

**OSSERVATORIO COSTITUZIONALE**

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 5/2022

Data: 6 settembre 2022

***La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati:  
nota alla sentenza n. 79 del 2022\****

*di Elisabetta Crivelli – Professore associato di Diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Milano*

TITLE: Constitutional court stated that all adopted children have the right to relational bonds with the family of the adoptive parent: Judgment no. 79/2022

ABSTRACT: Il contributo riflette sulla sentenza della Corte costituzionale n. 79 del 2022 che ha esteso anche ai minori adottati “in casi particolari” la garanzia del riconoscimento dei legami familiari con i parenti del genitore adottivo. La decisione va accolta con favore, perché dimostra in modo convincente come, a fronte dell’unificazione dello status di figlio, non sia più tollerabile che al solo adottato in casi particolari sia negato il riconoscimento di relazioni che incidono sulla costruzione dell’identità del minore. Lo scarso rilievo dato al fatto che il giudizio a quo riguardava un minore concepito tramite il ricorso alla gestazione per altri, rischia però di contribuire ad un sostanziale svuotamento del divieto posto dal legislatore di far ricorso a tale pratica.

The essay analyzes the decision no. 79/2022 of the Italian Constitutional Court, which stated that all adopted children (including the ones adopted “under special circumstances”) have the right to relational bonds with the family of the adoptive parent. This type of adoption “under special circumstances” is available for child orphans, including those with a disability, children already living with the spouse of a biological parent, and children for whom there is no other legal

---

\* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

mechanism for Adoption. The decision is very important and must be considered positively; however, some legal issues remain in the shadows, such as the problem related to the avoidance of prohibition on surrogate pregnancy, which is enshrined in criminal law.

**KEYWORDS:** Interesse del minore; adozione in casi particolari; parentela; maternità surrogata; Corte costituzionale; Child's best interest; adoption under special circumstances; family bonds; gestational surrogacy; Constitucional Court

**SOMMARIO:** 1. All'origine della questione che conduce alla "provvida" sentenza n. 79 del 2022. – 2. L'adozione in casi particolari: l'originaria *ratio* e la sua progressiva evoluzione giurisprudenziale. – 3. La decisione della Corte: se unico è lo *status* di figlio, unica deve esserne la tutela. – 4. Qualche ombra: il silenzio sul divieto di ricorrere alla maternità surrogata.

## **1. All'origine della questione che conduce alla "provvida" sentenza n. 79 del 2022**

Nella conferenza stampa tenutasi il 7 aprile 2022 il Presidente della Corte costituzionale Giuliano Amato, dando conto delle pronunce più significative adottate dalla Corte nel 2021 in tema di minori e famiglia, ha fatto riferimento anche alla recente sentenza n. 79 del 2022, definendola una decisione "provvida"<sup>1</sup>: si tratta, in effetti, di una pronuncia che ben si inserisce nel filone che

---

<sup>1</sup> Cfr. il video della riunione straordinaria della Corte costituzionale del 7 aprile 2022 in cui si è svolta la conferenza stampa di presentazione della Relazione sulla Giustizia costituzionale nel 2021, <https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/link/conferenze.do>, minuto 32.06.

Come è noto, la Corte costituzionale negli ultimi anni ha sentito sempre più l'esigenza di "aprirsi alla società", investendo in una comunicazione capace di raggiungere anche un pubblico non specializzato, sia ampliando l'uso di consolidati strumenti comunicativi, (quali le già note conferenze stampa annuali in occasione della presentazione della Relazione sulla giustizia costituzionale nell'anno precedente o i comunicati stampa volti ad anticipare il deposito di alcune sentenze ritenute particolarmente importanti), sia attraverso l'uso di strumenti più nuovi, come i podcast.

In questa stagione di apertura, si è favorita altresì una più ampia partecipazione al processo costituzionale, attraverso tre novità: la prima riguarda l'introduzione dell'istituto degli *amici curiae* (nuovo art. 4-ter delle Norme integrative), cioè la possibilità per "le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità" di presentare "un'opinione scritta".

La seconda novità riguarda la previsione degli "esperti" (nuovo art. 14-bis, N.I.), cioè della possibilità per la Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni su specifiche discipline, di ascoltare in camera di consiglio "esperti di chiara fama", cui anche le parti possono formulare domande.

La terza novità codifica la precedente giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità degli interventi dei terzi, stabilendo che "nei giudizi in via incidentale possono intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio" e dunque non semplicemente regolato dalla norma oggetto di censura.

ha visto negli ultimi anni il giudice costituzionale intervenire su norme che sono state giudicate arretrate rispetto ai cambiamenti intervenuti nella società e nella famiglia, ed adeguate ad una realtà tesa a tutelare al meglio l'interesse del minore<sup>2</sup>.

In queste pagine cercheremo di ricostruire la vicenda che ha portato al pronunciamento della Corte, evidenziando le molte luci di un ragionamento che, nell'interesse del minore, consentirà di garantire il riconoscimento dei rapporti di parentela anche nell'ipotesi dell' "adozione in casi particolari"; al contempo, verrà rilevata anche qualche ombra, derivante dall'impressione che il divieto di surrogazione di maternità sia ormai ribadito solo formalmente, ma resti sostanzialmente emarginato dal bilanciamento concreto dei diversi interessi in gioco.

Con la sentenza n. 79 del 2022, anticipata da un comunicato stampa del 24 febbraio 2022<sup>3</sup>, la Corte ha dichiarato illegittimo – con riferimento agli articoli 3, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'articolo 8 della Cedu – l'articolo 55 della legge n. 184 del 1983, laddove imponeva di applicare all'adozione in casi particolari dei minori le regole dettate dall'articolo 300, secondo comma, del codice civile per l'adozione dei maggiorenni.

Tale intervento, come vedremo meglio in seguito, produce delle rilevanti conseguenze sistematiche, perché annulla le differenze tra adozione "ordinaria" e quella "semplice", consentendo

---

Su queste novità processuali cfr. P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in *Federalismi*, 22 gennaio 2020; G.L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1 del 2020, <http://www.osservatoriosullefonti.it>; V. ONIDA, *La Corte si apre alle "voci" della società*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1 del 2020, p. 510 e A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia insieme*, 24 gennaio 2020.

<sup>2</sup> Sull'evoluzione degli istituti adottivi cfr. L. LENTI, *L'adozione*, in L. LENTI, M. MANTOVANI (a cura di), *Il nuovo diritto della filiazione*, in *Trattato di diritto di famiglia – Le riforme 2012-2018*, diretto da P. Zatti, Milano, 2019; specificamente sull'adozione in casi particolari cfr. M. DOGLIOTTI, *L'adozione in casi particolari*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, IV, p. 397 ss.

<sup>3</sup> Cfr. il comunicato stampa del 24 febbraio 2022, rinvenibile in [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC\\_CS\\_20220224180711.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20220224180711.pdf)

Come si è già rilevato in precedenza, la Corte costituzionale ricorre con sempre maggiore frequenza a comunicati stampa, anche per anticipare il dispositivo di pronunce particolarmente attese: si tratta di un utilizzo già diffuso presso altre corti costituzionali, come il Tribunale costituzionale spagnolo (v. <https://www.tribunalconstitucional.es/es/prensa/Paginas/default.aspx>) o quello tedesco (v. <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/bvg22-033.html>) o la Corte europea dei diritti dell'uomo che pubblica *press releases* fin dal 1999.

Pur essendo uno strumento utile a spiegare il contenuto delle decisioni, sembra opportuno che tali comunicati vengano accompagnati da una postilla simile a quella rinvenibile nei *press release* della Corte di Strasburgo secondo cui "*This press release is a document produced by the Registry. It does not bind the Court.*": non può escludersi, infatti, che il contenuto di un comunicato stampa, che è poi una sintesi giornalistica di una decisione, ove non concordato quanto meno con il giudice costituzionale relatore chiamato a stendere la motivazione di quella pronuncia, possa ingenerare nel lettore del comunicato l'aspettativa di ritrovare nella motivazione i passaggi contenuti nel comunicato.

anche all'adottato in casi particolari di vedersi garantiti i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo<sup>4</sup>.

La *ratio decidendi* della sentenza muove dal presupposto che, a fronte dell'unificazione dello *status* di figlio<sup>5</sup>, non sia più tollerabile che al solo minore adottato in casi particolari sia negato il riconoscimento di relazioni che hanno “una notevole incidenza sulla crescita e la formazione di tali minori e che non possono essere negate, se non a costo di incidere sulla loro identità”<sup>6</sup>; all'inverso, la sentenza aumenta il divario tra l'adozione del minore – a prescindere dal percorso che vi ha condotto – e quella del maggiorenne, che resta più marcatamente plasmata su esigenze patrimoniali e successorie.

La vicenda all'origine della domanda sottoposta al giudice remittente vede una coppia di uomini, i signori M. e V., unirsi in matrimonio all'estero, ottenerne la trascrizione in Italia come unione civile ed avviare un progetto di genitorialità ricorrendo, all'estero, ad un accordo di surrogazione di maternità<sup>7</sup>.

Da questo percorso nasce una prima bambina, legata biologicamente a M. ed una seconda bambina, legata biologicamente a V.: ciascun componente della coppia è dunque padre biologico di un minore nato tramite un percorso di fecondazione assistita intrapreso all'estero e non consentito in Italia.

All'interno di tale relazione stabile e riconosciuta, M. si rivolge al Tribunale per i minorenni di Bologna, chiedendo di poter adottare la figlia biologica del suo partner, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d) della legge n. 184 del 1983 e in via consequenziale, quale effetto dell'adozione, di veder riconosciuto il rapporto di parentela pieno con i propri ascendenti e parenti.

---

<sup>4</sup> Per un commento alla sentenza n. 79 del 2022 sotto il profilo delle conseguenze di sistema sul diritto di famiglia cfr. N. CHIRICALLO, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*, in *Famiglia, Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, n. 3 del 2022, in [rivistafamiglia.it](http://rivistafamiglia.it).

<sup>5</sup> In particolare sull'unificazione dello *status* di figlio cfr. P. RESCIGNO, «*La filiazione “riformata” e l'unicità dello status*», in *Giurisprudenza italiana*, 2014, p. 5 ss.

<sup>6</sup> Cfr. Corte cost. sent. n. 79 del 2022, cons. dir. 8, *in fine*.

<sup>7</sup> La questione era stata sollevata dal Tribunale ordinario per i minorenni dell'Emilia Romagna che, in riferimento agli artt. 3, 31 e 117, primo comma, della Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu, aveva dubitato della legittimità dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, stabilisce che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante: cfr. l'ordinanza del Tribunale ordinario per i minorenni dell'Emilia Romagna, sede di Bologna, del 26 luglio 2021, iscritta al n. 143 del registro ordinanze dell'anno 2021.

Per un commento all'atto di promovimento cfr. A. SCHUSTER, *L'adozione non più mite? davanti alla Corte costituzionale: dubbi di inammissibilità*, in *Questione Giustizia*, 22 febbraio 2022, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/l-adozione-non-piu-mite-davanti-alla-corte-costituzionale-dubbi-di-inammissibilita>

Il Tribunale per i minorenni ritiene di potere accogliere la domanda relativa all'adozione in applicazione di una giurisprudenza di legittimità che attribuisce al componente di una coppia dello stesso sesso, anche se privo di un legame biologico con il figlio del partner, il diritto di adottarlo nella forma dell'adozione in casi particolari<sup>8</sup>, mentre reputa di non poter accogliere la seconda domanda, volta a riconoscere la costituzione di legami parentali con la famiglia del ricorrente.

Per quanto riguarda il primo punto, infatti, il giudice rileva che il procedimento di adozione in casi particolari di cui all'art. 44 lett. d), può trovare applicazione anche in caso di impossibilità giuridica di affidamento preadottivo, come avviene per minori che non si trovano in stato di abbandono, ma per i quali vi sia un interesse al riconoscimento di rapporti di genitorialità: così accade nel caso di specie, e cioè all'interno di una relazione stabile, sostenuta da un riconoscimento giuridico in Italia o all'estero, in cui sussiste l'interesse concreto del minore al riconoscimento del rapporto genitoriale di fatto instauratosi con l'altra figura genitoriale sociale, anche se dello stesso sesso.

Invece, per quanto riguarda la richiesta di un riconoscimento dei legami della minore con i parenti del ricorrente, il tribunale ritiene di scontrarsi in modo insormontabile con il tenore letterale del rinvio che l'art. 55 della legge n. 184 del 1983 opera all'art. 300, secondo comma, cod. civ., nella parte in cui stabilisce che "l'adozione non induce alcun rapporto civile [...] tra l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge".

L'art. 55 sarebbe formulato in termini così netti da non consentire una sua tacita abrogazione<sup>9</sup> per effetto dell'entrata in vigore della nuova disciplina sulla filiazione introdotta dalla legge n. 219 del 2012: questo importante intervento normativo ha sancito, tra l'altro, il principio della parità

---

<sup>8</sup> Il giudice *a quo* ritiene di poter percorrere questa strada sulla scorta di alcune pronunce della Corte di cassazione, quali in particolare Cass., Sez. 1, 22 giugno 2016, n. 12962, Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193 e delle sentenze della Corte costituzionale nn. 272 del 2017, 32 e 33 del 2021.

<sup>9</sup> L'abrogazione tacita, infatti presuppone un'incompatibilità tale da rendere impossibile la simultanea applicazione della vecchia e nuova disposizione, mentre il giudice remittente ha constatato che la disciplina delle unioni civili dettata dalla legge n. 76 del 2016 (art. 1, comma 20, ultimo periodo) ha ribadito la differenza tra adozione piena e quella in casi particolari, facendo salvo «quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

Sull'abrogazione tacita e le sue peculiarità cfr., almeno, L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, Bologna, 1996, p. 78, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino 2019, p. 12 e, da ultimo, N. CANZIAN, *Un'opera senza autore: l'abrogazione tacita*, in *Diritto costituzionale*, n. 1 del 2019, p. 105 ss.

Sulla legge 20 maggio 2016, n. 76 intitolata Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, cfr. per tutti, I. PERGOLESI, *La legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili e sulle convivenze: qualche breve osservazione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2017, p. 877 ss.

dello stato giuridico di tutti i figli<sup>10</sup>, riformulando anche la disposizione dedicata alla parentela, che oggi viene definita dall'art. 74 c.c. come “il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti”.

Questa norma non si occupa espressamente dell'adozione in casi particolari di minorenni e dunque l'art. 55 della legge n. 184 del 1983, rinviando alla disciplina di cui all'art. 300 c.c., che esclude per l'adozione dei maggiorenni il sorgere di un rapporto di parentela tra l'adottato e i parenti dell'adottante, non è superabile in via interpretativa e necessita di un intervento caducatorio della Corte.

Sotto il profilo della non manifesta infondatezza, il giudice remittente osserva come la disciplina censurata arrecherebbe un *vulnus* agli articoli 3 e 31 della Costituzione, perché contrasterebbe con il principio di parità di trattamento di tutti i figli, a cui ha dato esecuzione l'art. 74 c.c. che, come abbiamo appena visto, ha reso unico il vincolo di parentela legato allo stato di figlio con la sola eccezione dell'adozione del maggiorenne.

Nell'ordinanza di rinvio viene invece dedicato poco spazio ad argomentare la presunta violazione dell'art. 117, I comma, in relazione all'art. 8 CEDU: il giudice *a quo* si limita ad osservare che verrebbe impedito al minore, inserito nella famiglia costituita dall'unione civile, di godere pienamente della sua vita privata e familiare, “in una prospettiva di valorizzazione dei legami familiari secondo i principi di uguaglianza e di bigenitorialità<sup>11</sup>”, senza citare giurisprudenza europea a supporto della sua denuncia.

Più ampia è la motivazione dedicata ad illustrare la lesione dei parametri interni, ovvero gli artt. 3 e 31 della Costituzione: evocando la giurisprudenza di legittimità che ha portato ad una identità sostanziale tra le fattispecie dell'adozione legittimante e quella dell'adozione in casi speciali, l'ordinanza di rinvio conclude per l'esistenza di un'ingiustificata disparità di trattamento tra questi figli adottivi.

Dell'atto di promovimento colpisce però il silenzio sull'aggiramento del divieto di maternità surrogata previsto dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 posto in essere dal ricorrente: un

---

<sup>10</sup> Cfr. l'art. 315 c.c.

<sup>11</sup> Cfr. l'ordinanza del 26 luglio 2021 del Tribunale per i minorenni dell'Emilia-Romagna, pubblicata in G.U., Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 39 del 29 settembre 2021, p. 83.

riferimento all'esistenza della norma che vieta penalmente la condotta esposta nei fatti che raccontano di una coppia... “che si rivolgeva ad un'agenzia...che li aiutò trovare una donna portatrice con la quale intendevano mantenere nel tempo una relazione stabile. I signori V. e M. si recavano dunque in F...ove davano inizio alla procedura di procreazione medicalmente assistita”<sup>12</sup> avrebbe descritto in modo più completo il quadro normativo; pur restando il giudice poi libero di respingere la logica sanzionatoria sottesa a quel divieto e ritenere che la condotta dei genitori intenzionali non potesse ricadere sulla necessità di garantire al meglio i minori nati.

L'ordinanza di rinvio avrebbe cioè potuto soffermarsi più ampiamente sulle ragioni per le quali nella fattispecie oggetto del giudizio era riscontrabile l'assenza di un “legame da preservare”: in questa vicenda, infatti, la mancanza dei legami origina dal pianificato distacco del minore dalla madre biologica quale parte dell'accordo di gestazione per altri effettuata all'estero dal ricorrente.

Anche l'avvocatura dello Stato sottolinea che il giudice remittente non ha preso in considerazione il fatto che il minore oggetto del procedimento sia stato concepito tramite il ricorso alla surrogazione di maternità, ovvero “una pratica vietata e sanzionata penalmente dall'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 e che il diritto vivente ha riconosciuto contraria all'ordine pubblico, in quanto lesiva di valori fondamentali quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione”.

Prima di passare ad illustrare il merito della decisione, la Corte esamina e supera la principale obiezione di inammissibilità sollevata dall'avvocatura dello Stato concernente un possibile difetto di competenza del giudice *a quo*<sup>13</sup>.

La difesa erariale sosteneva che la domanda che ha per oggetto l'instaurazione di un rapporto parentale tra adottato e familiari dell'adottante rientrerebbe nella competenza esclusiva del tribunale ex art. 9 c.p.c. e non del giudice remittente, un Tribunale per i minorenni, ma la Corte costituzionale rigetta l'eccezione ricordando come solo un difetto di giurisdizione macroscopico ed incontrovertibile può condurre ad una dichiarazione di inammissibilità<sup>14</sup>: nel caso di specie, ancorché implicitamente, il Tribunale per i minorenni aveva ammesso la sua competenza,

---

<sup>12</sup> Cfr. l'ordinanza del 26 luglio 2021, op. ult. cit., p. 80.

<sup>13</sup> Anche la dottrina aveva ragionato di questa possibile causa di inammissibilità: cfr. A. SCHUSTER, *L'adozione – non più mite? – davanti alla Corte costituzionale: dubbi di inammissibilità*, cit., p. 4.

<sup>14</sup> Per questo orientamento cfr., *ex multis* e tra le più recenti, Corte cost., sentt. nn. 267 del 2020 e 65 del 2021.

invocando l'estensione degli effetti legali della sentenza sull'adozione sulla quale egli era certamente chiamato a pronunciarsi.

I giudici costituzionali danno poi conto dell'intervento di due *amici curiae*<sup>15</sup>, le associazioni "Famiglie arcobaleno: associazione genitori omosessuali" e "Rete Lenford Avvocatura per i diritti delle persone LGBTI+ Associazione di promozione sociale": le stesse sostenevano che, una volta affermata la piena parificazione di tutti i figli, ne discendesse necessariamente l'intollerabilità di una disposizione come quella censurata, che impedisce l'instaurarsi di rapporti di parentela tra i parenti dell'adottante in casi particolari e il minore.

Di fronte ad un intervento del Parlamento necessario e non più rinviabile, i due *amici curiae* auspicano una sentenza interpretativa di rigetto o, come in effetti otterranno, una pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge n. 184 del 1983, in combinato disposto con l'art. 300, secondo comma, cod. civ., nella parte in cui impedisce il sorgere di rapporti civili fra adottato e parenti dell'adottante.

## **2. L'adozione in casi particolari: l'originaria *ratio* e la sua progressiva evoluzione giurisprudenziale**

La sentenza in commento, dunque, garantirà una protezione piena all'interesse del minore adottato in casi particolari, rimuovendo l'ostacolo legislativo che impediva di riferire il richiamo al figlio adottivo, di cui all'art. 74 c.c., al minor adottato tramite questo istituto e rendendo possibile anche per lui il riconoscimento dei legami familiari con i parenti del genitore adottivo.

Occorre dunque ricostruire, ancorché brevemente, la disciplina e il percorso evolutivo che hanno interessato l'istituto dell'adozione in casi particolari. Essa è regolata dagli artt. 44 e seguenti della normativa fondamentale in materia di adozione, la l. n. 184 del 1983 e, nell'originario disegno legislativo, era considerata quale *extrema ratio* rispetto all'adozione legittimante, perché applicabile

---

<sup>15</sup> Sugli *amici curiae* cfr. M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, in *Questione giustizia*, 2020, fasc. 4, p. 122; C. MALINVERNO, *Quali prospettive per terzi, amici curiae ed esperti a più di un anno dalla riforma delle norme integrative? Spunti a partire dalla giurisprudenza costituzionale*, in *La rivista del Gruppo di Pisa*, 2021, 2, pp. 129; A. VUOLO, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *Federalismi*, 2020, XVI, p. 431 ss. In particolare sull'intervento di terzi nel giudizio in via principale v. E. ROSSI, *L'intervento di terzi nel giudizio in via principale dopo la modifica delle norme integrative*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2020, p. 406 ss.



in tutte quelle ipotesi in cui non fosse necessario o possibile recidere i legami con la famiglia d'origine<sup>16</sup>.

Anche la sua collocazione in un titolo diverso, il IV, da quello dedicato ai principi generali, il I, all'adozione generale e all'adozione internazionale, il II e III, lasciava presupporre che il legislatore volesse dettare una disciplina speciale per situazioni peculiari non rinvenibili nei principi di carattere generale che regolavano l'adozione piena<sup>17</sup>.

Col tempo, però, la lettera d) di cui all'art. 44, comma 1, è stata interpretata in via estensiva dalla giurisprudenza costituzionale e di merito e ha aperto, "due nuovi itinerari interpretativi nel solco delle originarie *rationes*"<sup>18</sup>.

Il primo itinerario ha visto l'affermazione della c.d. adozione mite, cioè ipotesi nelle quali l'adozione in casi particolari viene riconosciuta anche in mancanza dell'abbandono del minore, in situazioni sintetizzate come di semi-abbandono, casi che vedono una protratta permanenza del minore fuori della famiglia e un suo collocamento in comunità, oppure ipotesi di affidamento *sine die*<sup>19</sup>.

La prospettiva originaria in tal modo si rovescia: in questi casi è l'adozione piena che costituisce l'*extrema ratio*, a cui si accede solo quando non si ravvisi alcun interesse per il minore a conservare una relazione con la famiglia d'origine.

Nella stessa direzione si muovono alcune pronunce della Corte di Strasburgo, a partire dalla sentenza *Zhou c. Italia* del 21 gennaio 2014<sup>20</sup>, dove i giudici europei hanno sottolineato la necessità

---

<sup>16</sup> L'art. 44 disciplina quattro casi in cui i minori possono essere adottati anche senza versare in stato di abbandono: La prima è l'ipotesi sub a), è quella in cui in cui il minore viene adottato da persone a lui unite da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, quando il minore sia orfano di padre e di madre; la seconda ipotesi sub b) si ha nel caso in cui il minore venga adottato dal coniuge, nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; La terza ipotesi sub c), è quella in cui il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'art. 3, comma 1, della legge n. 104 del 1992, ovvero sia una persona «che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione», e sia orfano di padre e di madre; l'ultima ipotesi, sub d), si verifica quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

<sup>17</sup> L'osservazione è di B. POLIMENI, *La funzione sociale dell'adozione in casi particolari tra coppie di fatto persone singole: un giusto incentivo per il legislatore*, in *Questione Giustizia* n. 2 del 2019, p. 102.

<sup>18</sup> Così Corte cost., sent. n. 79 del 2022, cons. dir. n. 5.2.

<sup>19</sup> I giudici, dopo aver verificato l'impossibilità delle condizioni per il rientro del minore nella famiglia di origine procedono dunque all'adozione "mite". In tal caso non si esige, a differenza delle ipotesi di adozione particolare sub art. a), b) e c) dell'art. 44 il presupposto della previa declaratoria di adottabilità del minore ma solo il consenso dei genitori o del tutore oppure un provvedimento di decadenza della loro potestà genitoriale.

<sup>20</sup> Cfr. Corte Edu, *Zhou c. Italia*, 21 gennaio 2014, ric. n. 33773/11 annotata da F.P. OCCHIOGROSSO, *Con la sentenza Cedu Zhou contro l'Italia l'adozione mite sbarca in Europa*, in *Minori Giustizia*, 2014, n. 2, p. 268.

di preservare, per quanto possibile, il legame tra il minore e il genitore naturale che si trovi in una situazione di difficoltà, qualora questa possa essere superata attraverso l'assistenza dei servizi sociali. In quel caso la Corte Edu concluse per la violazione dell'art. 8 della Cedu, perché le autorità italiane avrebbero dovuto prendere misure concrete per consentire al bambino di vivere con la madre, invece di dichiararlo adottabile<sup>21</sup>.

Tra tali misure, i giudici di Strasburgo evocano un orientamento già presente nella giurisprudenza italiana di merito, che ben avrebbe potuto applicarsi al caso della ricorrente, e cioè quello che riconosceva l'adozione in casi particolari anche in mancanza di abbandono del minore.

In linea con questo orientamento della Corte Edu, ribadito da successive sentenze<sup>22</sup>, i giudici nazionali hanno riconosciuto ulteriori casi nei quali possono rinvenirsi modelli di adozione compatibili con la non rescissione dei legami con il genitore naturale<sup>23</sup>.

Gli sviluppi più recenti riguardano la c.d. adozione "aperta", ovvero una forma di applicazione evolutiva dell'adozione piena, connotata però dalla possibilità di mantenere i rapporti tra il minore e la famiglia d'origine<sup>24</sup>.

Il secondo orientamento che ha condotto ad un allargamento in via interpretativa dell'applicazione dell'art. 44 lett. d, riguarda più direttamente la questione che oggi viene sottoposta alla Corte, rendendo possibile applicare l'istituto all'adozione coparentale nell'ambito delle coppie omosessuali.

Una prima felice ricostruzione di questo filone giurisprudenziale è rinvenibile in una sentenza della Corte di cassazione del 2016, secondo cui l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44,

---

<sup>21</sup> Cfr. Corte Edu, *Zhou c. Italia*, cit., § 59 e 60.

<sup>22</sup> Cfr. da ultimo, Corte Edu, *D.M. e N. c. Italia*, 20 gennaio 2022, ric. n. 60083/19, § 83 dove la Corte osserva che anche in quel caso le autorità italiane non si erano sforzate adeguatamente di preservare i legami familiari tra la madre biologica e la figlia e favorirne lo sviluppo e si erano "limitate a prendere in considerazione l'esistenza di alcune difficoltà, quando invece queste difficoltà avrebbero potuto, con ogni probabilità, essere superate per mezzo di un'assistenza sociale mirata".

<sup>23</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 13 febbraio 2020, n. 3643; Cass., Sez. I, 22 novembre 2021, n. 35840; Cass., Sez. I, 25 gennaio 2021, n. 1476; Cass., Sez. I, 15 dicembre 2021, n. 40308.

<sup>24</sup> Cfr. la recente sentenza n. 1 del 2022 della Sezione Minorile della Corte d'Appello di Roma annotata da E. BATELLI, *Il difficile, ma necessario, sforzo per perseguire in concreto il superiore interesse del minore: un'ipotesi di adozione aperta in Questione giustizia*, 6 aprile 2022.

L'autore chiarisce che l'adozione "aperta" (con la quel peraltro altra parte della dottrina si riferisce all'adozione mite) deriverebbe da una interpretazione evolutiva dell'art. 27, ultimo comma, della legge n. 184 del 1983, che leggerebbe l'inciso per cui "con l'adozione cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali" nel senso di non escludere le relazioni affettive di fatto prive di rilevanza giuridica.

Sarebbe dunque una forma peculiare di adozione piena, con caratteri però meno rigorosi, connotata dalla possibilità di mantenimento di rapporti tra il minore e la famiglia d'origine, cit. p. 4.

comma 1, lett. d), l. n. 184 del 1983, presuppone la constatata impossibilità di affidamento preadottivo, che può essere di fatto ma anche di diritto, in quanto, a differenza dell'adozione piena, non presuppone una situazione di abbandono dell'adottando e può essere disposta allorché si accerti, in concreto, l'interesse del minore al riconoscimento di una relazione affettiva già instaurata e consolidata con chi se ne prende stabilmente cura, non avendo invece alcuna rilevanza l'orientamento sessuale dell'adottante<sup>25</sup>.

Anche in questo orientamento, applicato in varie occasioni, prima con riguardo a coppie omosessuali femminili<sup>26</sup> e poi con riguardo anche a quelle maschili, sono state decisive le sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale ed europea<sup>27</sup>.

### **3. La decisione della Corte: se unico è lo *status* di figlio, unica deve esserne la tutela**

In questa cornice, in cui i presupposti dell'adozione in casi particolari vengono ricostruiti ed applicati alla luce del principio di tutela dell'interesse in concreto del minore a mantenere relazioni

---

<sup>25</sup> Cass. Sez. civ. 12 giugno 2016, n. 12962.

<sup>26</sup> Per casi nei quali i giudici di merito hanno riconosciuto l'adozione coparentale nell'ambito di coppie omosessuali cfr. Trib. min. Firenze, 8 marzo 2017, in <http://www.articolo29.it/2017/una-vera-e-propria-famiglia-da-firenze-un-nuovo-passo-avanti-per-il-riconoscimento-dellomogenitorialita/>; App. Milano, 9 febbraio 2017, in *GenIus*, 2017, fasc. 1, p. 147, App. Milano, 22 aprile 2017, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2061.

<sup>27</sup> Per quanto riguarda la giurisprudenza costituzionale, si segnala in particolare la sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2017 che traccia il perimetro dei criteri attributivi dello *status filiationis* alla luce della questione della maternità surrogata: in quella decisione la Corte era chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 263 c.c., nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso e dunque nella parte in cui non esclude l'ammissibilità dell'impugnazione nei confronti del genitore non biologico del minore nato da maternità surrogata.

Nel dichiarare infondata la questione, la Corte individua nell'adozione in casi particolari lo strumento per far fronte alla mancanza del legame genetico tra l'aspirante genitore e il minore nato da maternità surrogata, e sottolinea che anche quando, come nel caso oggetto del *giudizio a quo*, la procreazione sia avvenuta mediante surrogazione di maternità realizzata all'estero, l'esigenza di verità della filiazione non prevale in modo automatico, ma consente sempre al giudice di valutare l'interesse concreto del minore, incluso quello alla stabilità dello status acquisito, la durata del rapporto con il minore e alla condizione identitaria già da lui acquisita.

Il bilanciamento esige di valutare le modalità della gestazione e la possibilità di costituire con il genitore intenzionale un legame giuridico che garantisca al minore un'adeguata tutela. In tale valutazione va ricordato il disvalore che l'ordinamento italiano riconnette alla surrogazione di maternità, che "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane".

Per un commento alla sentenza cfr. 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, 2018; S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di 'obiter dicta' da prendere sul serio)*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2, 2018.

affettive già instaurate e consolidate<sup>28</sup>, la Corte viene oggi chiamata ad allargare il suo giudizio non più sui presupposti, ma sull'efficacia della tutela offerta al minore adottato tramite questo istituto.

La questione di legittimità deve inoltre misurarsi con la necessità di garantire adeguatamente i nati da maternità surrogata, in un difficile bilanciamento tra le esigenze di tutela del minore già nato e la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica.

Di tale ultima esigenza si è fatta carico anche la Corte europea, che ha elaborato sia in via contenziosa<sup>29</sup>, sia in via consultiva<sup>30</sup>, un orientamento che rimette alla discrezionalità di ciascuno Stato la scelta degli strumenti con cui assicurare un'adeguata tutela del minore, escludendo un obbligo per gli Stati di consentire la trascrizione di atti stranieri che riconoscano sin dalla nascita lo *status* di padre o madre al “genitore di intenzione”: i giudici europei hanno specificato che tra i possibili strumenti rientra anche l'adozione, “a condizione che le modalità previste dal diritto

---

<sup>28</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2021, cons. dir. 8.1 e 8.2.

<sup>29</sup> Nella recente sentenza della Corte Edu *Valdis Fjolvnsdottir c. Islanda*, del 18 maggio 2021, la Corte ha ribadito che rientra nella discrezionalità riconosciuta agli Stati vietare la maternità surrogata e rifiutarsi di trascrivere gli atti di nascita stranieri e ha aggiunto, altresì, che tale divieto risponde all'esigenza di un'effettiva protezione delle donne, che potrebbero trovarsi in una posizione di fragilità e subire pressioni a causa della surrogazione, nonché dei diritti dei minori, tra i quali va annoverato anche quello di conoscere i propri genitori naturali: cfr. Corte Edu, *Valdis Fjolvnsdottir e altri c. Islanda*, 18 maggio 2021, ric. n. 71552/17.

<sup>30</sup> Il Protocollo opzionale n. 16 CEDU introduce una nuova competenza consultiva che consente alle alte giurisdizioni indicate dagli Stati che decidono di ratificare il Protocollo (tra cui, ad oggi, non vi è l'Italia) di presentare alla Corte Edu delle “richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione”.

La prima richiesta è stata sollevata su iniziativa della Corte di Cassazione francese, che ha interrogato i giudici di Strasburgo sulla possibilità del riconoscimento dell'atto straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il “genitore d'intenzione” di un paese in cui viga il divieto di ricorrere a tale pratica.

Nel fornire i suoi chiarimenti, la Corte Edu ha ribadito che l'art. 8 della Cedu non obbliga al riconoscimento di una simile relazione fin dall'inizio tramite la via della trascrizione del certificato, nel senso che gli Stati ben possono prevedere altri meccanismi di tutela, come il ricorso all'adozione del bambino, sempre che questa procedura avvenga in tempi rapidi.

Per una bibliografia essenziale sull'origine dei Protocolli n. 15 e n. 16 Cedu cfr., V. ZAGREBELSKY, *Note sulle conclusioni della Conferenza di Brighton per assicurare l'avvenire della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2012; G. RAIMONDI, *La dichiarazione di Brighton sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2012; *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di E. LAMARQUE, Torino, 2015 e, volendo, E. CRIVELLI, *Il contributo dei Protocolli nn. 15 e 16 al processo di riforma della Corte di Strasburgo*, Torino, 2021.

Per un commento alla prima *Advisory opinion* P16-2018-001, cfr. R. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post- Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Questione giustizia*, 28 maggio 2019; L. Poli, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, in *Dir. um. dir. int.*, 2, 2019, p. 418 ss.; O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019 e, volendo, E. CRIVELLI, *Il primo parere in attuazione del Protocollo n. 16 Cedu: alcuni chiarimenti in tema di maternità surrogata*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2019, p. 709 ss.

interno garantiscano l'effettività e la rapidità del procedimento adottivo, in applicazione del principio dell'interesse superiore del minore<sup>31</sup>”.

Anche la Corte costituzionale ha recentemente affermato la necessità di assicurare nell'interesse del minore il riconoscimento giuridico del legame con coloro che esercitano di fatto la responsabilità genitoriale, precisando che tale interesse è preminente, ma non è “tiranno” nel senso che “non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto ad ogni altro interesse in gioco, ma deve essere bilanciato, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo, legittimamente perseguito dall'ordinamento, di disincentivare il ricorso, penalmente sanzionato, alla surrogazione di maternità”<sup>32</sup>.

Da ultimo, nelle sentenze non n. 32 e 33 del 2021, la Corte ha dichiarato inammissibili questioni sollevate in tema di minori nati da maternità surrogata e di riconoscimento di figli nati da fecondazione eterologa nell'ambito di coppie omosessuali, evocando come indispensabile l'intervento del legislatore, l'unico in grado di bilanciare compiutamente i vari interessi in gioco e disciplinare in modo organico la condizione dei nati in situazioni in cui la tutela è più carente<sup>33</sup>.

In questo quadro, la specifica criticità che viene oggi posta all'attenzione della Corte costituzionale è quella che impedisce la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante e che porta il giudice costituzionale a chiedersi quale sia la *ratio* che associa allo *status* di figlio il sorgere dei rapporti parentali.

La *ratio* si nutre del principio di tutela dell'interesse del minore e si concretizza in disposizioni come quella che dispone che il figlio ha diritto a mantenere rapporti significativi con i parenti, come recita l'art. 315-bis del codice civile, o quella che prevede che quando i genitori non hanno mezzi

---

<sup>31</sup> Cfr. La decisione Corte Edu, *C. e E. c. Francia*, ric. nn. 1462/18 e 17348/18, 12 dicembre 2019, § 39.

I ricorrenti erano due coppie di cittadini francesi che non avevano ottenuto in Francia la trascrizione della relazione di filiazione tra la madre d'intenzione e i bambini nati all'estero a seguito di maternità surrogata.

La Corte richiama alcuni passaggi della sua prima *Advisory opinion* ed in particolare quelli in cui aveva chiarito che l'art. 8 Cedu esige che il diritto interno renda possibile il riconoscimento del legame di filiazione tra il minore e la madre d'intenzione designata nell'atto di nascita formatosi all'estero come madre legale: ed aggiunge che tale riconoscimento non deve necessariamente assumere la strada della trascrizione dell'atto nei registri dello stato civile, ma può seguire anche altre vie, quale in particolare quella dell'adozione, sempre che tale istituto garantisca una tutela rapida ed efficace.

(condizione che risulta provata nel caso di specie, dal momento che la durata media di un procedimento adottivo in Francia oscilla tra i 4,1 e i 4,7 mesi, un tempo che la Corte valuta come ragionevole).

<sup>32</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 33 del 2021, cons. dir. n. 5.5.

<sup>33</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2021, cons. dir. n.2.4.14, dove la Corte evoca la necessità di “una disciplina della materia che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale”.

sufficienti, gli altri ascendenti, in ordine di prossimità, sono tenuti a fornire ai genitori stessi i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli (art. 316-bis c.c.), o infine, quella per cui gli stessi ascendenti hanno diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni (art. 317 bis c.c.)<sup>34</sup>.

La Corte ricostruisce poi una serie di indici sostanziali, come la tendenziale stabilità dello *status* dell'adottato, e lessicali, come l'utilizzo di espressioni quali "responsabilità genitoriale" e "dovere verso i figli", per sottolineare la differenza tra la condizione voluta per l'adozione in casi speciali e altri istituti pensati per tutelare il minore, come l'affido temporaneo o la nomina del tutore.

Infine, individua due ragioni alla radice del contrasto con gli art. 3 e 31 Cost. della norma che priva in modo irragionevole il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali. Il primo argomento è quello per cui nell'adozione in casi particolari il giudice deve valutare non solo l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore, ma anche "l'ambiente familiare degli adottanti"<sup>35</sup>.

L'altro argomento è quello per cui l'aggiunta dei legami familiari è la naturale conseguenza di un tipo di adozione che può vedere l'affiancamento di un genitore adottivo a uno biologico o riguarda comunque situazioni in cui si ravvisa la "necessità di potenziare le tutele e non di ridurle": questa conclusione è certamente condivisibile, ma anche in tal caso va subordinata ad una verifica in concreto dell'interesse del minore, senza cedere all'idea che aggiungere una famiglia sia sempre e comunque la soluzione preferibile<sup>36</sup>.

Per quanto riguarda l'altro parametro invocato, e cioè l'art. 117, primo comma Cost., in relazione all'art. 8 Cedu, il giudice costituzionale richiama una serie di precedenti della Corte di Strasburgo per sostenere che la mancata instaurazione di rapporti di parentela costituisce un

<sup>34</sup> Per una panoramica sui vari aspetti che possono interessare la posizione degli ascendenti (conflittualità tra nonni e genitori e crisi della famiglia, legittimazione processuale degli ascendenti, diritto di visita ai nipoti, etc.) cfr. G. PIANEZZE, *Diritti e obblighi degli ascendenti*, Milano, 2014, mentre per un approfondimento dell'apporto emotivo che sorregge questa relazione cfr. S. DI NUOVO, *Sui diritti dei nonni (e dei nipoti): un punto di vista psicologico*, in *Minori Giustizia*, 2014, p. 76 ss.

<sup>35</sup> Cfr. Corte cost., sent. 79 del 2022, cons. dir. 8.2.

<sup>36</sup> La verifica concreta dell'interesse del minore deve valersi anche delle competenze della scienza medica e in particolare di quella psicologica, per guidare il giudice che applica le norme, incluse quelle che assicurano il diritto degli ascendenti di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, a tener conto dei complessi aspetti che incidono sulle dinamiche familiari: dunque, al di là dei principi astratti, "è essenziale una accurata valutazione psicologica – anche avvalendosi di opportune consulenze – dell'interesse del minorenne a mantenere, incrementare o diminuire (in certi casi troncando) rapporti con ascendenti che a seconda dei casi possono essere facilitanti, stimolanti, supportivi, oppure ambivalenti e regressivi, o addirittura disturbanti per un sereno sviluppo" così, S. DI NUOVO, *Sui diritti dei nonni (e dei nipoti): un punto di vista psicologico*, cit., p. 78.

ostacolo all'effettività della tutela garantita al minore: si noti che la Corte trascura di citare quella giurisprudenza europea che ha riconosciuto che il diritto dei nonni rientra tra le relazioni familiari tutelate dall'art. 8 Cedu<sup>37</sup>, pur specificando che i legami tra nonni e nipoti e quelli tra genitori e figli sono di natura e intensità diverse<sup>38</sup>, e che, per la loro stessa natura, i primi richiedono in linea di principio un minor grado di protezione<sup>39</sup>.

È interessante notare che mentre nell'esame dei parametri interni la Corte aveva dato scarso rilievo alla fattispecie concreta conosciuta dal giudice remittente, nella parte della sentenza che ricostruisce il parametro interposto che coinvolge la Cedu, vengono richiamate quelle decisioni di Strasburgo che riguardano specificamente la posizione dei minori nati a seguito della surrogazione per altri<sup>40</sup>, perché, si precisa, "è la fattispecie oggetto del giudizio a *quo*".

#### **4. Qualche ombra: il silenzio sul divieto di ricorrere alla maternità surrogata**

Al termine di queste riflessioni dedicate ad una sentenza largamente persuasiva, occorre spendere qualche parola anche su un aspetto meno convincente della pronuncia: esso nasce dalla constatazione di come la Corte sembri aver lasciato intenzionalmente nell'ombra il caso concreto che ha portato all'utilizzo della disposizione impugnata<sup>41</sup>.

È noto che il nostro sistema di accesso in via incidentale presuppone che la questione di costituzionalità nasca come una risposta di carattere generale, dove la Corte è chiamata a

---

<sup>37</sup> Ad esempio, nella sentenza *Terna c. Italia*, del 14 gennaio 2021, ricorso n. 21052/18, CEDU, la Corte Edu aveva accertato la violazione dell'articolo 8 da parte dello Stato italiano che non aveva adottato misure idonee a garantire il legame tra nonna e nipote.

<sup>38</sup> Cfr. Corte Edu, *Kruškić c. Croazia*, dec. n. 10140/13, 25 novembre 2014 §§ 108-110

<sup>39</sup> Cfr. Corte Edu, *Mitovi c. l'ex-Repubblica jugoslava di Macedonia*, 16 aprile 2015, ric. n. 53565/13, § 58.

<sup>40</sup> Cfr. Corte cost. sent. n. 79 del 2022, cons. dir. n. 9 dove la Corte richiama quelle decisioni della Corte di Strasburgo che hanno affermato l'ampio margine di apprezzamento spettante agli Stati membri in merito alla possibilità di riconoscere tali rapporti di filiazione, citando le sentenze della Corte Edu, *Valdis Fjölfnisdóttir e altri c. Islanda*, ric. n. 71552/17, 18 agosto 2021, § 66-70 e 75; *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12), 24 gennaio 2017§ 197-199; *Mennesson c. Francia*, ric. n. 65192/11, 14 giugno 2014, § 74.

<sup>41</sup> Sul bilanciamento dei diritti del bambino e il divieto di surrogazione cfr., da ultimo, 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.

pronunciarsi sulla validità di una norma astratta, a partire dal dubbio posto dal giudice remittente che conosce di un caso concreto<sup>42</sup>.

Applicando questo modello alla sentenza n. 79 del 2022, possiamo dire che l'esame della norma astratta ha consentito alla Corte di compiere affermazioni molto importanti, che si sono prese carico della situazione del minore e garantiranno la sua tutela anche al di fuori del nucleo genitoriale.

La Corte adotta una sentenza convincente, a partire però da un caso che, rispetto alle altre ipotesi concernenti l'allargamento in via giurisprudenziale dell'adozione in casi particolari, riguarda la situazione più delicata e controversa. Ripercorrendo la casistica che dà accesso a questo tipo di adozione la Corte evoca situazioni relative a minori orfani o orfani con disabilità, adottati da terzi quando non vi sia la disponibilità dei parenti, minori abbandonati, ma non adottabili, minori semi-abbandonati, con genitori e famiglie inidonei ad occuparsi adeguatamente di loro, minori che vivono in un nuovo nucleo familiare, minori che hanno un solo genitore: tutte situazioni unificate dal comune denominatore di riguardare bambini "per i quali la rete di rapporti familiari non è certo un privilegio" quanto.. "un consolidamento della tutela rispetto a situazioni peculiari e delicate".

Ed anche se il nostro sistema di accesso alla giustizia costituzionale non consente alla Corte di scegliersi le questioni sui cui pronunciarsi né, tantomeno, giudicare in modo diverso a seconda delle fattispecie concrete conosciute dal giudice che solleva il dubbio di costituzionalità, in questa vicenda l'omessa valutazione della illiceità della fattispecie oggetto del giudizio *a quo* è parsa intenzionale, e contribuisce a far perdere progressivamente di effettività il divieto posto dal legislatore di far ricorso alla gestazione per altri.

Il silenzio della Corte è stato peraltro agevolato da quello del giudice remittente che, come abbiamo già sottolineato, non ha richiamato il divieto previsto dall'art. 12 della legge n. 40 del 2004: questa omissione ha consentito al giudice costituzionale di ribadire nella prima parte della motivazione una condanna in astratto delle ragioni alla base del divieto di surrogazione di maternità, ricordando che "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, (sentenza n. 272 del 2017 e, da ultimo, sentenza n. 33 del 2021), assecondando

---

<sup>42</sup> Si tratta di uno dei temi centrali della giustizia costituzionale sul quale si rinvia a G. D'ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Torino, 1988; M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Milano, 1991; R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come giudizio senza parti*, Milano, 1985. Utile anche la recente analisi di S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Torino, 2018, p. 359 ss.



un'inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale<sup>43</sup>», ma di evitare altresì di darvi rilievo nel successivo concreto bilanciamento dei vari interessi in gioco.

E' indubbio che la Corte debba tutelare la realtà di minori che vivono già di fatto in una relazione affettiva con il partner del genitore biologico e che l'adozione in casi particolari presupponga «un giudizio sul miglior interesse del minore e un accertamento sull'idoneità dell'adottante»: per questo accertamento, l'orientamento sessuale del richiedente è un elemento che non può e non deve incidere sull'idoneità all'assunzione della responsabilità genitoriale, mentre un elemento che potrebbe pesare è la scelta di un progetto educativo che ricorre ad una pratica vietata dalla legge. Non è qui minimamente in discussione la tutela dell'orientamento sessuale di individui che del tutto legittimamente aspirano ad un progetto di genitorialità, tanto è vero che le stesse conclusioni si potrebbero trarre nell'ipotesi di coppie eterosessuali infertili che decidessero di ricorrere alla GPA (che sono poi statisticamente le più numerose), ma la possibilità di uno Stato di far valere le esigenze sottese a questo divieto.

In definitiva, per conseguire l'obiettivo di un ragionevole bilanciamento tra tutti i valori in gioco, e partendo dal presupposto che fino ad oggi la Corte ha escluso un presunto diritto alla genitorialità non solo dell'*an* e del *quando* ma anche del *quomodo*,<sup>44</sup> la strada da preferire presuppone l'intervento del legislatore non tanto nel senso di introdurre un simbolico quanto inefficace e moralistico reato universale<sup>45</sup>, ma nel pensare ad una disciplina che tuteli in modo più completo la situazione dei nati da maternità surrogata all'estero, eventualmente superando l'attuale soluzione-ponte dell'adozione in casi particolari<sup>46</sup>, e, soprattutto, nel pretendere finalmente una disciplina che renda possibile anche per le coppie omosessuali accedere all'adozione legittimante.

---

<sup>43</sup> Cfr. Corte cost., sent. 79 del 2022, cons. dir. 5.2.3, che richiama a sua volta le sentt. nn. n. 272 del 2017 e n. 33 del 2021.

<sup>44</sup> Cfr. Corte cost. sent. n. 221 del 2019, cons. dir. n. 10.

<sup>45</sup> Il riferimento è al testo base del progetto di legge votato dalla Commissione Giustizia che mira a rendere universale il divieto di surrogazione di maternità, reato che diventerebbe quindi procedibile anche se commesso «all'estero da cittadino italiano». Cfr. il progetto C.2599 d'iniziativa Carfagna e C. 306 d'iniziativa Meloni.

Anche al Senato è stato presentato il disegno di legge S. 2580 d'iniziativa del senatore Salvini.

Per un giudizio critico su queste iniziative legislative cfr. le osservazioni di M. PELLISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni) Camera dei Deputati*, in *Sistema Penale*, 29 giugno 2021.

<sup>46</sup> In questo senso va la recente ordinanza interlocutoria della Prima sezione civile della Corte di Cassazione n. 1842 del 22 gennaio 2022 che ha interpellato le Sezioni Unite sulla questione relativa al riconoscimento di atto di nascita estero di minore nato mediante ricorso alla gestazione per altri, da parte del genitore non biologico, in coppia

Infatti, la progressiva svalutazione del divieto di maternità surrogata, che rinviene il bene protetto dalla norma incriminatrice nella tutela della dignità della gestante e del bambino e non certo nella tutela di un astratto modello di famiglia<sup>47</sup>, lascia irrisolto il tema della disparità di trattamento delle coppie in base alla loro capacità economica: la possibilità di formare una famiglia con figli resterebbe, infatti, riservato solo alle coppie più abbienti, che dispongano delle risorse economiche necessarie per recarsi in un altro Stato che consente ad esse il ricorso alla gestazione per altri. Il rischio, però, è di finire per nutrire anche involontariamente, “un filone giurisprudenziale che, confondendo il desiderio di genitorialità con un vero e proprio diritto ad avere figli, pretende di sdoganare la pratica della surrogazione di maternità, pur di darvi attuazione”<sup>48</sup>.

---

omogenitoriale maschile, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2021: l’ordinanza propone una rimeditazione dell’approdo a cui le Sezioni Unite erano giunte con la pronuncia n. 12193 del 2019, ritenendo non trascrivibile l’atto predetto perché contrario ai principi di ordine pubblico internazionale.

Per un commento critico all’ordinanza cfr. A. MORACE PINELLI, *Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all’esame delle Sezioni Unite*, in *Giustizia insieme*, 10 maggio 2022.

<sup>47</sup> Ce lo ricorda opportunamente G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, cit., p. 13, nota 46.

<sup>48</sup> Così A. MORACE PINELLI, *Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all’esame delle Sezioni Unite*, cit., p. 1.