



GIACOMO MINGARDO\*

## LE SEZIONI UNITE SI PRONUNCIANO (NUOVAMENTE) SULLA GESTAZIONE PER ALTRI: È STATO DETTO DAVVERO TUTTO? \*\*

**Abstract [It]:** La sentenza n. 38162/2022 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione ha confermato l'impossibilità di riconoscimento del vincolo di filiazione tra il minore, nato all'estero da gestazione per altri, e il genitore intenzionale. Il presente contributo si concentra sul profilo dell'adozione nei casi particolari, ritenuto dalla Corte lo strumento di tutela dei diritti del minore, mettendo in luce i punti critici dell'impianto argomentativo dei giudici e fornendo possibili soluzioni.

**Abstract [En]:** Judgment No 38162 of 2022 by the Joint Civil Divisions of the Supreme Court of Cassation confirmed the impossibility of the recognition of the filial relationship between a child, born abroad by surrogacy, and an intended parent. The present paper examines the profile of adoption under special circumstances as a means of protecting the child's rights, exposing the critical points of the judges' reasoning and providing possible solutions.

**Parole chiave:** Gestazione per altri, Miglior interesse del minore, Ordine pubblico, Sezioni Unite, Trascrizione.

**Keywords:** Surrogacy, Best Interests of the Child, Public Order, Joint Civil Divisions of the Supreme Court of Cassation, Transcription.

**SOMMARIO:** 1. «Ci sono persone concrete»: la ricerca di equilibrio. – 2. I fatti, il precedente, la sentenza della Corte costituzionale e il rinvio alle Sezioni Unite. – 3. *Vademecum* per gli interpreti (giudici e non solo). – 3.1. L'uso parziale della giurisprudenza Cedu. – 4. I nodi irrisolti. Mancano i suggerimenti al legislatore?

\* Dottorando in Scienze giuridiche - Università degli Studi di Milano-Bicocca.

\*\* Contributo sottoposto a *peer review*.

## 1. «Ci sono persone concrete»: la ricerca di equilibrio

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione nella sentenza del 30 dicembre 2022, n. 38162 si sono pronunciate nuovamente sul riconoscimento del vincolo di filiazione tra il genitore intenzionale e il minore nato all'estero mediante gestazione per altri<sup>1</sup> a pochi anni di distanza dalla precedente statuizione<sup>2</sup>. Si tratta dell'ultimo tassello di una vicenda che ha visto il pronunciamento di più corti<sup>3</sup> e un ampio dibattito dottrinale sul tema<sup>4</sup>. Le Sezioni Unite hanno ribadito l'orientamento espresso in precedenza: poiché la gestazione per altri lede la dignità della donna e mina le relazioni umane, non è possibile l'automatica trascrizione né dell'atto di nascita, né tantomeno dell'atto giudiziario nella parte in cui indichi il genitore intenzionale quale padre del bambino; la valorizzazione di tale legame deve avvenire mediante l'adozione in casi particolari in seguito a una valutazione in concreto del miglior interesse del minore.

La pronuncia non è una mera (ri)conferma del diritto vivente, ma presenta dei caratteri peculiari. Anzitutto, si contraddistingue per un continuo tentativo di raggiungere un equilibrio tra l'esigenza di garantire i diritti del minore riconoscendo il suo legame con il genitore intenzionale da una parte e la salvaguardia di principi, quale la dignità della donna e la tutela delle relazioni umane, ritenuti integrare la nozione di ordine pubblico dall'altra. In quest'ottica, è apprezzabile l'approccio dichiarato – e mai esplicitato nelle precedenti sentenze – ossia di trattare una questione che riguarda «persone concrete»<sup>5</sup>, muovendo così da una prospettiva che è propria del principio personalista<sup>6</sup>. Pur mantenendo un giudizio negativo sulla pratica della gestazione per altri, l'intero *iter* argomentativo è permeato dal tentativo di partire dal «basso»<sup>7</sup>, dalla concretezza della persona e delle sue relazioni. Ciò conduce alla valorizzazione della partecipazione del genitore intenzionale al progetto genitoriale e del suo legame con il minore, senza tacere i possibili problemi e criticità. Tale

<sup>1</sup> Nel presente scritto si preferisce ricorrere al termine *gestazione per altri* in quanto in grado di restituire in modo neutrale l'oggettività di tale pratica. In dottrina B. PEZZINI, *Nascere da corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017, 194 sostiene che sarebbe più opportuno utilizzare l'espressione *gravidanza per altri*.

Il riferimento all'espressione *maternità surrogata* è mantenuto per le citazioni dirette.

<sup>2</sup> Cass., sez. un. civ., sent. 8 maggio 2019, n. 12193. La pronuncia è stata ampiamente commentata in dottrina. Cfr. *ex multis* U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 4/2019, 737 ss.; G. FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 4/2019, 815 ss.

<sup>3</sup> Sul punto, si rimanda al paragrafo n. 2 del presente contributo.

<sup>4</sup> Senza pretesa di esaustività, sul tema della gestazione per altri, oltre alla bibliografia citata nel presente contributo, si rimanda ad A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino, Giappichelli, 2022; F. ANGIOLINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione tra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; M. CAIELLI - B. PEZZINI - A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, CIRSD-Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere, 2019.

<sup>5</sup> Punto 2 dei *Motivi della decisione* della sentenza in commento.

<sup>6</sup> Cfr. E. LAMARQUE, *The Italian Constitution: a personalist Constitution*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 2/2022, 398 ss.

<sup>7</sup> Si riprende l'espressione utilizzata da P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007, 7 con la quale l'Autore intende «un'impostazione assai attenta alla concreta e complessa dinamica delle fattispecie che reclamano adeguate risposte legislative e giurisprudenziali [...]. Si tratta di un percorso che pone al suo centro una visione [...] concreta della persona e del personalismo, dando primario rilievo ai fatti in cui la prima è coinvolta».

approccio permette al Collegio di riaffermare inequivocabilmente che una valutazione negativa dell'interesse del minore non possa fondarsi sull'orientamento sessuale dei richiedenti, non incidendo tale caratteristica sulla idoneità ad assumere la responsabilità genitoriale<sup>8</sup>.

Oltre alla ricerca di tale equilibrio tra i vari valori in gioco, la sentenza si caratterizza anche per la consapevolezza di inserirsi in un ricco quadro giurisprudenziale e di soluzioni raggiunte. Le Sezioni Unite, riconoscendo la complessità della materia e altresì la ponderosità del proprio ruolo, cercano di completare, a legislazione vigente, quanto iniziato dalla Corte costituzionale nella sentenza del 9 marzo 2021, n. 33<sup>9</sup>. Ed è proprio su quest'aspetto che emergono dei profili interessanti. Infatti, il tentativo di porsi come anello di chiusura del dibattito sul tema conduce le Sezioni Unite a impostare un vero e proprio discorso sul metodo che il giudice deve adottare per la risoluzione dei casi concreti che affrontino il tema in questione. Tuttavia, tale obiettivo parrebbe non essere stato raggiunto pienamente. Pur rafforzando in via interpretativa la disciplina dell'adozione in casi particolari, la sentenza lascia alcuni interrogativi privi di soluzione. L'esercizio della funzione nomofilattica non ha portato a risolvere tutte le criticità che emergono e a regolare approfonditamente la materia.

Prima di esaminare la sentenza nella prospettiva dichiarata, occorre richiamare i fatti di causa e il quadro giuridico.

## 2. I fatti, il precedente, la sentenza della Corte costituzionale e il rinvio alle Sezioni Unite

La vicenda trae origine dal ricorso alla gestazione per altri effettuata in Canada da parte di due cittadini italiani uniti civilmente nel 2015. Nell'atto di nascita era indicato unicamente il genitore biologico, senza alcun riferimento alla gestante, né al genitore intenzionale, il quale è stato iscritto nell'atto solo in seguito alla sentenza della Corte Suprema della *British Columbia*, la quale ha disposto che entrambi i ricorrenti dovessero comparire come genitori del minore.

A fronte del rifiuto dell'ufficiale di stato civile italiano del comune di Verona di trascrivere integralmente l'atto, indicando i due uomini come padri del minore, i due genitori richiedevano la delibazione della sentenza ai sensi dell'art. 67 della legge n. 218 del 1995. La Corte d'appello di Venezia accoglieva la domanda dei ricorrenti. A sostegno della propria decisione, i giudici d'appello asserivano che il divieto di gestazione per altri posto

<sup>8</sup> Tale tesi era già stata sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità nelle pronunce Cass., sez. I civ., 22 giugno 2016, n. 12962 e soprattutto Cass., sez. un. civ., sent. 31 marzo 2021, n. 9006. Sul punto le Sezioni Unite hanno riportato gli approdi delle giurisprudenze delle Corti sovranazionali. Oltre alla sentenza della Corte Edu *D. B. c. Svizzera* di cui si tratterà nel paragrafo 4, sono richiamate anche le pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea. In particolare, Corte giust., sent. 9-06-2018, causa C-673/2016 e Corte giust., sent. 14-12-2020, causa C-490/2020.

<sup>9</sup> Sul punto si veda E. FRONTONI, *L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2/2021. Critica contro la soluzione adottata G. BARCELLONA, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3/2021, 59 ss.

dall'art. 12 co. 6 della legge n. 40 del 19 febbraio 2004 non esprimesse un principio integrante la nozione di ordine pubblico internazionale, impedendo così la delibazione della sentenza. Al contrario, l'inclusione dei *bests interests* del minore nel novero dei principi configuranti l'ordine pubblico internazionale imponeva di assicurare al bambino la conservazione dello *status* legittimamente acquisito all'estero<sup>10</sup>. Contro tale decisione, il Ministero dell'Interno e il Sindaco, in qualità di ufficiale dello stato civile, proponevano ricorso in Cassazione.

La prima sezione civile rimetteva la questione alla Corte costituzionale<sup>11</sup>, dubitando della legittimità costituzionale del diritto vigente affermatosi dopo la pronuncia delle Sezioni Unite. Nel 2019, il massimo consesso della Corte di cassazione aveva affermato l'impossibilità della trascrizione del rapporto di filiazione tra il minore nato all'estero mediante gestazione per altri e il genitore non legato biologicamente, dal momento che ciò si poneva in contrasto con l'ordine pubblico. A parere dei giudici, quest'ultimo si componeva non solo dei principi costituzionali, europei e internazionali, ma anche di quei principi incorporati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché delle interpretazioni fornite dalla giurisprudenza ordinaria e costituzionale<sup>12</sup>. Da tale impostazione, discendeva che il divieto contenuto all'art. 12 della l. n. 40/2004, tutelante la dignità della donna, integrasse tale nozione così da impedire il recepimento del riconoscimento del genitore intenzionale. Tale legame, però, poteva (e doveva) essere valorizzato mediante lo strumento legislativamente previsto dell'adozione in casi particolari previsto art. 44, comma 1, lett. d) dalla legge n. 184 del 1983<sup>13</sup>.

Nello stesso anno, tuttavia, la Corte Edu aveva emesso il suo primo parere consultivo reso sulla base del Protocollo n. 16<sup>14</sup>. Interrogata dalla Corte di cassazione francese, la Corte di Strasburgo aveva ritenuto che, pur rimanendo nel margine di apprezzamento di ciascun Stato membro la possibilità di negare la diretta trascrizione dell'atto di nascita di un minore nato all'estero mediante gestazione per altri, non era ammissibile una mancanza di tutela nei confronti della vita privata del bambino. Compito dello Stato, perciò, era di predisporre un meccanismo effettivo, alternativo alla trascrizione, di riconoscimento del legame tra il genitore intenzionale e il minore. Secondo la Corte di Strasburgo, l'adozione da parte del genitore non biologico poteva essere ritenuta un valido *iter* percorribile purché si ottenesse una decisione in tempi rapidi in grado di non lasciare il minore per un lungo tempo in una situazione di incertezza giuridica.

Proprio in base a tale orientamento, la prima sezione della Corte di cassazione riteneva superati due profili della sent. n. 12913/2019: l'attribuzione *a priori* della prevalenza del

<sup>10</sup> Appello Venezia, ord. 16 luglio 2018.

<sup>11</sup> Cass., sez. I civ., ord. 29 aprile 2020, n. 8325.

<sup>12</sup> Per un'analisi della nozione di ordine pubblico nella recente giurisprudenza di legittimità si veda M. TESCARO, *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3/2021, 41 ss.

<sup>13</sup> Sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'adozione in casi particolari si rimanda a G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, n. 1/2017, 111 ss.; C. TROISI, *Dall'adozione in casi particolari alla tutela della coppia omoaffettiva*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, n. 2/2017, 578.

<sup>14</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 10 aprile 2019 (Advisory opinion Requested no P16-2018-001).

divieto di gestazione per altri sul miglior interesse del minore e l'inadeguatezza dell'istituto dell'adozione in casi particolari nel garantire una tutela celere ed effettiva. La prima sezione sollevava così questione di legittimità costituzionale del divieto di maternità surrogata in combinato disposto con le norme di diritto privato internazionale nella parte in cui non consentivano, secondo l'interpretazione del diritto vivente, la delibazione del provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri del genitore d'intenzione per contrasto con l'ordine pubblico<sup>15</sup>.

La questione era dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale con sent. n. 33/2021<sup>16</sup>. Secondo i giudici costituzionali, il perseguimento del migliore interesse del minore non poteva imporsi automaticamente rispetto a ogni altro interesse in gioco, pena la configurazione di un «diritto tiranno»<sup>17</sup>, ma doveva essere bilanciato con lo scopo legittimo perseguito dal legislatore, cioè quello di disincentivare il ricorso alla gestazione per altri. La soluzione proposta dal primo parere della Corte Edu, ossia un meccanismo alternativo rapido ed efficace, quale l'adozione, rappresentava un'equilibrata soluzione conforme ai principi costituzionali. In tal modo, infatti, si tutelava e valorizzava in concreto il legame con il genitore che, seppur non legato biologicamente, nei fatti aveva sempre accudito e cresciuto il minore e al contempo si manteneva il disvalore della gestazione per altri, pratica che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»<sup>18</sup>. In quest'ottica, la Corte costituzionale giudicava, però, inadeguata la disciplina dell'adozione in casi particolari, evidenziando i due punti critici di tale istituto rispetto ai parametri costituzionali e sovranazionali: l'assenza di legame con la famiglia dell'adottante e il necessario consenso del genitore biologico per il perfezionamento della procedura. La Corte riteneva che in prima battuta il compito della ridefinizione della materia spettasse al legislatore, precludendo a un proprio successivo intervento in caso di prolungata inerzia<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Nello specifico, l'ordinanza era sollevata per contrasto della normativa con gli artt. 2, 3, 30, 31 Cost., art. 117 Cost., comma 1, quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite sui diritti dei minori, ratificata in Italia con l. 176/1991 e all'art. 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

<sup>16</sup> Si rimanda alla nota n. 9. Nella medesima giornata, è stata depositata anche la sentenza n. 32/2021 riguardante la tutela del minore nato da due donne in seguito a una procedura di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Pur sussistendo alcune differenze nell'impianto argomentativo tra le sentenze nn. 32 e 33, esse giungono a un medesimo risultato seppur con toni differenti. Cfr. G. D'AMICO, *La Corte e il "non detto". Riflessioni a partire dalle sent. n. 32 e n. 33 del 2021*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 4/2021, 930. Per un'analisi della sentenza n. 32/2021 si veda S. CECCHINI, *Un caso di effettività perduta: la legge n. 40/2004 e la doppia maternità*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 4/2021, 355 ss. Più ampiamente sul tema della doppia genitorialità femminile in senso critico E. BILOTTI, *La Corte costituzionale e la doppia maternità*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 3/2021, 430 ss.

<sup>17</sup> Il riferimento, peraltro riportato nelle motivazioni, è alla sentenza della Corte cost., n. 85/2013. Sulla possibile configurazione dei *best interests* come diritto tiranno si veda E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2016, spec. 77 ss.

<sup>18</sup> Così Corte cost., sent. n. 272/2017, considerato in diritto 4.2.

<sup>19</sup> Il ricorso a una sentenza monito è ritenuto il modello corretto da A. D'ALOIA, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3/2021, 74-75 il quale però ha sottolineato come tale tipologia di pronuncia non produca gli effetti sperati a causa della mancata collaborazione da parte del legislatore. Critico, invece, P. VERONESI, *Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: i casi di cui alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3/2021, 502-504. Sulla scelta di tale tipologia di sentenza tra le diverse tecniche decisorie si veda E. LAMARQUE – G. MINGARDO, *Gestazione per altri e best interests*



Alla luce di tale pronuncia, la prima sezione civile rimetteva in base all'art. 374 co. 2 c.p.c. la questione alle Sezioni Unite<sup>20</sup>. Partendo dal presupposto che la sentenza della Corte costituzionale avesse smentito la soluzione adottata dalle Sezioni Unite nel 2019, l'ordinanza di rimessione investiva il Collegio della necessità di una innovativa interpretazione in sostituzione della precedente. A parere dei giudici, il rinvio si imponeva come obbligatorio a fronte del mancato intervento del legislatore e a tal proposito la prima sezione proponeva una possibile interpretazione a legislazione vigente: la valutazione da parte del giudice, nel giudizio di delibazione, della singola situazione concreta. In questa prospettiva, non sarebbe stato possibile opporre una contrarietà all'ordine pubblico, qualora l'accordo fosse stato il risultato di una libera volontà della gestante non determinata da necessità economiche; fosse stata prevista la revocabilità del consenso fino alla nascita del bambino; vi fosse stato l'apporto genetico di almeno uno dei due genitori e fosse stata operata una valutazione in concreto degli effetti dell'eventuale diniego del riconoscimento sugli interessi in conflitto.

### 3. *Vademecum* per gli interpreti (giudici e non solo)

Richiamati i precedenti giurisprudenziali e le vicende processuali, occorre aggiungere e chiarire un ulteriore elemento. Dopo la sentenza della Corte costituzionale, alcuni giudici di merito avevano trascritto l'atto di nascita formatosi all'estero sulla base del mancato intervento del legislatore. È il caso del Tribunale di Milano che nell'ordinanza del 23 settembre 2021<sup>21</sup> ha ordinato all'Ufficiale dello Stato civile la trascrizione integrale del certificato di nascita riportante i due padri come genitori del minore nato in California in seguito alla gestazione per altri. Il Tribunale ha ritenuto che la trascrizione dell'atto di nascita fosse il mezzo più idoneo per garantire piena tutela ai diritti del minore, considerando compito del giudice reperire la soluzione più idonea al caso concreto in attesa dell'intervento del legislatore. Un caso diametralmente opposto dal punto di vista del fatto, ma con un analogo esito è stato analizzato dal Tribunale di Bari con decreto del 7 settembre 2022<sup>22</sup>. Nel caso di specie, infatti, non si trattava di attribuire uno *status* al minore nato all'estero da gestazione per altri da due madri, ma di accogliere la richiesta di cancellazione del nominativo della madre intenzionale dal certificato di nascita trascritto dall'ufficiale di stato civile nel 2018<sup>23</sup>, privando così la minore di *status* di cui aveva goduto per tre anni. Il Tribunale di Bari, giudicando che l'intervento della Corte costituzionale avesse superato l'interpretazione delle Sezioni Unite del 2019, ha ritenuto che a fronte dell'inerzia del

---

of the child. *La prospettiva della Corte costituzionale italiana*, in F. PESCE (a cura di), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 134-138.

<sup>20</sup> Cass., sez. I civ., ord. 21 gennaio 2022, n. 1842.

<sup>21</sup> Tribunale di Milano, ord. del 23 settembre 2021 in *Foro italiano*, I, 294, 2022.

<sup>22</sup> Tribunale di Bari, decr. del 7 settembre 2022 consultabile al sito [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

<sup>23</sup> Il ricorso era stato promosso dal Procuratore della Repubblica su istanza dei nonni della minore in seguito alla separazione tra la madre genetica e la madre intenzionale. Al ricorso si era unito il successivo intervento adesivo della madre genetica e del curatore speciale della bambina.

legislatore, il vuoto legislativo dovesse essere superato dal giudice del caso concreto mediante una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 8 della l. n. 40/2004. Per tale motivo, affermava di non dover procedere alla cancellazione del nominativo della madre intenzionale in quanto non corrispondente al miglior interesse della minore, la quale sarebbe stata privata di un legame oramai instaurato.

Su tale piano interpretativo, si è mossa anche la prima sezione civile nell'ordinanza di rinvio alle Sezioni Unite. L'assunto di partenza era che si fosse verificato un vuoto normativo in seguito alla denuncia dell'inidoneità dell'adozione in casi particolari da parte della Corte costituzionale. In particolare, la sent. n. 33/2021 è stata considerata una decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata<sup>24</sup>, analoga per quanto riguarda gli effetti alle sentenze interpretative di rigetto. I principi in essa contenuti, perciò, pur non essendo vincolanti per l'interprete, potevano divenire parametri per giungere a una possibile interpretazione conforme.

La prima sezione, partendo dai presupposti indicati, arrivava a una soluzione interpretativa che oltrepassava le argomentazioni stesse della Corte costituzionale, proponendo una possibile trascrizione a determinate condizioni dell'atto di nascita e reintroducendo così una modalità di riconoscimento del vincolo di filiazione con il genitore non biologico ritenuta in precedenza non idonea. Tuttavia, dalle motivazioni della Corte costituzionale emergevano chiaramente non solo l'intenzione di prefigurare un secondo intervento in senso demolitorio, in caso di perdurante inerzia del legislatore, ma anche la netta presa di posizione contro tutte le forme di gestazione per altri<sup>25</sup>. Inoltre, il netto sfavore per il riconoscimento mediante trascrizione del vincolo di filiazione tra il genitore intenzionale e il minore nato da *qualsiasi* forma di gestazione per altri risulta anche comparando la sent. n. 33/2021 alla sentenza gemella del 9 marzo 2021, n. 32. Se nella prima i toni erano tali da escludere inequivocabilmente la trascrizione, nella seconda i giudici costituzionali lasciavano alla discrezionalità del legislatore la possibilità di tutelare il minore figlio di due donne lesbiche secondo lo strumento ritenuto più idoneo, senza però esprimere un disvalore della pratica<sup>26</sup>. Ciò ha condotto la stessa giurisprudenza di legittimità ad ammettere la trascrizione dell'atto di nascita del minore nato all'estero da una coppia di due donne<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Definite altresì «pronunce inammissibilità con accertamento di incostituzionalità» da R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, Giuffrè 1993, 80.

<sup>25</sup> Cfr. E. LAMARQUE – G. MINGARDO, *Gestazione per altri e best interests of the child. La prospettiva della Corte costituzionale italiana*, cit., 124.

<sup>26</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 230/2020 in cui la Corte costituzionale ha ritenuto «il riconoscimento della omogenitorialità, all'interno di un rapporto tra due donne unite civilmente, non è imposto dagli evocati precetti costituzionali, vero è anche che tali parametri neppure sono chiusi a soluzioni di segno diverso, in base alle valutazioni che il legislatore potrà dare alla fenomenologia considerata».

<sup>27</sup> Cfr. Cass., sez. I civ., sent. 23 agosto 2021, n. 23319. Sul punto, occorre sottolineare come differente sia la tutela per il minore figlio di due donne, concepito all'estero mediante tecniche di procreazione medicalmente assistita, ma nato in Italia. In questo caso, infatti, la giurisprudenza di legittimità è ferma nel ritenere non possibile l'iscrizione nel certificato di nascita il nominativo della madre che non abbia partorito il minore. Cfr., sul punto, le ultime sentenze Cass., sez. I civ., ord. 16 febbraio 2022, n. 6383; Cass., sez. I civ., sent. 7 marzo 2022, n. 7413; Cass., sez. I civ., sent. 23 agosto 2021, nn. 23320 e 23321. Nella giurisprudenza di merito, conformemente Tribunale di Arezzo, decr. del 10 novembre 2022; *contra* Tribunale di Taranto, decr. del 31 maggio 2022.

In questo quadro, le Sezioni Unite forniscono – opportunamente – un ridimensionamento rispetto alle interpretazioni (forzate) del testo e degli effetti della sentenza della Corte costituzionale. In prima battuta, chiariscono che non vi è alcun vuoto normativo dal momento che la sent. n. 33/2021, pur ravvisando un’insufficienza di tutela nello strumento dell’adozione in casi particolari, non ha disposto alcun intervento demolitorio. Bensì ha lasciato alla discrezionalità del legislatore la configurazione di uno strumento più rispettoso dei diritti fondamentali del minore coinvolto<sup>28</sup>.

Intervenendo sul punto, le Sezioni Unite esprimono una sorta di *vademecum* per l’interprete mediante una vera e propria nota di metodo: l’inerzia del parlamento non può condurre il giudice a ricercare delle soluzioni che innovano l’ordinamento mediante la creazione di nuove regole tali da sostituirsi al potere legislativo. A parere dei giudici, ciò non smentisce, ma rafforza la posizione espressa dalla Corte costituzionale nella sentenza del 26 settembre 1998, n. 347 ripresa nell’ordinanza di rinvio, secondo la quale «[l’]individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore. Tuttavia, nell’attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l’interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali»<sup>29</sup>. Il Collegio ricorda infatti che la giurisprudenza non è fonte del diritto e che al giudice è richiesto un atteggiamento prudenziale in grado di cogliere la complessità e l’evoluzione della società, in linea con quello che è il proprio compito ossia «[...] ricercare nel complessivo sistema normativo l’interpretazione idonea ad assicurare, nel caso concreto, la protezione dei beni costituzionali implicati [...]»<sup>30</sup>. Inoltre, per i giudici le evoluzioni e gli approdi giurisprudenziali non sono il frutto di improvvisi *revirement*; di converso rappresentano l’esito di un lento e costante dialogo con i precedenti, con le altre Corti e con la cultura giuridica.

Dopo aver delineato il quadro teorico, le Sezioni Unite offrono anche un’applicazione pratica, rendendo in tal modo la pronuncia una sorta di prosecuzione dell’operato della Corte costituzionale. Come si è già avuto modo di dire, quest’ultima aveva fortemente caldeggiato l’intervento del legislatore, preannunciando in sua assenza un proprio intervento. Era possibile, perciò, dedurre implicitamente dalla motivazione l’invito al giudice comune a sollevare la questione di legittimità costituzionale della disciplina dell’adozione in casi particolari. Ciò è avvenuto con la successiva sentenza del 28 marzo 2022, n. 79, in cui la Corte costituzionale ha dichiarato non conforme a Costituzione la mancata costituzione del vincolo di parentela tra l’adottando e la famiglia dell’adottante nell’adozione in casi particolari<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Tale discrasia era stata rilevata, così come riportato nella motivazione della decisione, anche nell’intervento conclusivo della Procura generale. Il testo integrale delle conclusioni della Procura generale è reperibile al sito web [www.procuracassazione.it](http://www.procuracassazione.it).

<sup>29</sup> Corte cost., sent. n. 347/1998, punto n. 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>30</sup> Paragrafo 7 dei *Motivi della decisione* della sentenza in commento.

<sup>31</sup> Corte cost., sent. 79/2022. Sull’intersezione tra le conseguenze della sentenza n. 79/2022 e i nati da gestazione per altri, si veda M. CINQUE, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*,



La motivazione della sentenza in esame procede proprio in questa direzione. Le Sezioni Unite ricordano ai giudici, e più in generale agli interpreti, gli strumenti a disposizione per poter tutelare i diritti fondamentali senza eccedere i propri poteri: oltre alla rimessione della questione di costituzionalità, la possibilità dell'interpretazione costituzionalmente conforme. Ed è proprio questa via a essere percorsa, essendo preclusa nel caso concreto la via incidentale di costituzionalità<sup>32</sup>. Il punto critico rimanente dell'adozione in casi particolari da superare era il necessario assenso del genitore biologico, requisito che poteva costituire un ostacolo al riconoscimento del genitore intenzionale qualora fosse sopravvenuta una separazione tra i due genitori. Sul punto, le Sezioni Unite richiamano la lettura restrittiva a cui era già pervenuta la giurisprudenza di legittimità<sup>33</sup>: il dissenso è appannaggio di chi esercita effettivamente i propri compiti parentali nei confronti del minore, non di coloro che siano meri titolari della responsabilità genitoriale. Il Collegio ritiene quindi che il dissenso espresso dal genitore biologico non possa essere espressione di una mera volontà potestativa, ma debba essere collocato in una dimensione funzionale. Il genitore intenzionale, infatti, si è assunto la co-responsabilità di un progetto procreativo in linea con la legge del luogo e ha esercitato un rapporto di cura e affetto con il minore. In questo senso, perciò, il mancato assenso deve essere valutato alla luce dell'interesse del minore e non potrà essere opposto qualora abbia l'effetto di sacrificare uno dei due rapporti all'interno della famiglia in cui è cresciuto. Così facendo, il dissenso non può essere né appannaggio alla pura discrezionalità del genitore biologico, né può essere giustificato da una separazione della coppia. Residuano delle eccezioni all'impostazione delineata: il dissenso del genitore biologico può essere ostativo al riconoscimento del genitore intenzionale ogni qualvolta che questo non abbia intrattenuto alcun rapporto con il minore oppure pur avendo partecipato al progetto di procreazione abbia poi abbandonato il bambino e il partner.

La soluzione adottata permette dunque di ricondurre il meccanismo dell'adozione in casi particolari nel solco tracciato dalla giurisprudenza costituzionale e sovranazionale, rispettando al contempo la discrezionalità legislativa<sup>34</sup>. Ciononostante, tale impostazione potrebbe rischiare di essere una tutela 'a metà', rappresentando così una fragilità della pronuncia in esame. Non solo gli effetti di una sentenza monito non sono illustrati analiticamente, soprattutto con riguardo al rapporto tra i giudici, il legislatore e la Corte

---

in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 5/2022, 1013 ss. Critica sul punto G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Questione Giustizia*, 07 giugno 2022.

<sup>32</sup> Nel caso di specie sarebbe mancato il requisito della rilevanza dal momento che la domanda giudiziale di adozione in casi particolari non era stata posta nei gradi precedenti.

<sup>33</sup> A tal proposito il Collegio cita Cass., sez. I civ., sent. 21 settembre 2015, n. 18575 e Cass., sez. I civ., 16 luglio 2018, n. 18827. Su quest'ultima decisione si veda il commento di J. LONG, *Adozione in casi particolari e dissenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1/2019, 9 ss.

<sup>34</sup> L'indicazione delle Sezioni Unite di procedere con l'interpretazione conforme piuttosto che sollevare una questione di legittimità costituzionale è stata critica da E. LAMARQUE, *Diritti fondamentali della persona di minore età e best interests of the child*, in *Giustizia insieme*, 6 febbraio 2023. L'Autrice ritiene che in un successivo e futuro giudizio, a fronte del dissenso del genitore biologico il giudice di merito non potrà procedere con l'interpretazione fornita in quanto si tratterebbe, dato il tenore letterale della disposizione, di una disapplicazione della norma nel caso concreto. Il giudice, invece, dovrà attivare un nuovo incidente di costituzionalità per ottenere una manipolazione del testo da parte della Corte costituzionale.

costituzionale, ma lo stesso esercizio dell'attività nomofilattica non conduce le Sezioni Unite a includere nel principio di diritto l'impostazione interpretativa delineata in merito al mancato assenso del genitore biologico, ridimensionandone così la portata. In tal modo, il giudice di primo e secondo grado è ancor più libero di discostarsi da tale interpretazione con il rischio di una tutela della stessa situazione di fatto differente nei vari uffici giudiziari. Tale scenario dovrebbe essere scongiurato proprio dalla lettura congiunta della sent. n. 33/2021 della Corte costituzionale e della sentenza in esame: qualora un giudice di merito ritenga di non poter superare il tenore della legge è tenuto a sollevare questione di legittimità in riferimento al diritto vivente, fornendo così la possibilità alla Corte costituzionale di intervenire con una pronuncia interpretativa che confermi la soluzione adottata dalla Corte di cassazione.

### 3.1. L'uso parziale della giurisprudenza Cedu

Un ulteriore elemento di fragilità dell'opzione interpretativa deriva anche dall'uso della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Dalle argomentazioni poste, parrebbe emergere che il Collegio abbia considerato più gli attori interni (giudici comuni, legislatore e Corte costituzionale) che gli attori sovranazionali, nello specifico la Corte Edu. La giurisprudenza di quest'ultima, infatti, è poco citata e relegata nella parte finale dell'argomentazione con il fine di legittimare l'impianto operativo.

In questo contesto, appare curiosa la scelta dei precedenti giurisprudenziali: è citata ben quattro volte la recente sentenza *D. B. e altri c. Svizzera*<sup>35</sup> e una sola volta il caso *D. c. Francia*<sup>36</sup>. La prima pronuncia riguarda la condanna della Svizzera per la mancata previsione, per un prolungato periodo di tempo, di un meccanismo di riconoscimento del vincolo di filiazione tra il genitore intenzionale e il minore nato da gestazione per altri in Canada. L'elemento distintivo rispetto alla precedente giurisprudenza sovranazionale risiede nel fatto che i due genitori in questione erano una coppia omosessuale unita civilmente. La Corte di Strasburgo ha sottomesso la risoluzione del caso ai principi generali già delineati in materia, ritenendo che l'orientamento sessuale dei genitori non dovesse essere il criterio con cui valutare il miglior interesse del minore. Nello specifico, la Corte ha affermato la violazione del diritto alla vita privata del minore dal momento che il genitore intenzionale aveva potuto riconoscere tale vincolo nel 2018 con l'entrata in vigore dell'adozione del figlio del partner, sette anni dopo la nascita.

Indubbiamente, alla base della scelta di tale pronuncia, vi è la similitudine intercorrente tra i fatti della sentenza Edu e quelli delle Sezioni Unite, entrambe riguardanti una coppia omosessuale. Tuttavia, la scelta è alquanto singolare dal momento che da un lato la sentenza Edu non era divenuta ancora definitiva, non essendo ancora trascorsi i termini per il passaggio

<sup>35</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 novembre 2022, *D. B. e altri c. Svizzera*. Per un commento della sentenza si rinvia a G. MINGARDO, *Gli effetti del parere consultivo verso uno Stato non aderente al Protocollo n. 16 (a margine di D. B. e altri c. Svizzera)*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2023, 203 ss.

<sup>36</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 luglio 2020, *D. c. Francia*.

in giudicato della decisione, dall'altro lato era successiva alla camera di consiglio della sentenza in esame, tenutasi l'8 novembre 2022. Se lo scopo era quello di confermare l'impianto argomentativo successivamente alla decisione del dispositivo, si sarebbe potuto fare riferimento anche alla sentenza *K. K. e altri c. Danimarca*<sup>37</sup> di poco successiva a *D. B. e altri c. Svizzera*. In quella sentenza, infatti, nonostante la legislazione danese prevedesse diversi strumenti di tutela nei confronti del minore<sup>38</sup>, la Corte di Strasburgo aveva condannato la Danimarca per violazione della vita privata del minore nato da gestazione per altri all'estero a causa del rifiuto delle autorità di procedere con l'adozione. Oltre all'adozione, il diritto interno non prevedeva altre possibilità di riconoscimento del rapporto di filiazione tra la madre intenzionale e il minore. Fermo restando la 'debolezza' delle sentenze non definitive, suscettibili di una possibile riforma da parte della Grande Camera, la scelta di questa pronuncia, i.e. *K. K. e altri c. Danimarca*, avrebbe rafforzato l'interpretazione fornita dalle Sezioni Unite per superare gli ostacoli presenti nell'adozione in casi particolari, spostando il *focus* dalla genitorialità omosessuale alla necessaria tutela del minore, vero e proprio fulcro della questione. In tal modo, si sarebbe potuto rimarcare ulteriormente come l'adozione in casi particolari sia da considerare l'unico istituto in grado di fornire una tutela piena ed effettiva, alternativa alla trascrizione, a patto che si superi l'ostacolo dell'assenso del genitore intenzionale mediante l'interpretazione fornita.

Il secondo caso citato nella sentenza in esame è *D. c. Francia*, in cui la Corte Edu ha giudicato la possibilità dell'adozione piena del figlio del coniuge, prevista dall'ordinamento francese, conforme ai principi espressi nel proprio parere, dal momento che tale procedura garantiva una tutela effettiva e celere. Il governo francese, infatti, aveva dimostrato nel corso del giudizio che, oltre alla parificazione per quanto riguarda gli effetti dell'adozione piena alla trascrizione dell'atto, la procedura si concludeva in un tempo medio di quattro mesi.

Alla base di tale sentenza - come d'altronde delle altre due pronunce appena riportate - vi è il primo parere consultivo reso dalla Grande Camera nel 2019. Ciononostante, nessun riferimento a tale atto è presente nell'argomento della Cassazione. Se ciò può essere dovuto alla mancata ratifica del Protocollo n. 16 da parte dell'Italia, le Sezioni Unite non hanno seguito la via interpretativa intrapresa sul punto dalla Corte costituzionale. Quest'ultima, infatti, ha voluto considerare i principi espressi nel parere, ritenendo che fossero vincolanti dal momento che erano confluiti nella giurisprudenza successiva della Corte di Strasburgo<sup>39</sup>. Una valorizzazione di tale atto e dei principi in esso contenuti avrebbe permesso un maggior sostegno alla tesi sostenuta, rafforzando ulteriormente l'interpretazione fornita. Inoltre,

<sup>37</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 dicembre 2022, *K. K. e altri c. Danimarca*.

<sup>38</sup> La madre intenzionale aveva ottenuto l'affidamento condiviso con il padre biologico e, secondo la legge danese, in caso di separazione legale, divorzio o morte del marito poteva mantenere l'affidamento. Inoltre, sarebbe stata in grado di nominare nel proprio testamento i bambini come eredi e ai fini dell'imposta di successione quest'ultimi sarebbero stati considerati come figli.

<sup>39</sup> In argomento E. ALBANESI, *Un parere della Corte EDU ex Protocollo n. 16 alla CEDU costituisce norma interposta per l'Italia, la quale non ha ratificato il Protocollo stesso?*, in *ConsultaOnline*, n. 1/2021, 223 ss. Più ampiamente sui rapporti tra Protocollo n. 16 e Corte costituzionale, dello stesso Autore ID, *Corte costituzionale e parere della Corte EDU tra questioni di principio e concretezza del giudizio costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021. Sull'efficacia indiretta del primo parere nei confronti dell'Italia si veda anche E. CRIVELLI, *Il contributo dei Protocolli nn. 15 e 16 Cedu al processo di riforma della Corte di Strasburgo*, Torino, Giappichelli, 2022, 106-110.

sfruttando la propria funzione nomofilattica, le Sezioni Unite avrebbero così 'blindato' la soluzione proposta, fornendo un ulteriore elemento di adesione per il giudice di merito.

#### 4. I nodi irrisolti. Mancano i suggerimenti al legislatore?

Residua un ultimo ambito tale per cui la sentenza manca l'obiettivo di porsi come un chiarimento definitivo sul tema.

Se è vero che l'intervento demolitorio della Corte costituzionale e quello interpretativo delle Sezioni Unite hanno superato i due ostacoli maggiori presenti nella disciplina delle adozioni in casi particolari, rimangono però ancora alcune criticità, segnalate e non risolte nella sentenza<sup>40</sup>.

I primi due punti critici sono questioni in cui l'elemento centrale è il *tempo*.

Anzitutto, riportando l'espressione di *D. B. c. Svizzera*, le Sezioni Unite ritengono che «il vincolo deve poter trovare riconoscimento al più tardi quando, secondo l'apprezzamento delle circostanze di ciascun caso, il legame tra il bambino e il genitore d'intenzione si è concretizzato»<sup>41</sup>. La formula, ripresa dalla giurisprudenza sovranazionale, indica il tempo massimo entro cui è necessario che vi sia il riconoscimento, senza fornire però indicazioni temporali precise<sup>42</sup>. La questione non è di poco conto visto che gli effetti dell'adozione si producono con la pronuncia della sentenza. L'esigenza di raggiungere un punto di equilibrio si impone anche dal momento che un tempo troppo dilatato lederebbe i diritti del minore, così come chiarito dalla giurisprudenza della Corte Edu, con la conseguenza di una violazione del diritto alla vita privata del minore e di una possibile condanna in sede sovranazionale dell'Italia.

In assenza di un'indicazione da parte della Cassazione e di un intervento chiarificatore del legislatore, a parere di chi scrive, un tempo indicativo potrebbe essere individuato mediante un'interpretazione sistematica della normativa in tema di adozione. A tal proposito, sembrerebbe opportuno prendere come parametro il tempo dell'affido preadottivo, pari a un anno, così come previsto dall'art. 25 della l. n. 184/1983. Infatti, la *ratio* della durata di tale istituto è di permettere al minore un adeguato e graduale inserimento nella famiglia adottiva e di instaurare un legame con i genitori adottivi, verificando al termine di tale periodo che l'adozione corrisponda alla miglior soluzione possibile per il minore<sup>43</sup>. Tale *ratio* è confermata sia dalla previsione dell'art. 23 della legge sulle adozioni

<sup>40</sup> La sentenza non prende in considerazione altri aspetti (potenzialmente) critici messi invece in luce dalla dottrina, quali la morte del genitore biologico, la sua sopravvenuta incapacità o la revoca dell'assenso prima della sentenza di adozione. Cfr. A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, cit., 220-221.

<sup>41</sup> Punto 12 dei *Motivi della decisione* della sentenza in commento.

<sup>42</sup> È ritenuta una «[...] formula oscura, che rischia di esporre il nostro ordinamento a condanne ove la concreta procedura giudiziale si protragga oltre un certo periodo [...]» da U. SALANITRO, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la prima sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata*, in *Il Corriere giuridico*, n. 7/2020, 915.

<sup>43</sup> G. CATTANEO, *Adozione*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, I, Torino, Utet, 1996, 94-131 «con l'affidamento preadottivo si apre un periodo di prova, nel corso del quale si può verificare se tra il minore e gli affidatari si instauri un armonico vincolo affettivo, tale da rendere opportuna l'adozione». Si riferisce all'affidamento preadottivo

che dispone la revoca dell'affidamento preadottivo in caso di «accertate difficoltà di idonea convivenza», sia dalla possibilità da parte del giudice di prorogare, in base allo stesso art. 25 co. 3, d'ufficio o su istanza dei coniugi tale tempo di un ulteriore anno nell'interesse del minore. Se nell'adozione legittimante l'affido preadottivo per un anno è stato ritenuto dal legislatore un tempo congruo, non è immaginabile nel caso di specie fissare in un tempo superiore il periodo entro cui ritenere concretizzato il vincolo affettivo e di cura tra il minore e il genitore intenzionale. La posizione del minore nato all'estero mediante gestazione per altri, infatti, non è assimilabile a quella del minore in affido preadottivo. Pur trattandosi di un minore che deve 'costruire' il proprio rapporto con il genitore non biologico, quest'ultimo, come dichiarato dalle stesse Sezioni Unite nella sentenza in esame, ha partecipato pienamente al progetto procreativo anche in assenza di un contributo biologico.

Fissare in un tempo superiore all'anno, quindi, il periodo in cui si è concretizzato il legame con il genitore intenzionale porrebbe il minore nato all'estero per mezzo della gestazione per altri in una posizione ben più gravosa rispetto alla situazione, più complessa e delicata, del minore dichiarato in stato di adottabilità. Il limite temporale ipotizzato è da considerarsi un parametro indicativo che può essere derogato dal giudice di merito qualora le particolarità del singolo caso concreto impongano, nell'interesse del minore, di considerare un tempo maggiore.

Un'ulteriore criticità legata al tempo è in riferimento alla durata del procedimento. Anche in questo caso, è la giurisprudenza della Corte Edu a richiedere che tale procedimento debba essere «rapido ed effettivo», così come ribadito anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33 del 2021. Considerato che a oggi le rilevazioni statistiche del Ministero della Giustizia non permettono di conoscere le tempistiche nazionali, nonché dei singoli Tribunali dei minorenni sui procedimenti di adozione in casi particolari<sup>44</sup>, anche in questo caso, la giurisprudenza Edu può essere richiamata per fornire un parametro servente come indicatore. Nella decisione *C. e E. c. Francia*<sup>45</sup>, così come riaffermato poi in *D. c. Francia*, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che non vi fosse violazione della Convenzione in merito alla durata del procedimento francese di adozione pari all'incirca a quattro mesi. L'indicazione proposta quindi può essere utilizzata dal giudice di merito per poter modulare al meglio i tempi del procedimento, fermo restando la competenza legislativa di innovare la materia e determinare requisiti e tempistiche.

Tuttavia, è la mancanza della previsione di uno strumento azionabile dall'adottando di costituzione del vincolo di filiazione con il genitore intenzionale a costituire il punto nevralgico della disciplina dell'adozione in casi particolari<sup>46</sup>. Il riferimento è al caso in cui, nonostante la partecipazione al progetto procreativo, il genitore intenzionale non voglia più

---

come un periodo di sperimentazione anche B. CHECCHINI, *art. 25*, in G. ROSA (a cura di), *Della Famiglia*, Utet, Milano, 2018 (2<sup>a</sup> ed.), 703.

<sup>44</sup> Sul sito del Ministero della Giustizia nella sezione statistiche sono riportati esclusivamente il numero delle domande dei differenti tipi di adozione suddivise per anni. Cfr. [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it). Sul punto, si veda A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, cit., 219 il quale quantifica i tempi del procedimento di adozione in casi particolari in un anno e mezzo.

<sup>45</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 19 novembre 2019, *C. e E. c. Francia*.

<sup>46</sup> Punto 12 dei *Motivi della decisione* della sentenza in commento.



procedere con l'adozione del minore, non costituendo così alcun vincolo giuridico. Se nella filiazione biologica il figlio non riconosciuto ha la possibilità di far dichiarare giudizialmente la paternità oppure la maternità, tale legittimazione attiva non è prevista nel novero delle facoltà dell'adottando.

La criticità è stata riconosciuta dalle Sezioni Unite, senza tuttavia essere affrontata. In questo caso, si sarebbe potuto seguire, a legislazione vigente, l'indicazione proveniente dalla dottrina di ricorrere come strumento rimediabile all'art. 279 c.c.<sup>47</sup>. Peculiarità di tale norma è di contemplare, previa autorizzazione del giudice ai sensi dell'art. 251 c.c., l'azione per l'accertamento in via incidentale del rapporto di filiazione senza però condurre alla costituzione formale del relativo *status*. La norma infatti riguardanti i figli cc.dd. irriconoscibili conferisce al curatore speciale del minore o al genitore esercente la responsabilità genitoriale<sup>48</sup> la possibilità di agire giudizialmente per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione in tutti quei casi in cui non possa proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità<sup>49</sup>.

Dando un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in questione sulla base degli artt. 30 e 31 Cost. in combinato disposto con l'art. 2 Cost., si è ritenuto che la norma sia applicabile ai casi di genitorialità anche non biologica<sup>50</sup>. In tal modo, si permetterebbe al minore di ottenere delle *garanzie minime* nei confronti del genitore intenzionale che pur avendo partecipato al progetto procreativo non voglia prendersi cura del minore, né procedere con l'adozione<sup>51</sup>. Tale soluzione interpretativa, non conducendo alla costituzione dello *status filiationis*, non è priva di criticità: il minore, infatti, non avrebbe diritto a vivere nella casa del genitore intenzionale<sup>52</sup>, né potrebbe acquisirne la cittadinanza<sup>53</sup> e gli sarebbero riconosciuti limitati diritti successori<sup>54</sup>.

L'analisi di tutte queste criticità mostra come la sentenza n. 38162/2022 sia stata (in parte) un'occasione mancata. Infatti, un'analisi più approfondita della disciplina dell'adozione in casi particolari e maggiormente motivata avrebbe permesso di circoscrivere con più efficacia i punti nevralgici perseguendo così due vantaggi: da una parte,

<sup>47</sup> M.V. PELLEGRINO, *Diritti patrimoniali nella filiazione non riconosciuta*, in *Comparazione e diritto civile*, n. 1/2017.

<sup>48</sup> A cui ai sensi dell'art. 279 co. 1 c.c. deve aggiungersi il figlio maggiorenne in stato di bisogno, il quale può agire per ottenere gli alimenti qualora sia venuto meno il diritto al mantenimento di cui all'art. 315 bis c.c.

<sup>49</sup> La norma è stata novellata in seguito alla riforma della filiazione operata dalla legge n. 219 del 10 dicembre 2012 e dal successivo decreto legislativo n. 154 del 28 dicembre 2013. Sulla portata della norma si veda M. VELLETTI, *Autorizzazione all'azione di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità*, in M. BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, Giuffrè, 2014, 79 ss. Per una disamina dell'evoluzione della disposizione si rimanda a G. CHIAPPETTA, *La «nuova categoria di figli non riconoscibili» e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.*, in *La cittadinanza europea*, n. 1/2021, 137-143.

<sup>50</sup> G. CHIAPPETTA, *La «nuova categoria di figli non riconoscibili» e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.*, cit., 143-145.

<sup>51</sup> In questo senso M.V. PELLEGRINO, *Diritti patrimoniali nella filiazione non riconosciuta*, cit.

<sup>52</sup> Così M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Rivista di diritto civile*, n. 1/2014, 20.

<sup>53</sup> U. SALANITRO, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la prima sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata*, cit., 381.

<sup>54</sup> In base agli artt. 580 e 594 c.c. i figli nati fuori dal matrimonio non riconoscibili hanno diritto a un assegno vitalizio commisurato all'ammontare della rendita della quota di eredità che gli sarebbe spettata se il rapporto fosse stato costituito. Cfr. S. TROIANO, *Diritto allo stato e figli "senza stato"*, ovvero *i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, in *Jus civile*, n. 5/2017, 247 nota 87 il quale segnala che l'assegno successorio, pur escludendo il figlio irriconoscibile dalla comunione ereditaria, può far acquisire, in ragione della sua natura vitalizia, un'incidenza sull'eredità maggiore rispetto a una successione a titolo di erede.

un'indicazione applicativa più chiara per i giudici di merito; dall'altra parte, un ulteriore suggerimento al legislatore sulla necessità di intervento sul tema<sup>55</sup>.

Al contrario, nonostante il passo in avanti, più che a una «sentenza-trattato»<sup>56</sup> in grado di regolare la materia in forza della funzione nomofilattica affrontando tutte le criticità che emergono, si porrebbe come un *vademecum* in grado di fornire delle linee guida, lasciando ancora una volta alla giurisprudenza, con le limitazioni messe in luce, il compito di sciogliere i nodi critici caso per caso.

---

<sup>55</sup> Tale esigenza non è ascrivibile alla sola disciplina dell'adozione in casi particolari, ma più in generale all'istituto dell'adozione così come segnalato da tempo in dottrina. Cfr. L. LENTI, *L'adozione e la Corte europea dei diritti dell'uomo. A proposito di Cass. 20954/2018*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1/2019, spec. 64. Altresì, A. FINESSI, *Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale e best interests of the child*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 6/2020, 1343. In ottica comparata, recentemente il legislatore francese ha introdotto una nuova normativa delle adozioni con la LOI n° 2022-219 del 21 febbraio 2022. Per un commento su tale legge si veda S. PRÉTOT, *En droit français, une réforme de l'adoption*, in *Famiglia*, n. 3/2022, 339 ss.

<sup>56</sup> Nonostante non sia una categoria dogmatica di elaborazione dottrinale, con tale espressione si è soliti indicare quelle sentenze che, astraendosi da una determinata disciplina, delineano compiutamente gli effetti o la disciplina di un determinato istituto. Tale espressione è stata usata in dottrina da E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, 191-192 per Cass., sez. un. civ., sent. n. 1946/2017 sugli effetti delle sentenze costituzionali additive di principio; M. CECCHETTI, *La Corte «in cattedra»! Una emblematica «sentenza-trattato» che si proietta ben oltre le contingenti vicende storiche della disciplina legislativa presa in esame*, in *Le Regioni*, n. 5/2011, 1064 ss. in riferimento a Corte cost., sent. n. 278/2010 sui punti nevralgici del giudizio di costituzionalità in via principale e le questioni del riparto di competenze tra Stato e Regioni.