



CONSULTA ONLINE



PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892

2022 FASC. II

(ESTRATTO)

UGO ADAMO

**È (RESTERÀ) DUE SENZA TRE? SULL'“INCOSTITUZIONALITÀ
PROSPETTATA”: CRITICITÀ ULTERIORI DI UNA TECNICA DECISORIA
GIÀ DI PER SÉ PROBLEMATICÀ**

28 GIUGNO 2022

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Maria Cristina Carbone

Famiglia e nuovi rapporti di parentela: la Corte costituzionale traccia il sentiero per il riconoscimento giudico della “familiarità sociale”*

Abstract: *The paper analyzes the Italian Constitutional Court's ruling No. 79 of 2022 on the issue of the recognition of kinship relationships arising from adoption "in special cases." The reflection then examines the concept of family in the light of experience, which gives us new forms of family life “de facto couples”, same-sex unions) based on the emotional element and the free expression of consent between the partners.*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le coordinate essenziali della questione. – 3. Le motivazioni della Corte – 4. Gli effetti della sentenza 79/2022 sulla condizione giuridica dei figli di coppie omogenitoriali nati da PMA: la promozione dello *status filiationis*. – 5. *Segue*: le omissioni e la responsabilità del legislatore. – 6. «A noi pare che ... ciò che rende morale nella coscienza popolare la formazione della famiglia, sia in primo luogo l'esistenza di sentimenti».

1. Premessa.

Con la sentenza n. 79 del 2022, la Corte costituzionale ha invalidato le norme che escludevano, per particolari tipi di adozione, l'instaurarsi di rapporti civili tra l'adottato e i parenti dell'adottante¹. Sono stati, così, equiparati i gradi di tutela dei minori indipendentemente dalla situazione di fatto o di diritto da cui il nuovo *status* di figlio ha tratto origine, rimediandosi alla discriminatoria assenza di riconoscimento giuridico di apprezzabili manifestazioni della vita familiare idonee a formare l'identità del bambino e a consolidarne la dimensione personale e patrimoniale.

Nel solco di un modello ormai diffuso di “giuridificazione per mezzo della giurisdizione”², la spinta di rinnovamento emergente dal corpo sociale è stata, ancora una volta, accolta dalla Consulta, chiamata a farsi arbitro di un delicato equilibrio tra diritto ed esperienze di vita, con l'attribuzione di effetti giuridici a ciò che già avviene con pienezza sul piano dei rapporti affettivi³. In questo contesto, la pronuncia, i cui esiti erano, peraltro, attesi, contribuisce a sostenere viepiù l'accreditamento della giurisprudenza costituzionale come interprete di primo piano dell'evoluzione della coscienza sociale, sempre più investito di questioni attinenti a diritti della persona nella vita di relazione, su cui è spesso anche in atto un intenso dibattito nell'opinione pubblica⁴. Come non infrequentemente accade, però, nel quadro di vicende giurisdizionali dai contorni evanescenti, l'intervento della Corte, anche nel nostro caso, non sembra valere a fugare completamente le incertezze e le ambiguità derivanti dall'assenza di un'azione sistematica e coordinata del legislatore.



¹ La sentenza è stata commentata da G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?* in Questione Giustizia, 7 giugno 2022; N. CHIRICALLI, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*, in Famiglia, n. 3/2022, 17 maggio 2022; E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022*, in Osservatorio costituzionale, fasc. 5 del 2022, 6 settembre 2022.

² In questi termini si vedano le risalenti ma attuali riflessioni di ma M. TARUFFO, *Note sui modi della giuridificazione*, in Pol. dir., 1987, 581 ss.

³ Sul punto, una riflessione completa e articolata è offerta da V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali (tra limiti di diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito)*, Napoli, 2015.

⁴ Su questo tema si vedano le ampie considerazioni offerte da N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in Rivista AIC, n. 4/2017, 21 novembre 2017, 1 ss.

2. Le coordinate essenziali della questione.

Passando, comunque, ora all'analisi della fattispecie, si rammenta come la pronuncia della Corte abbia fatto seguito faccia all'ordinanza con cui il Tribunale per i minorenni di Bologna aveva sollevato, in riferimento agli artt. 3, 31 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU, questione di legittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (*Diritto del minore ad una famiglia*), nella parte in cui stabiliva che l'adozione in casi particolari non avrebbe dato luogo ad alcun rapporto di parentela tra l'adottato e i parenti dell'adottante in forza del rinvio all'art. 300, comma 2, cod. civ. a mente del quale l'adottato conserva tutti i diritti e i doveri verso la sua famiglia di origine, nel tempo stesso in cui «*l'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato né tra l'adottato e i parenti dell'adottante*». Tale ultima disposizione, giustificata e coerente con l'adozione di soggetto maggiorenne⁵, era apparsa problematica con riguardo all'adozione in casi particolari di minori, poiché reputata disarmonica con l'articolo 74 cod. civ. che, nel riconoscere l'unicità dello *status* di figlio, testualmente afferma che: «*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*»⁶.

Più nel dettaglio, la vicenda processuale era stata originata dalla richiesta, da parte del genitore sociale, dell'adozione particolare della figlia biologica del compagno unito civilmente, con il quale aveva condiviso il percorso di fecondazione assistita all'estero, facendovi da corollario l'ulteriore richiesta del riconoscimento dei rapporti civili della minore con i parenti dell'adottante.

Il giudice *a quo*, accogliendo la domanda di adozione⁷, ha ritenuto, però, che la legislazione vigente non consentisse anche il riconoscimento in via consequenziale del vincolo di parentela in ragione del fatto che l'art. 55 summenzionato, con il rinvio alle norme relative all'adozione dei maggiori di età, lo escludeva testualmente⁸. Né è sembrato potersi giungere a diversa conclusione attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 74 cod. civ., nel senso, cioè, di un'abrogazione tacita, per suo tramite, della norma discendente dal combinato disposto dell'art. 55, l. 184/1983 e dell'art. 300, comma 2, cod. civ. Nel giustificare la non manifesta infondatezza della questione, l'organo rimettente ha evidenziato, nel modo già accennato, come un siffatto assetto normativo integrasse la violazione sia degli artt. 3 e 31 Cost. poiché in contrasto con il principio di parità di trattamento di tutti i figli, nati all'interno o fuori dal matrimonio e adottivi (anche per come concretizzato dalla riforma della filiazione di cui alla legge 10 dicembre 2012, n. 219), sia dell'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 8 CEDU posto a presidio della vita privata e familiare che proprio nelle relazioni parentali trova la sua prima e fondamentale espressione.

3. Le motivazioni della Corte

Le argomentazioni poste alla base della decisione in commento possono, dal canto loro, sintetizzarsi nei seguenti punti.

⁵ In tal caso, di regola, sussiste la necessità di conservare doveri rispetto alla famiglia di origine e al contempo possono porsi peculiari esigenze di tutela, anche patrimoniale, della famiglia dell'adottante.

⁶ Sull'unificazione dello *status* di figlio si veda, per tutti, P. RESCIGNO, "La filiazione "riformata" e l'unicità dello *status*", in *Giurisprudenza italiana*, 2014, fasc. 5, 1261.

⁷ Ponendosi in continuità con una giurisprudenza oramai piuttosto univoca sulla vicenda: v. Cass., Sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962, Cass., Sezz. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, e Corte costituzionale sentt. nn. 272 del 2017, 32 e 33 del 2021 (su cui si tornerà *infra*).

⁸ Diversamente, il Tribunale per i minorenni di Bologna, con sentenza n. 70 del 2020, ha affermato l'immediata instaurazione di legami di parentela a seguito di adozione in casi particolari sulla base di un' *interpretatio abrogans* dell'art. 55 l. 184/1983, alla luce della novella dell'articolo 74 cod. civ.

I. *L'applicazione estensiva delle norme sulle adozioni particolari in funzione del "primario interesse del minore"*.

In primo luogo, la Corte opera una ricostruzione complessiva dell'evoluzione dell'istituto dell'adozione in casi particolari *ex art. 44, l. 184/83* (dalla sua originaria giustificazione ai complessi rapporti intrattenuti con le diverse forme di instaurazione dello *status* di figlio). Inizialmente prevista con lo scopo di formalizzare il legame affettivo instauratosi tra il minore e i soggetti che si stanno effettivamente occupando di lui, senza che questi abbia a recedere dalla famiglia di origine, tale figura ha progressivamente ampliato il proprio ambito applicativo⁹. Seguendo un tracciato costante, la giurisprudenza ha valorizzato la strumentalità dell'istituto, non più, infatti, puntuale e marginale, ma generalmente finalizzato allo scopo di sottrarre il minore in stato di semi-abbandono permanente al destino del ricovero in istituto o al succedersi di affidamenti temporanei.

Più recentemente, poi, l'adozione particolare ha rappresentato il modo per rispondere a specifiche esigenze di riconoscimento legale di rapporti affettivi non diversamente riconosciuti dall'ordinamento, ma così intensi da essere assimilabili in tutto al legame genitoriale, anche qualora l'adottante sia *partner* del genitore dell'adottando nell'ambito di una relazione omoaffettiva¹⁰. Laddove, rispetto a tale ultima circostanza, allorché il minore sia nato a seguito di procreazione medicalmente assistita (PMA), neppure sussisterebbe l'esigenza di tutelare un nucleo familiare "originario" diverso da quello in cui il minore è stato inserito sin dalla nascita, dal momento che quest'ultimo riconosce come uniche figure genitoriali di riferimento il genitore biologico e l'adottante; e, quindi, di conseguenza, percepisce a tutti gli effetti come propria famiglia le rispettive famiglie di provenienza dei genitori con cui vive.

In secondo luogo, viene ribadito che il *focus* del diritto vivente e della giurisprudenza della Corte stessa si è concentrato sul "primario interesse del minore", sicché gli sforzi ermeneutici protesi all'elaborazione di modelli ampi e plurali di adozione sarebbero finalizzati non già alla legittimazione di un desiderio di genitorialità, perseguito talora anche attraverso pratiche vietate dall'ordinamento come esemplarmente la surrogazione di maternità¹¹, ma esclusivamente alla tutela dei minori che vivono di fatto una relazione affettiva con il *partner* del genitore biologico¹².

II. *Impraticabilità di una interpretazione costituzionalmente conforme.*

Poste queste premesse, viene escluso anche dalla Corte che la norma censurata possa ritenersi tacitamente abrogata per effetto della modifica dell'art. 74 cod. civ., introdotta dall'art. 1, comma 1, l. 219/2012¹³; e ciò perché la legge di riforma della filiazione ed il successivo d.lgs. 154/2013 non hanno indicato tra le norme abrogate anche l'art. 300, comma 2, cod. civ., richiamato dall'art. 55 l. 184/1983, che esclude esplicitamente i rapporti civili tra adottato e parenti dell'adottante¹⁴.

⁹ Per un'analisi approfondita e completa dell'istituto si veda G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari. Orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2012, 679 ed EAD., *L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Dir. Succ. pers.*, 2017, 79 ss.

¹⁰ Si richiamano solo alcune delle sentenze di legittimità: Corte di cassazione, sez. I civ., ordd. 15 dicembre 2021, n. 40308, 22 novembre 2021, n. 35840, 25 gennaio 2021, n. 1476 e 13 febbraio 2020, n. 3643

¹¹ Sul punto, la Corte conferma un orientamento consolidato secondo cui il desiderio di genitorialità non legittima un presunto diritto alla genitorialità, attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati (Corte cost. *sent. n. 221/2019*). La surrogazione di maternità continua ad essere considerata una pratica vietata dall'ordinamento e lesiva della dignità della donna. Tuttavia, lo sforzo di arginare la pratica della maternità surrogata non consente di ignorare la realtà di minori che vivono di fatto in una relazione affettiva con il partner del genitore biologico.

¹² Punto 5 cons. in dir.

¹³ In senso opposto si è espressa autorevolissima dottrina: C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. Dir. Civ.*, n. I del 2013, 898 ss.

¹⁴ Punto 6 cons. in dir. Invero, una soluzione del genere era stata prospettata dalla giurisprudenza di merito. In particolare, la Corte di appello di Milano, sez. famiglia, con l'ordinanza del 9 giugno 2017, per prima, ha affermato che "il novellato articolo 74 del codice civile – a norma del quale "la parentela è il vincolo che unisce persone che discendono dallo stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo", con l'eccezione della adozione dei maggiorenni – suggerisce la fine della gerarchia delle diverse forme che assume l'adozione e la necessità di ricondurre tutte le filiazioni biologiche e tutte le filiazioni adottive di minori ad un unico status di figlio".

III. *Il minore adottato in casi particolari acquisisce sotto il profilo sostanziale lo status di figlio.*

Nel procedere, poi, alla ricostruzione della *ratio* della normativa in materia di filiazione, la Corte ha fornito, della vigente disciplina dei rapporti parentali, un'interpretazione "personalistica" che, illuminata dal principio di 'eguaglianza, mirerebbe alla tutela del figlio nell'ambito della propria rete affettiva senza che «*le linee parentali siano condizionate dalla relazione giuridica tra i genitori*». Tale concezione sarebbe alla base della valorizzazione dei legami parentali attratti dalla filiazione mediante la previsione di un complesso di diritti e doveri facenti capo ai parenti «*che accompagnano il percorso di crescita del minore, con l'apporto di relazioni personali e di tutele patrimoniali*». Assumendo, pertanto, come riferimento esclusivamente il "*best interest of the child*", l'adozione in casi particolari istituisce un legame sostanziale tra adottante e adottato che è pienamente ascrivibile allo *status filiationis*, derivandone, in capo all'adottante, la responsabilità genitoriale, mentre, ai sensi dell'art. 48, commi. 1 e 2, l. 184/1983, su di lui incombono tutti i doveri che spettano ai genitori ex art. 147 cod. civ. Di qui, l'obbligo per il giudice, nel valutare le condizioni per procedere all'adozione, di verificare «*l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore*» oltre che "*l'ambiente familiare degli adottanti*» (art. 57, comma 2, l. 184/1983). Pur tuttavia, il minore adottato in casi particolari, pur assumendo lo *status* di figlio, a mente della norma indubbiata, sarebbe stato destinato a restare privo del complesso di relazioni che accedono e caratterizzano il rapporto di filiazione, concorrendo al suo sviluppo emotivo e sociale¹⁵.

IV. *L'irragionevolezza della discriminazione.*

Ma, secondo il ragionamento della Corte, poiché l'adozione particolare aggiunge un nuovo vincolo di filiazione giuridica che si affianca a quello di sangue, sicché il bambino viene inserito in una nuova comunità familiare che contribuisce, insieme a quella naturale, a formarne l'identità, disconoscere la giuridicità dei legami scaturenti dal vincolo adottivo equivarrebbe a «*disconoscere tale identità*» in ragione del retaggio di una «*logica di appartenenza in via esclusiva*» inconciliabile con il preminente interesse del minore. Ne deriverebbe un trattamento discriminatorio del minore divenuto figlio a seguito dell'adozione mite rispetto all'unicità dello *status* di figlio, dal momento che al solo minore adottato in casi particolari vengono irragionevolmente negati i legami con la famiglia del genitore adottivo. Le ragioni di un *plus* di tutela rispetto a situazioni peculiari e delicate e il mancato doveroso riconoscimento giuridico di relazioni che hanno un'incidenza fondamentale sulla crescita e sulla formazione dei minori finiscono, inoltre, per riverberarsi anche in una violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU¹⁶.

La Corte di Strasburgo, infatti, con specifico riferimento alla posizione dei minori nati a seguito di surrogazione di maternità, ha sottolineato che, pur non potendosi dedurre dall'art. 8 CEDU un diritto al riconoscimento dei rapporti di filiazione conseguiti all'estero, risulta comunque necessario che gli Stati, sia pure avvalendosi del loro margine di apprezzamento, provvedano a preservare un legame che *de facto* si sia venuto a consolidare con il c.d. "genitore d'intenzione" a tutela esclusiva dell'interesse del minore; laddove, analogamente si ragiona per i legami familiari con i parenti del genitore che rappresentano uno degli aspetti principali della "vita familiare"¹⁷.

4. *Gli effetti della sentenza 79/2022 sulla condizione giuridica dei figli di coppie omogenitoriali nati da PMA: la promozione dello status filiationis.*

¹⁵ Punto 7 cons. in dir.

¹⁶ Tra le varie pronunce sul tema si veda, *Marckx c. Belgio*, ric. n. 6833/74, 13 giugno 1979, in cui la Corte EDU ha ricordato che la giurisprudenza europea sull'art. 8 non distingue la famiglia "legittima" da quella "illegittima", perché tale discriminazione sarebbe incompatibile con la locuzione "ogni persona" inserita nel testo della disposizione. L'interpretazione ampia dell'art. 8 è, inoltre, confermata dal testo dell'art. 14, che vieta discriminazioni basate sulla "nascita".

¹⁷ Punti 8 e 9 cons. in dir.

Dalle perspicue argomentazioni della Corte costituzionale è possibile trarre qualche considerazione di più ampio respiro.

In particolare, emergono due profili di riflessione, tra loro connessi. Il primo, più circoscritto, è riferito all'evoluzione del diritto delle relazioni familiari nel contesto delle unioni omoaffettive; l'altro, di carattere sistematico, involge il complessivo ripensamento del concetto di comunità familiare e, dunque, l'attualità dell'art. 29 Cost. La sentenza, infatti, non confina le proprie conclusioni al solo ambito delle famiglie omosessuali, rispetto alle quali l'istituto dell'adozione mite si modella con profili peculiari, ma le estende a tutti i minori adottati in casi particolari.

Riguardo alla prima questione, la sentenza sembra collocarsi in continuità con un indirizzo consolidato (seguito, seppur con accenti differenti, anche dalla Corte di cassazione), che, in riferimento alle complesse e variegate problematiche involgenti minori nati all'estero a seguito di procreazione medicalmente assistita, ha valutato, di volta in volta, l'arbitrarietà delle differenze di trattamento che vengono in rilievo, al fine di scongiurare discriminazioni tra i figli, affinché tutti possano crescere in un ambiente solido e protetto in forza della sussistenza di vincoli familiari.

Come noto, nel nostro ordinamento, alle coppie omosessuali, anche se legate in un'unione civile, è inibita qualsiasi aspirazione genitoriale¹⁸. Esse, infatti, non possono avere accesso né a percorsi di adozione, né all'utilizzo delle tecniche di fecondazione assistita, e neppure a pratiche di surrogazione di maternità, che risultano, anzi, penalmente sanzionate dall'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004¹⁹.

Nei fatti, tuttavia, tali vincoli normativi non hanno impedito la realizzazione in territorio estero di percorsi di "genitorialità condivisa", sia procreativa, sia adottiva, nell'ambito di ordinamenti giuridici che invece consentono scelte di questo tipo. La realtà concreta si caratterizza, infatti, per la presenza di una pluralità di aggregazioni familiari i cui assetti relazionali non possono definirsi in base a criteri puramente biologici né possono essere ricondotti alle tradizionali categorie di "ascendenza e discendenza". Fermo, in ogni caso, il disvalore attribuito a forme di maternità surrogata a fini commerciali (ribadito anche dalla sentenza in commento), la giurisprudenza è stata chiamata, nel silenzio del legislatore, a formalizzare in necessari vincoli giuridici questo coacervo di relazioni umane, focalizzando l'attenzione non tanto sulle aspirazioni genitoriali²⁰, quanto sulla peculiare posizione dei bambini, ed evitando che proprio sui minori e sui loro diritti ricadessero le conseguenze di uno stigma sociale. In questa direzione, è parso decisivo il richiamo argomentativo al concetto (per la verità non privo di ambiguità) del preminente interesse del minore, che ha oramai assunto una forza assiologica tale da risultare prevalente, sembrando sottrarsi a qualsiasi bilanciamento con interessi concorrenti²¹.

Sul punto, se è vero che con le sentenze n. 221 del 2019 e n. 230 del 2020²², relative all'accesso alla PMA per coppie formate da sole donne, ha ribadito la legittimità della scelta legislativa di non

¹⁸ Sul punto si vedano le ricche riflessioni di F. Paterniti, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, n. 4 del 2021, 228 ss.

¹⁹ E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra "letture neutralizzanti" il fenomeno e tutela sovranazionale degli 'human rights'*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1 del 2021; F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa "per infertilità sociale" al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019, ibid.*, n. 2 del 2020; G. Luccioli, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in *GenIUS*, n. 1 del 2020; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2018, 149; M. DI MASI, *Maternità surrogata, dal contratto allo "status"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 615; A. LORENZETTI, *Maternità surrogata*, in *Dig. civ.*, Aggiornamento, VI, Torino, 2011, 617.

²⁰ La Corte costituzionale è ferma nell'escludere un presunto diritto alla genitorialità non solo dell'*an* e del *quando* ma anche del *quomodo*: sul punto, v. sent. n. 221 del 2019, cons. dir. n. 10.

²¹ Per la definizione e indagine della categoria del miglior interesse del minore, cfr. F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, spec. 235; M. ACIERNO, *Il mantra del preminente interesse del minore*, in *Questione Giustizia* n. 2 del 2019; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

²² A. APOSTOLI, *La tutela dei nati da PMA eterologa in un contesto omosessuale femminile*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6 del 2020, 2760; G. FERRANDO, *Di chi è figlio un bambino con due mamme? Commento a prima lettura di Corte cost. n. 230/2020*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2 del 2021, 417.

estendere la PMA anche a coppie omosessuali, in ragione della complessità della materia e dello scarso consenso da parte della comunità sociale al momento dell'emanazione della legge, la Corte costituzionale non ha mancato, tuttavia, di manifestare la necessità di un intervento del legislatore a tutela del rapporto di fatto tra minore e genitore intenzionale, a tal fine ha individuando come possibile rimedio il ricorso alla “adozione non legittimante”.

Nello stesso solco, si pongono le più recenti sentenze nn. 32 e 33 del 2021²³.

Con la prima, la Corte si è trovata ad affrontare, in un contesto di crisi della relazione affettiva tra genitore biologico e genitore intenzionale, la questione relativa agli interessi di due minori nate a seguito dell'iniziativa congiunta di una coppia di donne che, nell'ambito di un'unione omosessuale, avevano attivato all'estero un percorso di PMA. Nello specifico, la madre intenzionale aveva chiesto alle autorità italiane la rettifica dell'atto di nascita delle bambine, in modo da essere formalmente riconosciuta come genitore, pur senza il consenso della madre biologica. In questo contesto, infatti, non risultava praticabile l'adozione in casi particolari stante l'indisponibilità della madre biologica a prestare il suo indispensabile assenso per procedere in tal senso. Ebbene, il giudice costituzionale, anche tenendo conto dell'orientamento espresso dalla Corte di Strasburgo²⁴, ha rilevato la lacunosità dell'attuale assetto normativo che, pur non ponendosi in frontale contrasto con la Carta costituzionale, non è in grado di garantire un'adeguata protezione ai bambini nati da PMA, che, come nel caso di specie, rischiano di non veder mai riconosciuti giuridicamente i legami affettivi e familiari non biologici.

A quest'ultimo scopo, non sempre, però, il rimedio dell'adozione è parso soccorrere nei casi particolari che, in situazioni di conflittualità tra i membri della coppia, non offre strumenti sufficienti a garanzia del rapporto del minore con la “madre intenzionale”. Considerazioni, queste,

ulteriormente avvalorate dalla sentenza n. 33 del 2021, scaturita da una vicenda giurisdizionale relativa agli interessi di un bambino, figlio di una coppia di uomini, nato a seguito un percorso procreativo di maternità surrogata utilizzando i gameti di uno solo dei due *partner*. Costoro, sposati in Canada e uniti civilmente in Italia, avevano ottenuto, a seguito di una pronuncia giurisdizionale, che sull'atto di nascita fossero entrambi considerati genitori, chiedendo, quindi, la rettifica anche in Italia dell'atto di nascita del bambino, sulla base della decisione della Corte canadese. Anche in questo caso, la Corte costituzionale ha imperniato l'argomentazione sull'interesse del bambino a mantenere, anche sotto il profilo giuridico, i legami con entrambi i membri della coppia che lo hanno congiuntamente accudito sin dalla nascita. In quest'ottica, peraltro, il solo riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore biologico non è parso soddisfare pienamente l'interesse del minore. Tuttavia, la Corte ha ritenuto per la prima volta di chiarire come la “preminenza” del diritto del minore sia da intendere come “rilevanza” dello stesso, ma non come assoluta ed incondizionata prevalenza rispetto ad altri possibili interessi coinvolti, lasciando completamente al margine il concorrente interesse pubblico connesso al divieto di maternità surrogata. La soluzione indicata, allora, è stata quella di «*un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino*», la cui definizione, peraltro, spetta al legislatore ordinario. In questa prospettiva, la possibilità di continuare a ricorrere all'adozione in casi particolari rappresenta, dunque, una forma di tutela significativa ma non pienamente adeguata. Con la sentenza in commento, la Corte ha confermato una tendenza giurisprudenziale “evolutiva”, correggendo uno dei maggiori effetti distorsivi connessi al ricorso ampio all'adozione particolare dei bambini nati da tecniche di PMA da parte di coppie dello stesso sesso, e ha aperto la strada alla costituzione dei rapporti con i familiari del genitore intenzionale.

²³ Sul punto F. PATERNITI, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive*, cit., 228 ss.; A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in questa *Rivista*, 2021/I, 221 ss.

²⁴ Proprio su questa vicenda, la Corte EDU ha reso il suo primo parere nell'esercizio della competenza prevista dall'articolo 3 del Protocollo addizionale n. 16.

5. Segue: *le omissioni e la responsabilità del legislatore*

Non si potrebbe a questo punto omettere di rilevare come l'esigenza del pieno riconoscimento dell'identità del minore che diviene figlio a seguito di adozione particolare si intrecci con la recente questione della nuova disciplina dell'attribuzione del cognome.

Con sentenza 131 del 2022²⁵, la Corte costituzionale ha, infatti, dichiarato l'illegittimità delle norme che prevedevano l'automatica attribuzione del cognome paterno, perché discriminatorie e lesive dell'identità del figlio, indicando come nuova regola l'assunzione del cognome di entrambi i genitori nell'ordine dai medesimi concordato, salvo che essi decidano, di comune accordo, di attribuire soltanto il cognome di uno dei due.

Ebbene, proprio perché il cognome, insieme al prenome, rappresenta il «*fulcro dell'identità giuridica e sociale*» e «*collega l'individuo alla formazione sociale che lo accoglie tramite lo status filiationis*», non vi è dubbio che il nuovo principio affermato dalla Consulta debba valere anche per i minori figli delle coppie omosessuali, anche se a tal fine è necessaria una disciplina di coordinamento con quella dell'adozione particolare. Infatti, la l. 184/1983 stabilisce che l'adozione produce effetto dalla data della sentenza che la pronuncia, mentre, ai sensi dell'art. 299, comma 3, cod. civ. (cui rinvia l'art. 55 della l. 184/1983), l'adottato assume il cognome dell'adottante e lo antepone al proprio. Ebbene, tale ultima norma codicistica è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, nella parte in cui prevedeva che l'adottato assumesse il cognome del marito, anziché disporre che l'adottato assuma i cognomi di entrambi gli adottanti, nell'ordine dagli stessi concordato, fatto salvo il diverso l'accordo raggiunto nel procedimento di adozione. Perciò, nel caso dei figli di coppie omosessuali varrà l'automatismo del doppio cognome, nell'ordine scelto dai genitori al momento della pronuncia di adozione²⁶.

Risulta evidente che la Corte, sfruttando tutte le potenzialità del processo costituzionale, ha progressivamente costruito un nuovo apparato di tutele per i figli nati da PMA nel contesto di famiglie omoaffettive, volto a evitare qualsiasi profilo di disparità. Cionondimeno, si ritiene che non sia mutata la necessità della definizione legislativa di un procedimento adottivo che consenta un'effettiva parificazione tra i figli delle coppie eterosessuali e quelli delle coppie omosessuali, sotto altri profili non ancora indagati.

Rispetto alla fattispecie esaminata sussistono, invero, ulteriori punti critici forieri di discriminazione²⁷ quali la previsione dell'obbligo di inventario dei beni del minore e la peculiare disciplina di revoca dell'adozione²⁸. Si tratta di strumenti senz'altro coerenti con lo scopo originario dell'adozione mite ma che non sono più attuali, sicuramente dissonanti con le nuove e più complesse funzioni che l'istituto ha assunto nell'ottica di parificare i rapporti familiari a prescindere dall'identità sessuale dei componenti.

Un aspetto di forte criticità è rappresentato, inoltre, dalla circostanza che l'adozione particolare presuppone che sia il genitore sociale a farne richiesta, di talché, anche a fronte di una scelta

²⁵ Con commento di L. BARTOLUCCI, *La disciplina del "doppio cognome" dopo la sentenza n. 131 del 2022: la prolungata inerzia del legislatore e un nuovo capitolo dei suoi rapporti con la Corte*, in questa *Rivista*, 2022/III, 941ss.

²⁶ Sul punto si segnala che il Trib. minori di Genova, sent. 13 giugno 2019, ha pronunciato una *stepchild adoption* incrociata in favore di due donne, unite civilmente, che avevano chiesto di poter adottare ciascuna il figlio dell'altra. Contestualmente, ai due minori veniva attribuito lo stesso cognome, risultante cioè dalla medesima successione di cognomi di entrambe le donne, proprio per preservarne l'identità.

²⁷ Si veda A. SCHUSTER, *L'adozione – non più mite? – davanti alla Corte costituzionale: dubbi di inammissibilità*, in *Questione Giustizia* del 22 febbraio 2022.

²⁸ L'adozione in casi particolari si può revocare nei soli casi previsti dalla legge. Su richiesta dell'adottante: se l'adottato, maggiore di quattordici anni, abbia attentato alla vita dell'adottante, del coniuge, dei discendenti o ascendenti di lui 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 che sarebbero eredi in mancanza dell'adottato e dei suoi discendenti. Su richiesta dell'adottato: se i fatti sopra esposti siano stati compiuti dall'adottante nei confronti dell'adottato, il coniuge, gli ascendenti o discendenti di lui. Su richiesta del pubblico ministero in caso di violazione dei doveri cui l'adottante è tenuto (mantenimento, educazione, istruzione del minore).

procreativa condivisa e condotta assieme al genitore biologico, il primo potrebbe, in seguito, decidere di abdicare al proprio ruolo, sottraendosi alle responsabilità non solo educative e sentimentali, ma anche economiche e patrimoniali. Sotto questo profilo, soprattutto alla luce della sentenza in commento, costituisce un ulteriore *punctum dolens* che la valenza identitaria dello *status filii* resti in balia dell'arbitrio dell'adulto, genitore non biologico, la cui relazione - sebbene ancora non formalizzata - con il figlio nato da PMA non può essere considerata priva di rilevanza, ma assume natura intrinsecamente familiare, nel momento in cui la coppia sceglie di intraprendere un progetto comune di genitorialità²⁹. Ne consegue che, in questo caso peculiare, a fronte dell'impossibilità di trascrivere l'atto di nascita rilasciato da uno stato estero con l'indicazione di entrambi i genitori³⁰, la richiesta di adozione particolare non può essere considerata alla stregua di una mera valutazione personale, ma integra un obbligo di protezione scaturente dal contatto sociale qualificato tra minore e genitore sociale³¹. Purtuttavia, allo stato, il figlio nato a seguito di PMA attuata da coppia omosessuale non dispone di alcuno strumento paragonabile all'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità *ex art 269*, comma 1, cod. civ. Specularmente, il perfezionamento dell'adozione richiede il necessario assenso del genitore biologico il quale, soprattutto in situazioni sopravvenute di crisi di coppia, potrebbe decidere di non prestarlo, così privando autoritativamente il bambino del fondamentale rapporto con l'altro "genitore"³².

In ultima analisi, quindi, se è indubbio che l'annotata decisione della Corte costituzionale rappresenti un ulteriore passo avanti nella costruzione di una tutela adeguata per i diritti dei bambini nati a seguito di una progettualità genitoriale condivisa di una coppia omosessuale, praticata attraverso la PMA effettuata all'estero, nell'ottica, tuttavia, dell'unificazione dello stato di figlio, la tutela dei minori non può più risolversi nella risoluzione casistica delle situazioni che, di volta in volta, giungono all'attenzione dei giudici, dal momento che l'attuale disciplina dell'adozione particolare resta comunque insufficiente, presentando margini di forte incertezza, i cui effetti potenzialmente svantaggiosi ricadrebbero esclusivamente sui minori.

Certo, non ci si nasconde che, nonostante l'urgenza di regolamentazione, il relativo compito si appalesa tutt'altro che banale a fronte della determinazione della tutela dei minori nati da PMA da parte dei Tribunali dei Minori, della Corte di cassazione e della Corte costituzionale, pervenuta ormai ad un alto grado di specificazione in grado di condizionare in modo stringente la discrezionalità del legislatore. Resta, inoltre, comunque, irrisolta la questione dell'accesso alla PMA in Italia anche per le coppie omosessuali³³: ferma restando, infatti, l'indiscutibile esigenza di tutelare primariamente il minore, un atteggiamento ambiguo sul tema contribuisce ad alimentare forti disegualianze tra soggetti che dispongono delle risorse economiche sufficienti per recarsi all'estero ed altri che, invece, ne sono privi³⁴.

²⁹ Si condividono le belle riflessioni di G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela*, cit., 8. secondo cui "Nella PMA non è il sangue che rende genitori, ma la "scelta". È quella scelta che "mette al mondo" il bambino perché senza di essa il centro medico non avrebbe accolto la richiesta di PMA e il bambino non sarebbe nato. È a quella scelta che il bambino deve la propria vita ed alla responsabilità per quella scelta il genitore non si può e non si deve sottrarre".

³⁰ Sul punto si segnala l'ordinanza interlocutoria 1842/2022 con la quale la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione intende rimettere alle Sezioni Unite la questione riguardo il riconoscimento di entrambi i genitori, biologico ed intenzionale, nell'atto di nascita del minore nato tramite maternità surrogata. La giurisprudenza sul tema è copiosa. Per una rassegna esaustiva e completa si rinvia all'apposita sezione "Trascrizione atto di nascita" curata dalla rivista *Articolo29*.

³¹ Non è possibile, in questa sede, approfondire le conseguenze in tema di responsabilità relative alla definizione di "contatto sociale qualificato" della relazione tra minore nato da PMA nell'ambito di un'unione omosessuale e il genitore non biologico prima della pronuncia di adozione, trattandosi di un tema tipico della riflessione civilistica.

³² Queste considerazioni sono già state formulate dalla Corte costituzionale nelle menzionate sentenze 32 e 33 del 2021.

³³ In termini generali, si vedano le riflessioni di B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivista AIC*, 1/2017.

³⁴ Così anche E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela*, 18

6. «A noi pare che ... ciò che rende morale nella coscienza popolare la formazione della famiglia, sia in primo luogo l'esistenza di sentimenti»³⁵.

A bene vedere, infine, le argomentazioni della Corte sembrano rinviare a scenari ancora più ampi, apparendovi superata l'idea tralaticia dell'appartenenza giuridica ad un'unica famiglia a favore del riconoscimento di rapporti familiari ulteriori, fondati su ragioni esclusivamente affettive, che possono affiancarsi a quelli "tradizionali" senza che questi vengano meno. Si pone, dunque, in precario equilibrio il dogma dell'esclusività della famiglia, soccombente rispetto alla tutela dell'interesse del bambino.

In altre parole, la Corte costituzionale dopo aver progressivamente riconosciuto rilievo giuridico alla genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica, sembra proseguire nel riconoscimento della "familiarità sociale" che include l'appartenenza a una pluralità di nuclei familiari, tenuto conto che il dato della sola provenienza genetica non costituisce più un imprescindibile requisito dell'unione familiare. Tale processo, in una realtà composita e in continua evoluzione, è alimentato dalle elaborazioni dei giudici di legittimità e di merito, che muovono dalla specificità dei casi concreti e dalla necessità di rendere effettivo il godimento di diritti costituzionali fondamentali. Recentemente, ad esempio, la Corte di cassazione³⁶ ha riconosciuto l'adozione particolare, da parte del ricorrente, della figlia della moglie, benché la minore avesse mantenuto un legame stabile con il padre biologico e con la sua famiglia, e contestualmente ha formalizzato i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo, sancendo così la coesistenza dei legami giuridici sia con la famiglia del compagno della madre, divenuto padre adottivo, sia con quelli della famiglia del padre biologico. Secondo i giudici di legittimità, l'idea per cui si possa avere una sola famiglia, tradizionalmente intesa, risulterebbe superata proprio dalla riforma della filiazione e dal riverbero del principio di eguaglianza sullo *status filiationis*, alla luce della lettura datane dalla Corte costituzionale³⁷.

La giurisprudenza ricordata rappresenta, d'altro canto, soltanto l'ultimo approdo di un'esperienza sostanziale lunga e progressiva, segnata dal superamento dell'istituzione matrimoniale tradizionale come vincolo esclusivo di costruzione di una vita familiare, dal riconoscimento delle unioni omosessuali, dall'abbandono del concetto di genitorialità in senso esclusivamente biologico e, infine, dalla valorizzazione dei rapporti di parentela a prescindere dalla sussistenza di legami di sangue. Emerge, così, chiaramente la crisi del figurino tradizionale della famiglia, che non troverebbe più riscontro non solo nei soliti modelli organizzativi ma neanche nella sensibilità sociale.

Sicché oggi, anche attraverso l'allargamento giurisprudenziale del novero dei diritti riconosciuti ai minori, termini come "famiglia" e "matrimonio" nonché locuzioni come "unità familiare" impiegati dall'art. 29, comma 1, non sembrerebbero più in grado di esprimere significati definiti e attuali tanto è vero che tali definizioni sono interamente ed esclusivamente rimesse alla legge comune, quando non *omisso medio* alla loro continua ridefinizione ad opera dei giudici.

Ne costituisce ancora un sintomo significativo la circostanza che, nella pronuncia in commento, che pure è interamente imperniata sul diritto fondamentale del minore a godere di relazioni familiari e affettive stabili e riconosciute, non trova mai spazio il richiamo all'art. 29 Cost., mentre il ragionamento del giudice costituzionale appare più aderente alla più ampia locuzione "diritto alla vita privata e familiare" di cui all'art. 8 CEDU. Sembra, cioè, che la Corte prediliga un approccio volto a valorizzare le situazioni soggettive individuali e, successivamente, le conseguenze relazionali delle scelte personali piuttosto che i valori di unità e stabilità del gruppo congiunto da legami di sangue.

³⁵ N. IOTTI, *Sul divorzio, Discorsi parlamentari*, 25 novembre 1969.

³⁶ Corte di cassazione, sez. I civ., ord. 5 aprile 2022, n. 10989

³⁷ La sentenza è stata annotata da R. TREZZA, *È consentito avere un padre biologico e un padre adottivo nell'interesse superiore del minore*, in *Famiglia*, 7 aprile 2022.

In questo processo di rimodellamento dell'ordinamento in materia di famiglia e legami familiari, numerose sono, dunque, le criticità determinate dal difficile contemperamento tra le istanze concrete di tutela e la tenuta dell'ordinamento giuridico, tanto da far ritenere ormai necessario un nuovo inquadramento dello statuto costituzionale della famiglia³⁸. Tale esito potrebbe ottenersi ricorrendo a una rilettura "creativa" del testo, ancorando il modello costituzionale di famiglia «agli obiettivi di promozione della personalità e trasformazione della società accolti dalla Costituzione» negli artt. 2 e 3³⁹, e rinvenendo, così, nella locuzione "società naturale" un «dispositivo politico-costituzionale di garanzia delle formazioni familiari, in chiave antiautoritaria»⁴⁰.

La richiamata soluzione interpretativa è molto suggestiva ma comunque non risolutiva. La valorizzazione della "naturalità" della scelta familiare, nel prisma del principio personalista, lascia comunque irrisolta la questione relativa al matrimonio quale dato formale che, nell'interpretazione consolidata della Corte costituzionale, segna il discrimine tra la famiglia di cui all'art. 29 Cost. e le altre formazioni sociali, anche "para-familiari", ricondotte invece all'art. 2. Lasciando invariato il testo costituzionale, sarebbe necessario un intervento legislativo volto a consentire l'accesso al matrimonio anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso⁴¹ in modo da accoglierle nell'alveo dell'art. 29 Cost., anche se continuerebbe a rimarrebbe incerta la collocazione per le famiglie cd. di fatto o non matrimoniali e per tutte le aggregazioni affettive che la giurisprudenza ha riconosciuto come unite da vincoli familiari.

In altri termini, se, come pare anche dalla lettura della più recente giurisprudenza costituzionale, la nozione di famiglia è andato progressivamente evolvendosi nel senso di valorizzare i legami affettivi che la fondano, non appare fuori tema nemmeno l'ipotesi di un intervento riformatore del legislatore costituzionale che, anche sulla scorta della disciplina sovranazionale, proceda ad un aggiornamento dei canoni tradizionali.

³⁸ La questione se procedere a un'interpretazione evolutiva o a una revisione della Costituzione è stata autorevolmente posta da A. RUGGERI, "Strane" idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale, in *Rivista del Gruppo di Pisa* 8 giugno 2013

³⁹ Così A. SCHILLACI, *Famiglie e dignità delle relazioni: una lettura costituzionale*, in *Questione Giustizia*, n. 2 del 2019, 17.

⁴⁰ A. SCHILLACI, *Famiglie*, cit., 28

⁴¹ Si veda ancora A. SCHILLACI, *Idem*, *Costruire il futuro. Omosessualità e matrimonio*, in Id. (a cura di), *Omosessualità eguaglianza diritti*, Roma, 2014, 195 ss.