere composta da una persona singola che si occupa di un minore, suo figlio biologico o adottivo; o anche da una coppia formata da persone dello stesso sesso che crescono figli avuti, da uno solo o da entrambi, in precedenti relazioni; può derivare anche da un progetto di genitorialità condiviso dalla coppia che ha quindi fatto ricorso a PMA. E, allo stesso modo di quanto avviene nella famiglia tradizionale, sono i rapporti che si instaurano tra i genitori e tra genitori e figli ad influire sullo sviluppo di questi ultimi e sulla serenità dell'ambiente familiare riscontrando, tra le diverse possibili formazioni, "molte più somiglianze che differenze", arrivando addirittura a riconoscere un miglior livello di benessere nei bambini cresciuti da una coppia *same sex* poiché si è osservato che

l'introduzione del matrimonio egualitario, il riconoscimento alla nascita per i nati da coppie formate da persone dello stesso sesso, accesso alle adozioni e alla PMA anche per single e coppie omosessuali.

Il testo completo della proposta è rinvenibile su <https://www.retelenford.it/news/articoli/la-proposta-di-legge-di-rete-lenford-e-famiglie-arcobaleno-testo-e-slide-illustrative>.

⁴⁶⁶ Nel 1952 era stata inserita tra i "Disturbi sociopatici di Personalità" del Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali; nel 1968 venne qualificata come una devianza sessuale, al pari della pedofilia.

“i genitori gay mostrano, rispetto ai genitori eterosessuali, una minor tendenza alla depressione e soffrono più raramente di condizioni di stress causato dalla loro condizione di genitori. I padri gay si dimostrano più affettuosi e interagiscono più frequentemente con i figli. Inoltre, affrontano i problemi dell’educazione con minor aggressività e maggiore sensibilità. Non si notano invece differenze significative tra i genitori gay e i genitori lesbiche. Riguardo ai figli, si rileva una maggior frequenza di segnali di sofferenza psicologica (rabbia, aggressività) tra i figli dei genitori eterosessuali”⁴⁶⁷.

Gli studi condotti sulla famiglia *same sex*, sulla capacità genitoriale di persone omosessuali e sullo sviluppo dei bambini arcobaleno proseguono da più di trent’anni e tutti, in qualunque parte del mondo siano stati svolti, arrivano alla medesima conclusione⁴⁶⁸: nel 2002, prima, e nel 2012, poi, l’*American Psychoanalytic Association* ha negato, supportata da ricerche e dati empirici, che fosse contrario al benessere del minore crescere con due persone dello stesso sesso poiché l’interesse del bambino è quello di “sviluppare un attaccamento verso genitori coinvolti, competenti, capaci di cure e di responsabilità educative. La valutazione di queste qualità genitoriali dovrebbe essere determinata senza pregiudizi rispetto all’orientamento sessuale”; “prove scientifiche suggeriscono che i fattori familiari che sono importanti per il benessere dei bambini sono i processi familiari e la qualità delle interazioni e relazioni. La valutazione di un individuo o di una famiglia rispetto alla qualità della genitorialità dovrebbe essere determinata senza pregiudizio per quanto riguarda l’orientamento sessuale, reale o percepito, l’identità di genere o l’espressione di genere. Non ci sono prove credibili che dimostrino che l’orientamento sessuale o l’identità di genere di un genitore possano influenzare negativamente lo sviluppo del bambino”⁴⁶⁹. Nel 2006 l’*American Academy of Pediatrics* ha ribadito “che bambini cresciuti da genitori dello stesso sesso si sviluppano come quelli cresciuti da genitori eterosessuali [...] non c’è una relazione tra l’orientamento sessuale dei

⁴⁶⁷ University of Cambridge, *I have got two dads – and they have adopted me*, su cam.ac.uk, 4 marzo 2013.

⁴⁶⁸ A. Taurino, *Il punto di vista della psicologia su famiglie, genitorialità, omogenitorialità. Quali domande?*, su Questionegustizia.it, 2019, 2; A. M. Speranza, *Crescere in una famiglia tradizionale*, su Researchgate.net, giugno 2015; P. Bastianoni, C. Baiamonte, *Crescere in famiglie omogenitoriali*, in *Minorigiustizia*, 2015, 2, p. 119 ss.

⁴⁶⁹ American Psychoanalytic Association, *Position Statement on Civil Marriage and Civil Rights*, 2013, su apsa.org.

genitori e qualsiasi tipo di misura dell'adattamento emotivo, psicosociale e comportamentale del bambino. Questi dati dimostrano che un bambino che cresce in una famiglia con uno o due genitori gay non corre alcun rischio specifico. Adulti coscienti e capaci di fornire cure, che siano uomini o donne, eterosessuali o omosessuali, possono essere ottimi genitori"; nello stesso anno anche in Canada si seguiva lo stesso orientamento, dal momento che "si deduce dalla letteratura empirica (è) che la gran parte degli studi mostrano che i bambini che vivono con due madri e i bambini che vivono con un padre e una madre hanno lo stesso livello di competenza sociale. Pochi studi suggeriscono che i bambini con madri lesbiche potrebbero avere una migliore competenza sociale, ancora meno studi dimostrano l'opposto, ma la maggior parte degli studi fallisce nel trovare qualsiasi differenza. Anche le ricerche condotte su bambini con due padri supportano queste conclusioni"⁴⁷⁰. Sulla stessa scia si è posta, nel 2009 *American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* non riscontrando alcuna "evidenza scientifica a sostegno della tesi secondo cui genitori con orientamento omosessuale o bisessuale siano di per sé diversi o carenti nella capacità di essere genitori, di saper cogliere i problemi dell'infanzia e di sviluppare attaccamenti genitore-figlio rispetto ai genitori con orientamento eterosessuale. Da tempo è stato stabilito che l'orientamento omosessuale non è in alcun modo correlato ad alcuna patologia, e non ci sono basi su cui presumere che l'orientamento omosessuale di un genitore possa aumentare le probabilità o indurre un orientamento omosessuale nel figlio. Studi sugli esiti educativi di figli cresciuti da genitori omo- o bisessuali, messi a confronto con quelli cresciuti da genitori eterosessuali, non depongono per un diverso grado d'instabilità nella relazione genitori-figli o rispetto ai disturbi evolutivi nei figli". Un importante studio è stato poi svolto dall'Università di Melbourne relativamente a 315 famiglie arcobaleno, con il coinvolgimento di 500 bambini che, secondo i dati di questa analisi, sono destinati a crescere altrettanto bene, se non meglio, rispetto ai figli di coppie etero⁴⁷¹, e allo stesso risultato si è pervenuti a conclusione di una rassegna che ha riesaminato i principali studi in materia svolti tra il 1990 e il 2010 e che ha constatato

⁴⁷⁰ A. Taurino, *op. cit.*

⁴⁷¹ S. R. Crouch, E. Waters, R. McNair *et al.*, *Parent-reported measures of child health and wellbeing in same-sex parent families: a cross-sectional survey*, su bmcpublihealth.biomedcentral.com, 2014.

che” i figli di madri o di coppie lesbiche mostravano addirittura punteggi migliori nella sicurezza dell’attaccamento ai genitori, nella percezione dei genitori come disponibili, nella frequenza con cui in famiglia si discuteva di temi legati alle emozioni e nell’interesse e nel successo scolastico. Su moltissime altre variabili psicosociali questi bambini non si differenziavano in alcun modo dai loro coetanei cresciuti in contesti tradizionali⁴⁷².

Anche l’Associazione italiana di psicologia ha fondato il proprio orientamento su ricerche scientifiche, sconfessando e prendendo le distanze da quanto dichiarato nel 2014 dall’allora Ministro della salute Lorenzin che, per giustificare la propria contrarietà alla famiglia omogenitoriale, aveva dichiarato “che tutta la letteratura psichiatrica, da Freud in poi, riconosce l’importanza per il bambino di avere una figura paterna e materna per la formazione della propria personalità”. I professionisti italiani del settore, attraverso il Consiglio nazionale dell’Ordine degli psicologi, hanno denunciato l’infondatezza di una simile dichiarazione e il contrasto con quanto accertato dalle più rilevanti società di ricerca a livello mondiale, invitando quindi il mondo politico a basare la propria attività su quanto scientificamente dimostrato invece di diffondere false informazioni che alimentano pregiudizi a danno delle famiglie diverse da quella tradizionale⁴⁷³. Sono, infatti, anche le dichiarazioni rilasciate sul tema da alcuni politici ad alimentare l’odio, lo stigma sociale e il pregiudizio che, inevitabilmente, si ripercuote sui minori i quali, all’interno della loro famiglia magari non vivono alcuna situazione di disagio ma devono, poi, scontrarsi con il mondo esterno: il principale “svantaggio” di crescere in una famiglia arcobaleno è quello di dover combattere l’omofobia diffusa, il problema per i bambini non viene dall’interno, ma dall’esterno, dalle voci di coloro che li additano, loro e i loro genitori dello stesso sesso, come diversi, contronatura, inesistenti⁴⁷⁴. Oggi sono gli stessi bambini arcobaleno, ormai diventati adulti e ancora visibili solo in parte per la legge

⁴⁷² A. M. Speranza, *op. cit.*

⁴⁷³ A. Taurino, *op. cit.*, già nel 2011 l’Associazione Italiana di Psicologia si esprimeva negli stessi termini: “*i bambini hanno bisogno di adulti in grado di garantire loro cura e protezione, insegnare il senso del limite, favorire tanto l’esperienza dell’appartenenza quanto quella dell’autonomia, negoziare conflitti e divergenze, superare incertezze e paure, sviluppare competenze emotive e sociali. L’Associazione Italiana di Psicologia invita i responsabili delle istituzioni politiche, sociali e religiose del nostro Paese a tenere in considerazione i risultati che la ricerca scientifica ha prodotto sui temi in discussione*”.

⁴⁷⁴ A. M. Speranza, *op. cit.*

italiana, che rispondono a queste provocazioni e, allo stesso tempo, testimoniano la loro felicità e la loro crescita serena all'interno di una famiglia che non ha niente di meno rispetto alle altre, presentano la loro "normalità": Margherita Fiengo Pardi, diciannovenne prima di quattro figli di due donne (tutti nati a seguito di fecondazione eterologa realizzata all'estero), nel suo corto "Chiedimi se..." replica a tutti coloro che hanno ritenuto di poter affermare che per i figli di due uomini o due donne sarebbe stato meglio non essere mai nati, o se orfani sarebbe stato meglio rimanere in orfanotrofio invece di essere consegnati in adozione ad una coppia omosessuale, sarebbe stato meglio crescere in povertà, in Africa, in un contesto di guerra piuttosto che crescere con due persone dello stesso sesso unite da un progetto di vita comune basato sull'amore e desiderose di accudire un bambino, consapevoli delle responsabilità ma anche delle gioie che una famiglia può regalare; l'invito fatto dalla ragazza è quello di rivolgersi direttamente a lei, di domandare ai suoi fratelli e a tutti i bambini con due mamme o due papà se davvero, come hanno dichiarato personaggi politici, lei avesse preferito vivere in povertà, in un Paese martoriato dalla guerra o rimanere sola tutta la vita invece che avere una famiglia amorevole e accogliente⁴⁷⁵.

⁴⁷⁵ "Chiedimi se...", di Margherita Fiengo Pardi su <https://www.famigliearcobaleno.org/2022/02/chiedimi-se>.

BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

Albini G., *Dall'abbandono all'affido: storie di bambini nella Milano del tardo Quattrocento*, in *Mélanges de l'École française de Rome – Italie et Méditerranée modernes et contemporaines*, 2012, 124/1, su journals.openedition.com - <https://doi.org/10.4000/mefrim.243>

American Psychoanalytic Association, *Position Statement on Civil Marriage and Civil Rights*, 2013, su apsa.org - <https://apsa.org/content/2013-position-statement-civil-marriage-and-civil-rights>

Amram D., *Corte di Cassazione e Giurisprudenza di merito: alla ricerca di un contenuto per l'interesse superiore del minore*, in *Fam. dir.*, 2008, n. 12, p. 1108-1115

Aragno A., *L'utilizzo dell'art. 44 lett. d nei casi di omogenitorialità: le ragioni del no*, in *Minorigiustizia*, 2017, n. 1, p. 146-152

Arceri A., *L'affidamento dei figli a terzi nella recente giurisprudenza di merito*. in *Fam. dir.*, 2016, n. 4, p. 391-395

Astiggiano F., *Stato di abbandono di un minore e ruolo dei parenti: quando il concetto di famiglia si amplia*, in *Fam. dir.*, 2009, n. 11, p. 981-986

Azzarri F., *I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 5, p. 1153-1188

Barba V., *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in *GenIUS*, 2019, n. 2, p. 19-38

Barbanera R., *Derogabilità dei limiti di età fra adottanti e adottando nell'adozione legittimante alla luce del principio dell'interesse del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, n. 3, p. 364-368

Bartolini A., *Una pedagogia della famiglia*, in Fornari S. (a cura di), *Essere o fare famiglia. La famiglia come istituzione sociale plurale*, Torino, Utet, 2009

Bastianoni P., Baiamonte C., *Crescere in famiglie omogenitoriali*, in *Minorigiustizia*, 2015, n.2, p. 119-128

- Bosisio R., Ronfani P., *Omogenitorialità. Relazioni familiari, pratiche della responsabilità genitoriale e aspettative di regolazione*, in *Minorigiustizia*, 2014, n. 3, p. 22-28
- Bova R. M., *L'adozione non legittimante del figlio del coniuge che sia deceduto senza aver prestato l'assenso*, in *Fam. dir.*, 2008, n. 3, p. 234-240
- Bozzi A., *La parabola del diritto a conoscere le proprie origini. Brevi riflessioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, n. 1, p. 170-178
- Caffarena S., *L'adozione "mite" e il "semiabbandono": problemi e prospettive*, in *Fam. dir.*, a. 2009, n. 4, p. 389-403
- Calderai V., *Il dito e la luna. I diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021*, in *Giur. it.*, 2022, 2, p. 301-311
- *Ordine pubblico internazionale e drittwirkung dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 3, p. 478-506
- Camiolo M., *L'adozione nella storia*, in *Famiglia cristiana*, 2002
- Campagnoli M. C., *Procreazione medicalmente assistita e fecondazione eterologa: il percorso frastagliato della legge 40/2004*, Milano, Key editore, 2017
- Campiglio C., *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, n. 3, p. 481-515
- Campobello F., *La rivoluzione copernicana dell'adozione*, Torino, Giappichelli, 2019
- Carbone V., *Adozione da un unico adottante: manca la norma*, in *Corr. giur.*, 1995, n. 9, p. 1059-1070
- *Adozione dei minori in Italia da parte di un singolo tra regole e aspirazioni*, in *Corr. giur.*, 2011, n. 5, p. 597-603
- Casaburi G., *Riflessioni estemporanee su azioni di stato, nuova genitorialità, tutela del minore, en attendant le SS.UU. del 6 novembre 2018*, su [articolo29.it](http://www.articolo29.it) - <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2018/11/8-casaburi.pdf>
- Casanova C., *L'adozione e l'agnazione. Alcune riflessioni*, in *Mélanges de l'École française de Rome – Italie et Méditerranée modernes et contemporaines*, 2012, 124/1, su journals.openedition.org - <https://doi.org/10.4000/mefrim.221>
- Cerrelli G., *L'adozione nel diritto canonico*, su pensareildiritto.it
- Cian G., Oppo G., Trabucchi A., *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Padova, Cedam, 1992

- Cinque M., *Adozioni in casi particolari: parentela tra “fratelli acquisiti”?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, n. 1, p. 78-90
- Cipriani N., *Il Tribunale per i minorenni di Roma apre all'adozione nelle famiglie omogenitoriali*, in *“Minorigiustizia”*, 2015, n. 1, p. 275-283
- Ciraolo C., *Certezza e stabilità delle relazioni familiari del minore. La stepchild adoption*, in *Corr. giur.*, 2017, n. 6, p. 810-823
- Colaiani N., *Matrimonio omosessuale e Costituzione*, in *Corr. giur.*, a. 2010, n. 7, p. 845-854
- Collura G., *L'adozione in casi particolari*, in Zatti P. (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè, II, 2012
- Crouch S. R., Waters E., McNair R. et al., *Parent-reported measures of child health and wellbeing in same-sex parent families: a cross-sectional survey*, su *bmcpublikealth.biomedcentral.com* -
<https://bmcpublikealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/1471-2458-14-635>
- Curcio G., Trovato L., *L'utilizzo dell'art. 44, comma 1, lett. d della legge n. 184/1983 nei casi di omogenitorialità: le ragioni del sì*, in *“Minorigiustizia”*, 2017, n. 1, p. 153-159
- D'Aloia A., Torretta P., *La procreazione come diritto della persona*, in Canestrari S. (a cura di) *Il governo del corpo*, Milano, Giuffrè, II, 2011
- D'Amico M., *La fecondazione eterologa e procreazione medicalmente assistita*, in Cagnazzo (a cura di), *Trattato di diritto e bioetica*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2017
- Danovi F., *L'ordine di effettuare terapie e percorsi di sostegno: i poteri del giudice travalicano davvero la libertà delle parti?*, commento a Cass. n. 13506/2015, in *Fam. dir.*, 2016, n. 6, p. 556-562
- *L'intervento giudiziale nella crisi dell'unione civile e della convivenza di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, n.10, p. 995-1006
- Di Napoli E., *La Corte di Appello di Torino di fronte alla fecondazione assistita eterologa all'estero*, in *“GenIUS”*, 2015, n. 1, p. 258-272
- Di Renzo Villata M. G., *L'adozione tra medio evo ed età moderna: un istituto al tramonto?*, in *Mélanges de l'École française de Rome – Italie et Méditerranée*

modernes et contemporaines, 2012, 124/1, su journals.openedition.org - <https://doi.org/10.4000/mefrim.227>

- *L'adozione nell'Ottocento: un istituto in un irreversibile declino?*, in De Nova G. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Milano, Giuffrè, 2015

Di Rosa G., *Relazioni familiari e sviluppo della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, n. 3, p. 643-648

Dogliotti M., *Spunti in tema di "diritti del minore" in materia di adozione ordinaria e adozione speciale*, in *Giur. mer.*, 1976, n. 1, p. 57-65

- *Patria potestà, diritti del minore e intervento del giudice*, in *Giur. mer.*, 1976, n. 1, p. 45-56
- *La Consulta, l'adozione dei singoli e il futuro (eventuale) legislatore*, in *Fam. dir.*, 1994, n. 3, p. 245-250
- *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Fam. dir.*, 2004, n. 2, p. 117-121
- *L'adozione dei minori*, in *Fam. dir.*, 2015, n. 11, p. 1021-1033
- *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Fam. dir.*, 2019, n. 7, p. 667-676

Elli A., *Il Papiro dell'Adozione*, su mediterraneoantico.it - <https://mediterraneoantico.it/articoli/traduzioni/il-papiro-delladozione/>

Eramo F., *Handicappati: diritto alla sessualità, diritto al matrimonio e diritto all'adozione*, in *Fam. dir.*, 2002, n. 4, p. 435-441

Fadda R., *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 10, p. 1386-1398

Fadiga L., *L'adozione legittimante dei minori*, in Zatti P. (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè, II, 2012

Feraci O., *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio 'nato da due madri' all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*, su *Riv. dir. int.*, 2017, n. 1, p. 169-181

- *La protezione dello status del minore attraverso le frontiere*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, su garanteinfanzia.org, p. 386-413

Ferrando G., *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, n. 6, p. 810-816

- *Matrimonio e famiglia*, in Zatti P. (a cura di) *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè, I, 2011
- *L'adozione in casi particolari del figlio naturale del coniuge*, in *Corr. giur.*, 2012, n. 1, p. 93-104
- *L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, n. 11, p. 679-694
- *Stato unico di figli e varietà dei modelli familiari*, in *Fam. dir.*, 2015, n. 10, p. 952-957
- *Le unioni civili. Prime impressioni sulla riforma*, in "GenIUS", 2016, n. 2, p. 6-17
- *Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. it.*, 2016, n. 7, p. 1771-1778
- *Il problema dell'adozione del figlio del partner*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 9, p. 1213-1219
- *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis* in *Corr. giur.*, 2017, n. 2, p. 190-198
- *A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, n. 2, p. 171-176
- *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Fam. dir.*, 2019, n. 7, p. 677-686
- *Diritto di famiglia*, Bologna, Zanichelli, 2020
- *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte costituzionale n. 32 e 33 del 2021*, su *giustiziainsieme.it* - <https://www.giustiziainsieme.it/en/news/74-main/129-minori-e-famiglia/1667-il-diritto-dei-figli-di-due-mamme-o-di-due-papa-ad-avere-due-genitori-un-primo-commento-alle-sentenze-della-corte-costituzionale-n-32-e-33-del-2021>
- *Di chi è figlio un bambino con due mamme? Commento a prima lettura di corte cost. 230/2020*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, n. 2, p.417-421
- *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*, in *Fam. dir.*, 2021, n. 7, p. 704-712

- Fioravanti C. D., *Ancora sui presupposti dello stato di abbandono nell'adozione dei minori*, in *Fam. dir.*, 2001, n. 1, p. 45-50
- Finessi A., *Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale e best interest of the child*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, n. 6, p. 1343-1370
- Finocchiaro A. e M., *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. Commento teorico pratico alla legge 4 maggio 1983 n. 184*, Milano, Giuffrè, 1983
- *Adozione e affidamento dei minori. Commento alla nuova disciplina*, Milano, Giuffrè, 2001
- Fiore P., *Adozione*, in *Digesto italiano*, Torino, Utet, II, 1884
- Franco F. F., *Adozione mite: una "scorciatoia" giuridica o un istituto di nuovo conio?* in *Il Civilista*, 2010, n. 6, p. 35-43
- Garbellotti M., *Transferts d'enfants. Famiglie adottive e affidatarie nell'Italia di età moderna*, in *Genesis*, 2015, n. 1, p. 11-32
- Garbellotti M. e Rossi M. C., *Et deliberaverunt acceptare eum per suum filium adoptivum*, in *Mélanges de l'École française de Rome – Italie et Méditerranée modernes et contemporaines*, 2012, 124/1, su [journals.openedition.org - https://doi.org/10.4000/mefrim.215](https://doi.org/10.4000/mefrim.215)
- Gatto A., *La sopravvenienza di figli successivamente al passaggio in giudicato della sentenza di adozione di persona maggiorenne*, in *Dir fam. pers.*, 2016, n. 2, p. 969-997
- Gattuso M., *Le unioni civili. Principi e caratteri generali*, in Zatti P. (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme*, Milano, Giuffrè, I, 2019
- Ghisleni M., *Generazione arcobaleno*, Torino, Einaudi, 2020
- Giorgi G., *Adozione in casi particolari e rapporti familiari di fatto: l'interesse concreto del minore*, in *Corr. giur.*, 2018, n. 11, p. 1399-1404
- Giuliano S., *Stato di abbandono: requisiti e presupposti, nota a Corte di Appello di Milano, 18 febbraio 1997*, in *Fam. dir.*, 1997, n. 4, p. 328-334
- *La sopravvenuta "seria volontà" del genitore di occuparsi del minore esclude lo stato di abbandono*, in *Fam. dir.*, 1999, n. 3, p. 245-248
- Gosso P. G., *Davvero incostituzionali le norme che tutelano il segreto del parto anonimo?*, in *Fam. dir.*, 2013, n. 8-9, p. 822-829

Grasso A. G., *Nascita in Italia e PMA da coppia di donne: la cassazione nega la costituzione del rapporto filiale*, in *Corr. giur.*, 2020, n. 8-9, p. 1043-1051

Inaudi S., *Figli di nessuno. Il travagliato percorso della legge sull'adozione speciale*, in *Genesis*, 2015, n. 1, p. 163-169

Irti C., *Digressioni attorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 3, p. 481-492

La Rosa E., *Il divieto irragionevole di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, in *Giur. it.*, 2014, n. 12, p. 2827-2835

Lenti L., *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in Zatti P. (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè II, 2012

- *L'adozione*, in Zatti P. (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme*, Milano, Giuffrè, II, 2019
- *La filiazione: novità, questioni aperte, principi*, in Zatti P. (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme*, Milano, Giuffrè, II, 2019

Liuzzi A., *Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: una vexata quaestio*, in *Fam. dir.*, 2002, n. 1, p. 89-96

Long J., *Adozione in casi particolari e dissenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, n. 1, p. 9-15

Longo L., *Stato di abbandono del minore: una nozione da rimeditare?*, in *Fam. dir.*, 2010, n. 7, p. 693-699

Maggia C., *Come è cambiata l'adozione in cinquant'anni: normative, dati applicativi a confronto e prospettive di riforma*, in *"Minorigiustizia"*, 2017, n. 4, p. 123-131

Marino S., *I 'figli d'anima' dell'Annunziata di Napoli in età moderna*, in *Mélanges de l'École française de Rome – Italie et Méditerranée modernes et contemporaines*, 2012, 124/1, su journals.openedition.org - <https://doi.org/10.4000/mefrim.300>

Marzucchi S., *Dei rapporti tra l'identità dell'adottato e la riservatezza del genitore naturale*, in *Giur. it.*, 2006, n. 10, p. 1801-1805

Mendola A., *"La nuova disciplina dei figli incestuosi: il superamento del divieto di riconoscimento"* su camminodiritto.it

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=1085>

- Menichetti S., *Una sentenza che allinea l'Italia a Strasburgo*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, n.3, p. 805-817
- Merello S., *Ancora sulla nozione di stato di abbandono nell'adozione di minori*, in *Fam. dir.*, 2001, n. 6, p. 620-625
- Morace Pinelli A., *Per una riforma dell'adozione*, in *Fam. dir.*, 2016, n. 7, p. 719-728
- *Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni unite*, su giustiziainsieme.it – <https://giustiziainsieme.it/en/news/74-main/129-minori-e-famiglia/2308-non-si-attende-il-legislatore-lo-spinoso-problema-della-maternita-surrogata-torna-all-esame-delle-sezioni-unite>
- Morello Di Giovanni D., *Ancora sui presupposti dello stato di abbandono per la dichiarazione di adottabilità*, in *Fam. dir.*, 2002, n. 6, p. 619-621
- Morozzo Della Rocca P., *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. dir.*, 2013, n. 8 -9, p. 838-842
- *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Corr. giur.*, 2016, n. 10, p. 1217-1224
 - *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la L. n. 173/2015*, in *Fam. dir.*, 2017, n. 6, p. 602-612
- Pacia R., *Unioni civili e convivenze: profili di diritto successorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 2, p. 409-443
- Palmeri G., *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, n. 3, p. 632-377
- Pasqualetto A., *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, n. 3, p. 115-166
- Piccaluga F., *Famiglia, malattia abbandono e responsabilità civile*, in *Fam. dir.*, 2003, n. 2, p. 198-204
- Quadri E., *Regolamentazioni delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: spunti di riflessione*, in *Giust. civ.*, 2016, n.2, p. 255-266
- *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Corr. giur.*, 2016, n. 7, p. 893-903

Ravot E., *Stato di abbandono e anomalie della personalità dei genitori*, in *Fam. dir.*, 1999, n. 2, p. 121-124

- *Adozione di minori: stato di abbandono e forza maggiore*, in *Fam. dir.*, 2000, n. 6, p. 558-561

Riedweg W., *Lo stato di abbandono può essere determinato da un eccesso di cure?*, in *Fam. dir.*, 1996, n. 1, p. 14-17

Romano C., *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *“Notariato”*, 2016, n. 4, p. 333-341

Rossi M. C., *Storie di affetti nel Medioevo: figli adottivi, figli d'anima e figli spirituali*, in *Mélanges de l'École française de Rome – Italie et Méditerranée modernes et contemporaines*, 2012, 124/1, su journals.openedition.org - <https://doi.org/10.4000/mefrim.230>

Ruscello F., *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2004, n. 6, p. 628-641

- *I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio*, in Zatti P. (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè, I, 2011

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

Salanitro U., *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*, in *Giur. it.*, 2022, 8-9, p. 1827-1832

Salerno F., *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, n. 2, p. 259-291

Salvi G., *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, in *Quaderni di 'Diritto delle successioni e della famiglia'*, 20, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018

- *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità. Un necessario aggiornamento*, in *Riv. succ. fam.*, 2021, p. 499-527

Sandri L., *Formulari e contratti di adozione nell'ospedale degli Innocenti di Firenze tra tardo Medioevo ed Età moderna*, in *Mélanges de l'École française de Rome – Italie et Méditerranée modernes et contemporaines*, 2012, 124/1, su journals.openedition.org - <https://doi.org/10.4000/mefrim.281>

Santoro M., *Conoscere la famiglia e i suoi cambiamenti*, Roma, Carocci, 2013

- Scalera A., *Doppia maternità nell'atto di nascita: la Cassazione fa un passo indietro*, in *Fam. dir.*, 2020, n. 6, p. 539-543
- Senigaglia R., *Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 5, p. 1333-1354
- Sensi P., *Della famiglia. Abbozzo di meditazione sull'eidos dell'istituzione familiare*, in Fornari S. (a cura di), *Essere o fare famiglia. La famiglia come istituzione sociale plurale*, Torino, Utet, 2009
- Sesta M., *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, Cedam, 2021
- Sgueo G., *L'istituto dell'adozione nella storia. Dal diritto romano agli ordinamenti moderni*, su *diritto.it* - <https://www.diritto.it/l-istituto-dell-adozione-nella-storia-dal-diritto-romano-agli-ordinamenti-moderni/>
- Sicchiero G., *La nozione di interesse del minore*, in *Fam. dir.*, 2015, n. 1, p. 72-80
- Speranza A. M., *Crescere in una famiglia tradizionale*, su *Researchgate.net* - https://www.researchgate.net/publication/282223526_Crescere_in_una_famiglia_o_mogenitoriale
- Taurino A., *Il punto di vista della psicologia su famiglie, genitorialità, omogenitorialità. Quali domande? su questionegiustizia.it* - https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/il-punto-di-vista-della-psicologia-su-famiglie-genitorialita-omogenitorialita-quali-domande-_656.php
- Thiene A., *Semiabbandono, adozione mite, identità del minore. I legami familiari narrati con lessico europeo*, in *Fam. dir.*, 2020, n. 11, p. 1067-1076
- Tommaseo F., *Rappresentanza e difesa del minore nei giudizi di adottabilità*, in *Fam. dir.*, 2009, n. 3, p. 251-258
- *La Cassazione sul curatore speciale del minore nei giudizi di adottabilità*, in *Fam. dir.*, 2009, n. 7, p. 667-681
- University of Cambridge, *I have got two dads – and they have adopted me*, su *cam.ac.uk* - <https://www.cam.ac.uk/research/news/ive-got-two-dads-and-they-adopted-me>
- Vegliante A., *Una breve storia dell'adozione*, in *Mnemosyne o La costruzione del senso*, 2015, n. 8, p. 161-173

Villani R., *La procreazione assistita*, in Zatti P. (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè, II, 2012

Zanatta A. L., *Le nuove famiglie*, Bologna, Il Mulino, 2008

Sitografia

Per sentenze, leggi, articoli

<http://www.cortecostituzionale.it>

<http://www.cortedicassazione.it>

<http://www.italgiure.giustizia.it>

<http://www.giustizia.it>

<http://www.articolo29.it>

<http://www.dejure.it>

<http://www.osservatoriofamiglia.it>

<http://www.gazzettaufficiale.it>

<http://www.brocardi.it>