

Adozione

Considerazioni introduttive su passato e futuro di un concetto giuridico

1. La società si nutre di miti (*mythos*, cioè pronuncia), vale a dire di storie che si assumono come vere e rivestite di una sorta di sacralità; o meglio: vere perché rivestite di una sorta di sacralità.

Caratteristica del mito è quello di coinvolgere emotivamente l'ascoltatore, che attraverso di esso acquisisce un'idea come principio-verità. Di qui una conseguenza: i miti non si discutono.

Anche i giuristi, nella loro opera di ordinamento della realtà sociale, si nutrono di miti. Lo ha magistralmente dimostrato alcuni anni or sono Paolo Grossi, in un'opera di grande fascino intellettuale ¹.

2. In questa sede si è chiamati ad indagare attorno alla “adozione” come “concetto giuridico”.

In via preliminare è interessante, a proposito di miti giuridici, che si parli di concetto e non di istituto giuridico, giacché la mitologia attiene al mondo dei concetti e non al complesso di norme positive che sistematicamente ed organicamente regolano una certa fattispecie.

La navigazione attorno ad un “concetto giuridico” qual è quello di adozione deve, come in un insidioso arcipelago, muoversi pericolosamente attraverso gli scogli sporgenti dall'acqua, per giungere bene a destinazione. Fuor di metafora, la navigazione deve manovrare razionalmente tra la mitologia che l'esperienza umana ha prodotto anche in rapporto all'adozione, facendo cadere quanto risponde a fantasia o irrealistica rappresentazione della realtà, e mantenendo salvo al contrario quanto invece attinge – per dirla con Benedetto XVI – la “ragione oggettiva che si manifesta nella natura” ².

Per quanto riguarda l'adozione, tre miti possono deviare il percorso di ricerca e di approfondimento.

3. Il primo è il mito del sangue. Si tratta, relativamente al tema che qui interessa, del mito più antico che, per quanto oggi meno sentito e diffuso, appaia talora riemergere

¹ P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, 2^a ed., Milano 2005.

² Cfr. Benedetto XVI, *Discorso al Parlamento Federale Tedesco*, Reichstag di Berlino 22 settembre 2011, il cui testo in italiano può leggersi in M. Cartabia – A. Simoncini (a cura di), *La legge di re Salomone. Ragione e diritto nei discorsi di Benedetto XVI*, con Prefazione di G. Napolitano, Milano 2013, p. 244 ss.

con una certa forza. In fondo, a ben discernere, è il mito che potrebbe fraintendersi come sotteso allo stesso antico brocardo secondo cui “*Adoptio naturam imitatur*”³.

Il mito del sangue è quello per cui i rapporti affettivi tra genitori e figli sono fondati sul sangue, sul rapporto biologico di discendenza-ascendenza.

In realtà l’esperienza storica dimostra più che ampiamente che, se ciò corrisponde all’ordinario svolgersi dei rapporti stessi, tuttavia non sempre e necessariamente è così: per i minori abbandonati il sangue non ha detto nulla; per i minori adottati e, quindi, sottratti all’abbandono, la mancanza del sangue non ha impedito che il tutto potesse dirsi.

4. Altro mito è quello dell’affetto o, meglio, dell’amore; quel mito, che come si è acutamente notato da Jean d’Ormesson, nella nostra età appare “destinato ad arricchire il cinema, la canzone e la letteratura e a diventare l’altro e vero oppio dei popoli”⁴.

Questo dell’amore è il mito assai moderno che insidia, oggi, l’intero istituto matrimoniale e familiare. È la fine dell’amore a giustificare il recesso dal negozio matrimoniale; è la sussistenza dell’amore che fa reclamare il riconoscimento come matrimonio di convivenze che tali non sono.

Ora è evidente che il matrimonio nasce ordinariamente per trasporto amoroso; altrettanto evidente è che i rapporti orizzontali e verticali nel matrimonio sono solitamente caratterizzati dall’amore. Ma l’*elementum amoris* – come direbbero i canonisti –, se è umanamente collante fondamentale della società domestica, è per altri versi giuridicamente irrilevante, giuridicamente sfuggente; non è quantificabile, misurabile, verificabile da parte del giudice⁵.

Tradizionalmente il diritto matrimoniale e di famiglia ha sempre evitato di riferirsi all’amore. A ben vedere, l’art. 143 cod. civ. richiede “solo”, tra i coniugi, fedeltà, assistenza morale e materiale, collaborazione nell’interesse della famiglia, coabitazione; non chiede che, reciprocamente, si vogliano bene. E parallelamente l’art. 147 cod. civ. non impone ai coniugi di amare i propri figli, ma solo di mantenerli, istruirli ed educarli, “tenendo conto delle capacità, dell’inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli” stessi⁶.

³ Sulle cui origini postclassiche del brocardo cfr. G. Branca, *Adozione (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano 1958, p. 581.

⁴ J. d’Ormesson, *A Dio piacendo*, tr. it., Milano 1975 p. 40 (ed. originaria francese *Au plaisir de Dieu*, Paris 1974).

⁵ Per approfondimenti sul piano filosofico-giuridico cfr. F. D’Agostino, *Sessualità, omosessualità e diritto*, in F. D’Agostino – G. Piana, *Io vi dichiaro marito e marito. Il dibattito sui diritti delle coppie omosessuali*, Cinisello Balsamo 2013, p. 135 ss.

⁶ Peraltro in dottrina vi è chi ha visto nel diritto all’assistenza morale di cui all’art. 315-bis cod. civ., di cui alla riforma della filiazione del 2012, un “diritto all’amore”: cfr. ad esempio C.M. Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, con la collaborazione di M. Bianca, Milano 2014, p. 775 s.

Anche in diritto canonico, dopo le temperie postconciliari prodotte da non bene interpretate espressioni del Vaticano II sull'amore coniugale ⁷, si è infine dovuto precisare che il *bonum coniugum* di cui al can. 1055 § 1 c.i.c. 1983, altro non è che quell'amore coniugale il quale si esprime nel volere il bene dell'altro, che entra a costituire l'oggetto del consenso matrimoniale ⁸, e che naturalmente nulla ha a che vedere con l'*amour passion* di cui alle famose pagine di Denis de Rougemont ⁹.

L'amore al presente giustifica metamorfosi estreme ed irrazionali della genitorialità: dalla adozione alle varie forme di procreazione medicalmente assistita. Ma anche qui, la mitologia può giungere a rendere precario il rapporto genitoriale: è figlio chi si ama, non chi si è generato; ma il vincolo genitoriale diviene esile, fino a rischiare di scomparire o di essere sostituito da altri rapporti, se l'amore viene meno.

5. Infine il mito, per certi aspetti il più insidioso ed oggi in assoluto il più diffuso, del "diritto al figlio", espressione di una più larga mitologia: quella della giuridificazione dei desideri. Secondo una dinamica che viene appalesandosi in più contesti dell'esperienza, il desiderio non rimane nell'ambito dei sentimenti, ma spinge al conseguimento di quanto bramato servendosi dello strumento dato dal diritto soggettivo. Ogni desiderio può assurgere a livello di diritto; ogni desiderio finisce per divenire un diritto e, soprattutto, un diritto forgiato e prescindere dagli altri ¹⁰.

A differenza di quanto accaduto nel passato, il positivismo giuridico sembra oggi celebrare i suoi trionfi non per mezzo dello Stato, ma per volontà dell'individuo.

Anche nel caso specifico dell'adozione, come si richiede ormai che *auctoritas, non veritas faciat matrimonium* ¹¹, specularmente sembra volersi riformulare il ricordato brocardo per cui si pretenderebbe che *natura adoptionem imitetur*. In questo senso l'opera dei legislatori appare talora devastante; ma più ancora devastante è quella di una giurisprudenza che pare non conoscere più limiti alla propria volontà di potenza

⁷ Il riferimento è, in particolare, alla costituzione pastorale sulla Chiesa nel mondo contemporaneo *Gaudium et spes*, § 49. Per un saggio dei dibattiti postconciliari in tema si vedano i vari contributi raccolti nel volume *L'amore coniugale*, in "Annali di dottrina e giurisprudenza canonica", direttore V. Fagiolo, vol. I, Città del Vaticano 1971; ma vedasi anche P.A. Bonnet, *L'essenza del matrimonio canonico. Contributo allo studio dell'amore coniugale. I – Il momento costitutivo del matrimonio*, Padova 1976.

⁸ In merito si vedano le belle riflessioni sul magistero pontificio di G. Ghirlanda, *L'amore coniugale dono dello Spirito e ministero per la Chiesa*, in G. Dalla Torre – C. Gullo – G. Boni (a cura di), "*Veritas non auctoritas facit legem*". *Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, Città del Vaticano 2012, p. 287 ss.

⁹ D. de Rougemont, *L'amore e l'Occidente*, tr. it., 2^a ed., Milano 1982 (ed. originario francese *L'amour et l'Occident*, Paris 1939).

¹⁰ A. Pintore giunge a parlare di *Diritti insaziabili*, in L. Ferraioli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari 2001.

¹¹ In merito rinvio a quanto ho scritto in *Veritas, non auctoritas facit matrimonium*, in G. Dalla Torre – C. Gullo – G. Boni, "*Veritas non auctoritas facit legem*". *Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, cit., p. 211 ss.

creatrice: né le “leggi non scritte degli dèi”¹², cioè diremmo i principi giuridici naturali sottesi alla genitorialità; né i principi che, nel declino del giusnaturalismo, sono stati posti nelle Costituzioni e nei documenti internazionali, per ricostituire limiti al potere – legislativo o giudiziario – altrimenti arbitrario.

6. Con l’affermarsi delle differenti mitologie, l’antichissimo istituto giuridico dell’adozione ha perso progressivamente di identità, polverizzandosi in una pluralità di figure giuridiche. Un indicatore eloquente di ciò è dato dalle varie forme di adozione sussistenti nel nostro ordinamento: l’adozione piena o adozione *tout court*; l’adozione internazionale; l’adozione particolare; l’adozione civile. Ma a ciò si aggiunga pure l’affidamento familiare, che adozione non è, ma che l’esperienza dimostra essere non di rado fucina di pretese per passaggi a più consistenti rapporti aventi nell’adozione il paradigma di riferimento¹³.

Il destino futuro dell’istituto appare, oggi, problematico. Alle pressioni crescenti per il riconoscimento della adozione da parte di uno dei componenti la coppia del figlio, naturale o adottivo, del *partner* (la cosiddetta *stepchild adoption*: “adozione del figliastro”) e per l’apertura dell’adozione alle coppie omosessuali legalmente riconosciute, rispondono le risposte positive dei legislatori statali e di una giurisprudenza che tende, come si è notato, a divenire creatrice del diritto. Si tratta di processi culturali, sociali e giuridici che, come accade per tutto il diritto di famiglia, anche nel caso dell’adozione sembrano incidere a fondo su quella bipolarità tra diritto e legge positiva che invece deve essere conservata, per mantenere la legge come strumento di giustizia e non di dominio¹⁴.

7. È giunto ormai il momento di aprire una riflessione su un tema che riveste un rilievo del tutto particolare nell’ambito sia del diritto di famiglia che in quello delle persone: fuori dai miti e dalle pressioni emotive; al di là e prima ancora delle tecnicità contenute nelle norme positive. Nella consapevolezza che è in gioco, ancora una volta, una concezione del diritto quale strumento volto al perseguimento del bene comune, che è bene di ciascuno e di tutti.

Un buon punto di partenza può essere ancora una volta la Costituzione, nel suo solido impianto – checché se ne dica – giusnaturalistico. Il riferimento è innanzitutto all’art. 30 Cost., nella parte in cui, al secondo comma, prevede che “nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti”; ma il riferimento è, poi, ai “doveri inderogabili di solidarietà [...] sociale” di cui all’art. 2 Cost.. Da queste

¹² Il riferimento, ovviamente, è all’ *Antigone*: cfr. Sofocle, *Tutte le tragedie*, a cura di F.M. Pontani, Roma 1991, p. 34.

¹³ Sulla molteplicità delle forme giuridiche in materia di adozione ed affidamento cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1 *La famiglia*, 5^a ed., Milano 2014, p. 775 s.

¹⁴ Così M. Cartabia – A. Simoncini, *Benedetto XVI e il pensiero giuridico*, in), *La legge di re Salomone*, cit., p. 17.

due disposizioni costituzionali si desume chiaramente la sussidiarietà dell'intervento pubblico nei compiti propri di una genitorialità venuta meno. Tale intervento costituisce espressione di quei vincoli solidaristici, oggettivamente sono propri al diritto quale struttura relazionale, che sono positivamente consacrati nella Costituzione, la quale guarda all'uomo inserito nella fitta trama data dalle "formazioni sociali ove si svolge la sua personalità" (art. 2 Cost.). Da questo punto di vista si potrebbe dire che tutto il diritto di famiglia, dopo l'avvento della Carta fondamentale del 1948, è divenuto "diritto pubblico"¹⁵.

In realtà, almeno per quanto riguarda l'adozione, il diritto positivo, e soprattutto il diritto vivente, non sempre riflettono le direttive valoriali costituzionali. La cennata frammentazione dell'istituto in una pluralità di discipline differenti tradisce differenti stagioni culturali e l'oscillare del diritto positivo e dell'esperienza giuridica tra estremi opposti e, talora, inconciliabili; una oscillazione che, non è inutile notarlo, viene meno nel caso delle forme di genitorialità surrogata, dove la protezione accordata dall'ordinamento appare ormai concentrarsi su di un'unica polarità: il soggetto committente¹⁶. Qui non è difficile scorgere come il diritto positivo e la

¹⁵ Per alcuni spunti cfr. G. Dalla Torre (cur.), *La famiglia nel diritto pubblico*, Roma 1996.

¹⁶ Il fatto è evidentissimo nel caso della fecondazione eterologa, esclusa dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40, ma legittimata dalla sentenza della Corte Costituzionale 9 aprile 2014-18 giugno 2014, n. 162. Al riguardo, giova ripetere in questa sede che giustamente la legge n. 40 non aveva ammesso la procreazione eterologa. In questa pratica, infatti, gli interessi meritevoli di tutela sono molteplici e quasi sempre confliggenti tra di loro. A partire dall'interesse della donna senza figli, che deve comunque essere composto con l'altro, non necessariamente confliggente ma anche non necessariamente convergente, del marito: a fronte delle tutele che l'ordinamento predispone in tema di paternità, l'esperienza giudiziaria dimostra come si insinui talora il ragionevole dubbio che disconoscimenti di paternità chiesti dopo la nascita di figlio e nonostante il consenso previamente prestato alla inseminazione eterologa, derivino da una volontà non liberamente formata, condizionata dalla situazione ambientale e dai rapporti fra i coniugi, da tensioni psicologiche nella coppia quando non addirittura da sorte di "ricatti morali", piuttosto che all'instabile muoversi dell'animo umano. A fronte alle due diverse posizioni della moglie e del marito, che pure possono esprimere interessi diversi, è l'intuibile interesse del donatore di seme all'anonimato. Come dimostra l'esperienza maturata in ordinamenti stranieri, a garanzia dell'anonimato è condizione stessa per la possibilità di pratiche di inseminazione eterologa, giacché la donazione di seme è normalmente ottenibile solo a fronte dell'esonero dei donanti da qualsivoglia, futura responsabilità genitoriale. Infine c'è la pluralità di interessi di chi così è stato chiamato alla vita, e che non possono non considerarsi come preminenti: come l'interesse ad avere un padre ed una madre, e quindi a vedere riconosciute le responsabilità genitoriali del marito della madre; l'interesse a non essere discriminato (per esempio in relazione all'accertamento della paternità) in ragione della condizione personale scaturente dalle modalità di venuta al mondo; o ancora l'interesse all'accertamento della paternità biologica (con evidente conflitto con l'interesse del donatore di seme all'anonimato). Un interesse, quest'ultimo, che può entrare in rilievo per una pluralità di ragioni meritevoli di garanzia: come la ragione giuridica, in ordine alla certezza degli *status*; quella economica, ad esempio per rapporto ai profili del mantenimento o successori; quella psicologica, attinente ai processi di formazione dell'io; quella più propriamente sanitaria che ad esempio, nella prospettiva della moderna medicina preventiva, può vedere nella conoscenza del patrimonio genetico dei genitori un elemento essenziale ad una diagnostica predittiva.

giurisprudenza, di merito e di legittimità, e persino quella costituzionale, tendano ad appiattirsi in una mera concezione privatistica di un diritto proprietario o, nella migliore delle ipotesi, di un diritto individualistico alla salute che a fatica si riesce a ricondurre all'art. 32 Cost.¹⁷.

Ma proprio guardando a Costituzione, sembra che occorra riassetto l'istituto in questione su tre precise polarità: il primato dell'interesse dell'adottando, non dell'adottante; il primato delle motivazioni solidaristiche, non di quelle individualistiche; il primato del rilievo pubblicistico dell'istituto, e non la sua riduzione a mero affare privato.

Giuseppe Dalla Torre

¹⁷ Una acuta riflessione critica sulla riduzione dell'individuo a *homo oeconomicus*, col conseguente effetto negativo di sua "insularità" irrelata con gli altri, in P. Grossi, *Le molte vite del giacobinismo giuridico (ovvero: la "Carta di Nizza", il progetto di "Costituzione europea", le insoddisfazioni di uno storico del diritto)*, in *Jus*, 2003, 3, p. 405 ss. e specialmente p. 415 ss.