

I correttivi “funzionali” all’istituto dell’adozione in casi particolari

di REMO TREZZA

SOMMARIO: 1. Breve ricostruzione del fatto. – 2. La disciplina dell’adozione in casi particolari: un sistema da integrare. – 3. Le ragioni della declaratoria di incostituzionalità e l’apporto “costituzionalmente orientato” del diritto vivente. – 4. Il dialogo con la giurisprudenza della Corte EDU. – 5. L’opportunità di una “funzione contestuale” per l’istituto dell’adozione in casi particolari.

1. Breve ricostruzione del fatto

La Corte costituzionale, con sentenza n. 79 del 28 marzo 2022, è intervenuta su di una questione già ampiamente discussa in giurisprudenza e, soprattutto, in dottrina: l’adozione in casi particolari e l’instaurazione di rapporti civili tra l’adottato e i parenti dell’adottante¹. Brevi

¹ Sul punto, si rinvia a C. RUSCONI, *L’adozione in casi particolari: aspetti problematici nel diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Jus*, n. 3/2015, specie p. 20, ove l’A. sottolinea che: «[...] per quanto l’adozione piena e l’adozione particolare dei minori siano accomunate dal *nomen iuris*, si trovino nella stessa sede normativa e partecipino della medesima *ratio* solidale, mantengono un’insuperabile differenza strutturale. Dalla sistemativa legislativa risulta, infatti, che la condizione degli adottati in casi particolari è in gran parte modellata di conserva a quella degli adottati maggiorenni e che questa non è in generale equiparata allo stato di filiazione, ma soltanto nei precisi casi in cui il legislatore così ha disposto, ad esempio agli artt. 433, 536, co. 2 e 567 c.c. Di contro, solo gli adottati secondo le regole del titolo II l. 184 sono considerati alla stessa stregua dei figli, come dispone l’art. 27, co. 1 l. 184: proprio attraverso tale norma si può allora identificare nel “figlio adottivo” di cui all’art. 74 c.c. il figlio adottato in modo pieno, mettendo così in pari il codice e la legge speciale. Nella medesima prospettiva, non è probabilmente privo di rilievo il fatto che nel contesto del titolo IV della l. 184 non si usi mai la parola “figlio” per esprimere lo *status* dell’adottato in casi particolari rispetto all’adottante»; B. POLISENO, *La funzione sociale dell’adozione in casi particolari tra coppie di fatto e persone singole: un giusto incentivo per il legislatore*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2019, p. 109, la quale, sulla funzione dell’istituto, ovvero quella di dare una famiglia ad un minore in stato di abbandono, afferma che: «Con il richiamo alla constatata impossibilità dell’affidamento preadottivo, si è detto, il legislatore non ha potuto che riferirsi a situazioni di fatto ostative ad esso e alla conseguente adozione piena: «ai cd. bambini difficili che, per età, carattere, storia di accudimento nessuno vuole», ai bambini già adolescenti, portatori di handicap o con gravi problemi di carattere sanitario o psicologico per i quali non è, in concreto, possibile il collocamento in affidamento preadottivo. In quest’ottica, si è osservato che accordare la *stepchild adoption* per effetto dell’art. 44, comma 1, lett. d, rappresenta un’innegabile forzatura interpretativa e che la questione relativa alla possibilità di adottare il figlio del *partner* richiederebbe, invece, una positiva risposta da parte del legislatore, non dovendo l’adozione parimenti essere preclusa alle persone singole, quale alternativa preferibile all’inserimento in una struttura di ricovero»; M. ROVACCHI, *Le adozioni in casi particolari*, Milano, 2016, p. 43 sugli effetti specifici derivanti dall’istituto; C. M. BIANCA, *Note per una revisione dell’istituto dell’adozione*, in *Jus civile*, n. 1/2018, p. 64, ove evidenzia che: «L’adozione in casi particolari deve rimanere, in quanto consente o agevola l’adozione del minore in situazioni di speciale difficoltà senza recidere il rapporto del minore con la sua famiglia. Tale adozione è una soluzione specificamente appropriata quando risulta che la famiglia è un ambiente definitivamente inidoneo ma che tuttavia essa mantiene un significativo legame affettivo col minore. L’applicazione in tale ipotesi dell’adozione in casi particolari da parte di qualche nostro tribunale, la c.d. adozione mite, ha avuto l’apprezzamento della CEDU»; G. FERRANDA, *L’adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Dir. succ. fam.*, n. 1/2017, p. 18 ss.

notazioni del fatto possono far comprendere al meglio la vicenda in esame e, dunque, le conseguenti argomentazioni espresse dalla Consulta.

Il Tribunale ordinario per i minorenni dell'Emilia Romagna ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 31 e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 55 l. 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, co. 2, c.c., stabilisce che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

Il ricorrente nel giudizio *a quo* ha chiesto, ai sensi dell'art. 44, co. 1, lett. d), l. n. 184 del 1983, di adottare una minore, che è figlia biologica del *partner* a cui è legato con un'unione civile e con il quale ha condiviso un percorso di fecondazione assistita, effettuato all'estero, che ha consentito la nascita della bambina. Il giudice *a quo* ha affermato di poter accogliere la domanda di adozione, ma non la richiesta di riconoscimento dei rapporti civili della minore con i parenti del ricorrente. Di ostacolo a tale accoglimento sarebbe il rinvio che l'art. 55 l. n. 184 del 1983 opera all'art. 300, co. 2 c.c., 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. Per il medesimo rimettente, l'esclusione, nella disciplina dell'adozione in casi particolari, dei rapporti civili fra l'adottato e i parenti dell'adottante arrecherebbe un *vulnus* agli artt. 3 e 31 Cost., in quanto contrasterebbe con il principio di parità di trattamento di tutti i figli, nati all'interno o fuori dal matrimonio e adottivi, che trova la sua fonte costituzionale negli artt. 3 e 31 Cost. ed è stato inverato dalla riforma sulla filiazione (l. 219/2012) e dal rinnovato art. 74 c.c. che ha reso unico senza distinzioni il vincolo di parentela che scaturisce dagli *status* filiali con la sola eccezione dell'adozione del maggiorenne². Violerebbe, inoltre, l'art. 117, co.

² Sul punto, si rinvia nuovamente a C. RUSCONI, *L'adozione in casi particolari*, cit., p. 19, ove si legge: «Accanto a tale innovazione, si è scorto nell'art. 74 c.c. un secondo profilo di novità. Combinando la previsione, formulata in positivo, per cui si ha parentela anche “nel caso in cui il figlio è adottivo”, senza specificazioni circa la forma di adozione, e l'esclusione contenuta nel secondo periodo (“Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti”), si è tratta la conclusione della tacita abrogazione dell'art. 55 l. 184 nella parte in cui richiama l'art. 300 c.c., sicché pure l'adozione in casi particolari determinerebbe il sorgere del rapporto di parentela, con le conseguenti implicazioni di ordine successorio». La dottrina, a tal uopo, è divisa, mentre dai lavori preparatori non è possibile trarre alcun argomento a favore. Aderisce alla tesi esposta dal Rusconi, E. GIACOBBE, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma “Bianca”*, in *Dir. fam.*, 2014, pp. 838 e ss.; J. LONG, *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina delle adozioni dei minorenni*, in *La nuova disciplina della filiazione*, Rimini, 2014, p. 258. In senso contrario si sono espressi A. FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014, pp. 7 e ss.; F. BOCCHINI, *La famiglia di fatto tra filiazione e convivenza more uxorio*, in *ID.*, *Diritto di famiglia. Le*

1 Cost., in riferimento all'art 8 CEDU, in quanto impedirebbe al minore inserito nella famiglia costituita dall'unione civile di godere pienamente della sua "vita privata e familiare" intesa in senso ampio, comprensiva di ogni espressione della personalità e dignità della persona ed anche del diritto alla identità dell'individuo.

2. La disciplina dell'adozione in casi particolari: un sistema da integrare

La Corte, con la sentenza in commento, ha offerto un quadro molto completo sui tratti distintivi dell'adozione in casi particolari, che emergono sia dall'originario disegno legislativo sia dal percorso evolutivo tracciato dal diritto vivente.

L'istituto è stato introdotto dalla legge n. 184 del 1983 per fare fronte a situazioni particolari, nelle quali versa il minore, che inducono a consentire l'adozione a condizioni differenti rispetto a quelle richieste per l'adozione cosiddetta piena. L'adozione in esame aggrega una varietà di ipotesi particolari riconducibili a due fondamentali *rationes*. La prima consiste nel valorizzare l'effettività di un rapporto instauratosi con il minore³; la seconda, invece, che emerge dal dato

grandi questioni, Torino, 2013, p. 272; M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013, pp. 235 e ss. Tra i diversi documenti, il più ampio è lo studio elaborato dalla Camera dei Deputati in relazione allo schema da cui sarebbe scaturito il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154. In esso si legge, con riferimento all'art. 74 c.c., che «la novella – che esclude la parentela nei casi di adozione di persone maggiorenni – è diretta a consentire la creazione di rapporti di parentela tra il figlio naturale e la famiglia del genitore». Ora, l'inciso, confermando espressamente che l'esclusione dalla parentela riguarda l'adozione dei maggiorenni, potrebbe conestare l'idea che si sia voluto ricondurre all'art. 74 c.c. anche gli adottati in casi particolari. In realtà, la non esplicita eccezione dell'adozione in casi particolari non risulta sufficiente per ricondurla meccanicamente all'art. 74 c.c., apparendo al più un difetto di completezza descrittiva. In questo senso, si può infatti osservare: l'obiettivo dell'intervento sull'art. 74 c.c., primo periodo c.c. viene riferito dal legislatore in modo preciso e circoscritto alla filiazione naturale; la parte dello studio dedicata ai profili di novità che la riforma della filiazione produce sulla l. 184 non considera affatto la questione; infine, una conferma espressa della continuità della disciplina sul punto può forse considerarsi non necessaria, posto che l'adozione semplice attinge quanto ai rapporti di parentela proprio all'adozione dei maggiorenni e nello specifico all'art. 300 c.c.

³ Già nel 1999, con la sentenza n. 383, la Consulta ha specificato che tale tipologia di adozione servisse per offrire al minore la possibilità di rimanere nell'ambito della nuova famiglia che l'ha accolto, formalizzando il rapporto affettivo instauratosi con determinati soggetti che si stanno effettivamente occupando di lui. A tale esigenza risponde l'adozione del bambino, orfano di ambo i genitori, da parte di persone a lui unite o «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» (art. 44, co. 1, lett. a). Si ascrive, inoltre, alla medesima *ratio* l'adozione del bambino da parte del «coniuge nel caso in cui il minore sia figlio del genitore anche adottivo dell'altro coniuge» (art. 44, co. 1, lett. b), poiché il bambino vive in quel nucleo familiare.

normativo, risiede nella difficoltà o nella impossibilità per taluni minori di accedere all'adozione piena⁴.

Al dato legislativo, che evoca i lineamenti di un istituto marginale e peculiare, è subentrata un'evoluzione del diritto vivente, che ha iniziato a valorizzare alcune specificità di tale adozione e ad ampliarne gradualmente il raggio applicativo. Estendendo in via ermeneutica la nozione di impossibilità, di cui all'art. 44, co. 1, lett. d), l. n. 184 del 1983 – che viene riferita all'impedimento giuridico, oltre che a quello di fatto – la giurisprudenza ha aperto due nuovi itinerari interpretativi nel solco delle originarie *rationes*.

Il primo è racchiuso nell'efficace immagine dell'adozione aperta o mite⁵. Il minore non abbandonato, ma i cui genitori biologici versino in condizioni che impediscono in maniera

⁴ Vi rientrano il caso dell'orfano di entrambi i genitori, che «si trovi nelle condizioni indicate dall'art. 3, comma 1, della l. 5 febbraio 1992, n. 104» (art. 44, co. 1, lett. c) – sia cioè 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» – nonché l'ipotesi del minore non adottabile in ragione della «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» (art. 44, co. 1, lett. d). Le situazioni particolari richiamate e le motivazioni che sottendono giustificano l'accesso a questa adozione anche – o, nel caso della lett. b), solo – a persone singole, oltre che a persone coniugate (art. 44, co. 3). Al contempo, i suoi presupposti applicativi, avulsi dall'accertamento di uno stato di abbandono – che pure nel caso dell'art. 44, co. 1, lett. d), può di fatto sussistere – spiegano il necessario assenso dei genitori, ove questi vi siano, e il persistere di legami con la famiglia d'origine. Non si rinviene, infatti, nell'adozione in casi particolari una disposizione di tenore analogo all'art. 27, co. 3, l. n. 184 del 1983, secondo cui, con l'adozione piena, «cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali».

⁵ Su tale aspetto, si consenta rinviare a R. TREZZA, *“Adozione mite”: valutazione integrale della capacità genitoriale nell'interesse superiore del minore*, in questa Rivista, 30 marzo 2020, consultabile online; S. CAFFARENA, *L'adozione “mite” e il “semiabbandono”: problemi e prospettive*, in *Fam. dir.*, n. 4/2009, specie p. 402, per la quale: «Un ulteriore elemento di preoccupazione è dato dal fatto che la prassi relativa all'adozione mite deriva da un'estensione interpretativa della norma di cui all'art. 44, comma, 1 lett. d), l. n. 184/1983, il cui ambito di applicazione è considerato storicamente marginale e residuale. Ciò in aderenza alla *ratio legis* cui sono improntate tanto la l. n. 184/1983, quanto la più recente l. n. 149/2001. Ovverosia: 1) costituire uno strumento di tutela dell'infanzia da prendere in considerazione solo in seconda battuta, vale a dire qualora la famiglia si dimostrasse insufficiente a svolgere il ruolo educativo che le compete per natura (lo scopo del legislatore è principalmente quello di sostenere la famiglia d'origine, anche attraverso interventi mirati di carattere sia economico che sociale; 2) garantire l'identità personale del minore, preferibilmente mediante l'attribuzione dello status di figlio legittimo, da sempre considerato il mezzo più idoneo»; V. MONTARULI, *Rivisitazione dell'adozione mite, continuità affettiva e nuove prospettive in tema di adozione*, in *giudicedonna.it*, n. 4/2017, p. 19, ove si legge: «Il proclamato principio della continuità affettiva, letto in correlazione con il pilastro dell'interesse del minore, costituisce il faro che deve illuminare l'operatore, orientando innanzitutto le valutazioni connesse alla sussistenza dello stato di abbandono del minore, quando vi siano carenze genitoriali gravi e inemendabili sia nei genitori che nella famiglia allargata, sicché si rende necessario attribuire allo stesso un nuovo contesto parentale e familiare di riferimento. In presenza invece di un universo affettivo e familiare più complesso, in cui il minore mantenga dei validi rapporti affettivi con i genitori o familiari per lui significativi, ovvero abbia consolidato delle relazioni affettive stabili con gli affidatari, l'autorità giudiziaria ne dovrà tenere conto, al fine di adeguare alle sue concrete esigenze il progetto di vita da tradurre nelle decisioni più idonei, utilizzando il più ricco armamentario provvedimentale che si è andato formando attraverso la prassi»; E. CAMPADESE, *Adozione “mite”, la nuova forma di tutela preferenziale del minore in stato di semi-abbandono*, in *Giustiziacivile.com*, 31 maggio 2021, consultabile

permanente l'effettivo esercizio della responsabilità genitoriale (cosiddetto «semi-abbandono permanente»), può sfuggire al destino del ricovero in istituto o al succedersi di affidamenti temporanei, tramite l'adozione in casi particolari, che viene applicata sul presupposto dell'impossibilità di accedere all'adozione piena (art. 44, co. 1, lett. d), impossibilità dovuta proprio alla mancanza di un abbandono in senso stretto. L'adozione in casi particolari, che non recide i legami con la famiglia d'origine, consente, pertanto, di non forzare il ricorso all'adozione piena. Quest'ultima, in difetto di un vero e proprio abbandono, andrebbe a ledere il «diritto al rispetto della vita familiare» dei genitori biologici, come ha sottolineato la Corte EDU, la quale cautamente suggerisce proprio il percorso della «adozione semplice»⁶. Si è, dunque, rovesciata l'originaria raffigurazione dell'istituto in esame quale *extrema ratio* rispetto all'adozione piena⁷.

Il secondo itinerario introdotto dal diritto vivente, sempre nel solco dell'art. 44, co. 1, lett. d), riguarda, invece, la situazione di minori che hanno una relazione affettiva con il *partner* del genitore biologico, quando il primo è giuridicamente impossibilitato ad adottare il minore. Si tratta, per un verso, del convivente di diverso sesso del genitore biologico, che non rientra nella lettera b) riferita al solo coniuge. Per un altro verso, vengono in considerazione il *partner* in un'unione civile o il convivente dello stesso sesso del genitore biologico, che hanno spesso condiviso con quest'ultimo un percorso di procreazione medicalmente assistita effettuata

online; A. THIENE, *Semiabbandono, adozione mite, identità del minore. I legami familiari narrati con lessico europeo*, in *Fam. dir.*, n. 11/2020, p. 1067 ss. Di recente, si rinvia a S. CORSO, *Sfumature applicative dell'adozione mite, tra conferma di una soluzione e attesa di un ripensamento*, in *Fam. dir.*, n. 3/2022, p. 252, il quale evidenzia, in maniera del tutto condivisibile che: «L'adozione mite rappresenta oggi [...] la risposta, di natura giurisprudenziale e dottrinale, a una domanda di tutela di interessi cui la lettera della legge pare formalmente ed esteriormente rimanere in silenzio. E questa risposta viene per riconoscere i legami della famiglia, rivestendo di giuridico un reale tangibile, dal diritto quindi al sentimento. "Educazione", "cura", "affetto" sono parole che si rincorrono in sentenze e ordinanze come questa, disvelando un filo rosso che percorre il sistema del diritto minorile, fino ad arrivare alle più coraggiose espressioni della dottrina, come "diritto all'amore"».

⁶ Cfr., sul punto, Corte EDU, sentenza 21 gennaio 2014, Zhou contro Italia, paragrafo 60; di seguito, in senso analogo, Corte EDU, grande camera, sentenza 10 settembre 2019, Strand Lobben e altri contro Norvegia, paragrafi 202-213 e sentenza 13 ottobre 2015, S.H. contro Italia, paragrafi 48-50 e 57. Sulle pronunce citate, si rinvia, fra tutto, a E. RIZZATO, *Corte Edu: adozione e diritto al rispetto della vita familiare*, in *Questione Giustizia*, 18 luglio 2014, consultabile *online*.

⁷ Cfr., a tal uopo, Cass. civ., sez. I, ordd. 15 dicembre 2021, n. 40308, in *www.altalex.it*, 30 dicembre 2021, con nota di B. DE FILIPPIS, *Vi è spazio nel nostro ordinamento per l'adozione mite?*; 22 novembre 2021, n. 35840, in *Diritti fondamentali*, consultabile *online*; 25 gennaio 2021, n. 1476, in *il Familiarista*, 1° febbraio 2021, con nota di K. MASCIA, *Il ricorso alla dichiarazione di adottabilità è praticabile unicamente come extrema ratio*; 13 febbraio 2020, n. 3643, in *Diritto e Giustizia*, 14 febbraio 2020, con nota di P. PALEARI, *L'adozione "mite"*.

all'estero, posto che la legge n. 40/2004 consenta l'accesso alla PMA alle sole coppie di diverso sesso⁸.

Il combinarsi delle due finalità sottese all'adozione in casi particolari – quella volta a tutelare l'interesse del minore a preservare rapporti già instaurati e quella diretta a risolvere situazioni di giuridica impossibilità ad accedere all'adozione piena – ha indotto la giurisprudenza a consentire, anche nelle citate ipotesi, l'accesso all'adozione in casi particolari.

Rispetto a questo secondo percorso evolutivo del diritto vivente, che interseca questioni legate alla procreazione medicalmente assistita e al ricorso all'estero alla PMA e talora alla surrogazione di maternità⁹, la Consulta ha già in passato evidenziato diverse sfaccettature del

⁸ In tema, si rinvia a G. ZACCARO, *Adozione da parte di coppie omosessuali, stepchild adoption e interesse del minore*, in *Questione Giustizia*, 4 settembre 2014, consultabile online, ove si legge, commentando una sentenza del Tribunale di Roma (del 30 luglio 2014), «Ragionando in termini di *best interest of the child*, è agevole comprendere perché sbaglia il prof. Pessina quando teme si affermi il “diritto ad avere un figlio” e sbagliano i miei vicini di ombrellone quando si lamentano che l'adozione “omosessuale” pregiudichi il “diritto all'adozione” dei loro congiunti. La decisione romana, come ogni decisione in tema di adozione, non risponde alla “domanda di adozione” degli adottanti ma soddisfa il diritto di un minore ad avere una famiglia. Così come la sentenza di adozione legittimante realizza il diritto del minore abbandonato ad avere i migliori genitori possibili e dunque la selezione degli adottanti avviene nell'ottica di scegliere chi meglio possa occuparsi di lui, la sentenza romana garantisce solennità giuridica ad un rapporto consolidato, prendendo atto che già esiste un'adulto che insieme alla madre è in grado di occuparsi della minore. In entrambi i casi il desiderio degli adulti, è in secondo piano, cercando di soddisfare preminentemente l'interesse del piccolo. Il caso apre ulteriori questioni, delle quali il legislatore non può continuare a disinteressarsi. Cosa accade se si scioglie il vincolo affettivo e di coabitazione fra madre “naturale” e madre “sociale”? In caso di coppie omosessuali, sposate all'estero, con figli biologici di uno dei *partner*, è possibile “osare” l'adozione di cui all'art. 47 lett. b)? Ossia, ricorrendo in qualità di coniuge del genitore dell'adottando? Se dovesse consolidarsi la tendenza di trascrivere nei registri di Stato civile italiani il matrimonio “same sex” celebrato all'estero, tale strada sarebbe ancora più facilmente percorribile?»; M. MORETTI, *Domanda di adozione di una minore proposta dalla partner della madre biologica ex art. 44, comma 1, lett. d), l. 1884/1983*, in *Jus civile*, n. 5/2017, specie p. 493, la quale, annotando Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962, evidenzia che: «La sentenza emessa dalla Corte di Cassazione rappresenta un notevole passo in avanti rispetto gli anni passati, sulla scia di altre pronunce italiane che hanno riconosciuto l'adozione di figli biologici di una delle componenti delle coppie omosessuali da parte delle rispettive compagne. Alla luce di quanto esposto, deve escludersi che esista, a livello costituzionale, un divieto per le coppie dello stesso sesso di accogliere e di generare figli. La scelta di diventare genitori e di formare una famiglia costituisce espressione della libertà di autodeterminarsi, riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost. Allo stato attuale della legislazione, l'unico caso in cui il convivente (eterosessuale o omosessuale) potrebbe adottare il figlio del proprio partner è dopo la morte di quest'ultimo, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. a), che, in ipotesi di minore orfano di padre e madre e privo di parenti che lo assistano, riconosce l'adozione alla persona già legata al minore da preesistente rapporto stabile e duraturo. Occorrerà del tempo per superare pregiudizi e stereotipi esistenti, ma è necessario sottolineare che la carenza di tutela rischia di risolversi in una grave discriminazione in danno ai bambini e che il diritto ha il compito di tutelare i rapporti famigliari, ricercando un equilibrio che permetta di contemperare gli interessi in conflitto, con riferimento al prevalente interesse dei minori».

⁹ La Corte costituzionale, sul punto, ha inteso escludere che il «desiderio di genitorialità», attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita «lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati», possa legittimare un presunto «diritto alla genitorialità comprensivo non solo dell'*an* e del *quando*, ma anche del *quomodo*» (cfr. Corte cost., n. 221 del 2019). Inoltre, ha, in particolare, ribadito le ragioni del divieto di surrogazione di maternità, che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» (cfr. Corte cost.,

fenomeno tra di loro interconnesse. Si è ritenuto che l'adozione in casi particolari, lungi dal dare rilevanza al solo consenso e dall'assecondare attraverso automatismi il mero desiderio di genitorialità, dimostri una precipua vocazione a tutelare l'interesse del minore a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate¹⁰. L'adozione in casi particolari

n. 272 del 2017 e, da ultimo), assecondando un'inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale (cfr. Corte cost., sentenza n. 33/2021). Su tali aspetti, si consenta rinviare a R. TREZZA, *Genitorialità intenzionale e filiazione*, in *questa Rivista*, consultabile online. D'altro canto, lo sforzo di arginare tale pratica, secondo la Corte, non consente di ignorare la realtà di minori che vivono di fatto in una relazione affettiva con il *partner* del genitore biologico. Sull'istituto della maternità surrogata e su tutte le sue implicazioni, si consenta rinviare a R. TREZZA, *Maternità "bio-intenzionale": un nuovo e coraggioso approccio ad una "duttilità assiologica"*, in *questa Rivista*, consultabile online, p. 1 ss.; ID., *Maternità surrogata: ordine pubblico o best interest of the child?*, in *Federalismi*, n. 22/2020, p. 278 ss. Da ultimo, si rinvia a Cass. civ., sez. I, ord. 21 gennaio 2022, n. 1842, proprio in tema di ricorso alla maternità surrogata, alla valutazione in concreto dell'ordine pubblico e all'istituto dell'adozione in casi particolari, con nota di R. TREZZA, *Ordine pubblico e legame biologico-intenzionale tra genitori omosessuali e figlio nato da maternità surrogata*, in *questa Rivista*, n. 2/2022, p. 269, di prossima pubblicazione, ove si legge: «Inoltre, le Sezioni Unite sarebbero anche vincolate dalla recentissima decisione della Consulta, la quale ha esaminato la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni che escludono, nelle adozioni di minori "in casi particolari", l'esistenza di "rapporti civili" tra il bambino adottato e i parenti dell'adottante (art. 55, l. n. 184/1983 e art. 300, comma 2, c.c.). L'adozione "in casi particolari" riguarda bambini orfani, anche con disabilità, bambini che già vivono con il coniuge del genitore biologico, bambini non altrimenti adottabili. Anche se la sentenza non è stata ancora depositata, l'Ufficio comunicazione e stampa della Corte costituzionale ha fatto sapere che le disposizioni censurate sono state dichiarate incostituzionali nella parte in cui prevedono che "l'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante". La Corte ha affermato che il mancato riconoscimento dei rapporti civili con i parenti dell'adottante discrimina, in violazione dell'art. 3 Cost., il bambino adottato "in casi particolari" rispetto agli altri figli e lo priva di relazioni giuridiche che contribuiscono a formare la sua identità e a consolidare la sua dimensione personale e patrimoniale, in contrasto con gli artt. 31, comma 2, e 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU».

¹⁰ Cfr., a tal uopo, Corte cost., n. 32 del 2021, in *Persona e Mercato*, 15 marzo 2021, consultabile online, con nota di A. GORGONI, *Un passo avanti verso l'ampliamento della genitorialità fondata sull'assunzione della responsabilità nella procreazione medicalmente assistita*, per il quale «[...] i Giudici costituzionali, muovendo dal principio del preminente interesse del minore che trova attuazione nei diritti del nato all'identità personale nelle sue plurime sfaccettature e ad avere due genitori non necessariamente biologici entrambi, richiama il legislatore ad attuare il «fine costituzionalmente necessario» della tutela del miglior interesse del nato da procreazione medicalmente assistita. La strada è stata autorevolmente tracciata e passa dalla costituzione dello stato di figlio nei confronti del genitore d'intenzione che fonda la sua qualifica su un'assunzione di responsabilità»; Corte cost., n. 221 del 2019, in *Federalismi*, con nota di N. VINAI, *Il confine. La sentenza n. 221 del 2019 ed i suoi echi di sistema nello stesso senso*, n. 6/2021, p. 328, ove si legge «Il giudice delle leggi sembra riconoscere, con la pronuncia n. 221 del 2019 [...] uno spazio privilegiato al Parlamento per «l'individuazione dinamica di tali "nuove frontiere del diritto" [...]. Spetta al Parlamento, prima ancora del *quomodo*, decidere l'*an*: non solo come, ma anche se disciplinare la singola questione bioetica o lasciarla allo spazio di autodeterminazione della persona». La strada risale un pendio che, nell'«età dei diritti», da tempo ormai si è imboccato. È ripida e non è comoda. Ma la libertà intesa nella sua accezione più alta – non capriccio egoistico bensì limite nel coesistere con ciò che è eguale – non può non trovare confine nella dignità e «nel concetto di dignità della persona confluisce sia il "diritto alla libertà" che il "dovere di essere libero"». Nessun diritto può davvero stare in piedi senza la sua "nemesi necessaria", un sistema di doveri che eriga limiti che permettano ad una società, e dunque ad un ordinamento giuridico, di risultare sostenibile, di reggersi sulle proprie gambe, di scrostarsi da dosso la ruggine sociale dell'individualismo della libertà, per parafrasare Tocqueville»; in *Diritti fondamentali*, n. 2/2020, con nota di F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa "per infertilità sociale" al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019*, p. 581 ss.; Corte cost., n. 272 del 2017, in

presuppone, infatti, un giudizio sul miglior interesse del minore e un accertamento sull' idoneità dell' adottante, fermo restando che non può una valutazione negativa sull' idoneità all' assunzione della responsabilità genitoriale fondarsi sul mero orientamento sessuale del richiedente l' adozione e del suo *partner*¹¹.

3. Le ragioni della declaratoria di incostituzionalità e l' apporto "costituzionalmente orientato" del diritto vivente

Il *focus* del diritto vivente e della giurisprudenza costituzionale si è concentrato sul primario interesse del minore¹², attraverso il quale anche la Corte costituzionale ha allargato lo sguardo dai meri presupposti di accesso all' adozione in casi particolari alla condizione giuridica del minore adottato in tali casi. Infatti, se l' istituto in esame offre una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, nondimeno esso non appare ancora del tutto adeguato al metro dei principi costituzionali e sovranazionali¹³.

Una delle maggiori criticità è proprio quella relativa alla questione in esame. L' adozione in casi particolari non assicura la creazione di un rapporto di parentela tra l' adottato e la famiglia

Costituzionalismo.it, n. 1/2018, con nota di 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*, p. 149 ss.

¹¹ Cfr. Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962, in *www.altalex.it.*, con nota di A. SCALERA, *Stepchild adoption: arriva anche il sì della Cassazione*, consultabile online.

¹² Tale principio è riconducibile agli artt. 2, 30 (cfr. Corte cost., n. 102 del 2020 e n. 11 del 1981) e 31 Cost. (cfr. Corte cost. n. 102 del 2020, n. 272, n. 76 e n. 17 del 2017, n. 205 del 2015, n. 239 del 2014) e viene proclamato anche da molteplici fonti internazionali, indirettamente o direttamente vincolanti il nostro ordinamento (la Convenzione sui diritti del fanciullo; la Dichiarazione sui principi sociali e legali riguardo alla protezione e sicurezza sociale dei bambini; il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali; la Convenzione di Strasburgo in materia di adozione, elaborata dal Consiglio d' Europa, nonché da fonti europee (l' art. 24, co. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell' Unione europea; gli artt. 8 e 14 CEDU), come rispettivamente interpretate dalla Corte di giustizia e dalla Corte europea dei diritti dell' uomo. In dottrina, tra tantissimi, si veda J. LONG, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in *Questione giustizia*, 2019, consultabile online. Inoltre, già da tempo, si vedano Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Rivista di biodiritto*, 22 novembre 2017, con nota di M. TOMASI, *Gestazione per altri, interesse del minore e certezza degli status*, consultabile online; in *Il diritto amministrativo*, con nota di O. SPORTELLI, *Maternità surrogata: occorre bilanciare favor veritatis e favor minoris*, 18 dicembre 2017, consultabile online; in *Forum dei Quaderni costituzionali*, con nota di G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all' interesse concreto del minore*, 15 febbraio 2018, consultabile online.

¹³ Cfr. Corte cost., n. 33 del 2021; in senso conforme, Corte cost., n. 32 del 2021 e n. 230 del 2020. Sul tema, si è anche pronunciata la Corte EDU con il famosissimo parere consultivo del 2019.

dell'adottante¹⁴, stante il perdurante richiamo operato dall'art. 55 l. n. 184 del 1983 all'art. 300 c.c.»¹⁵.

Per la Corte costituzionale, il chiaro dato testuale della disposizione di rinvio e la sua incidenza su uno snodo centrale della disciplina dell'adozione in casi particolari esclude che la norma censurata possa ritenersi tacitamente abrogata per effetto della modifica dell'art. 74 c.c., introdotta dall'art. 1, co. 1, l. n. 219 del 2012¹⁶.

La Corte, dunque, ha dovuto valutare se il diniego di relazioni familiari tra l'adottato e i parenti dell'adottante abbia determinato, in contrasto con gli artt. 3 e 31 Cost., un trattamento discriminatorio del minore adottato rispetto all'unicità dello *status* di figlio¹⁷ e alla condizione giuridica del minore, avendo riguardo alla *ratio* della normativa che associa a tale *status* il sorgere dei rapporti parentali¹⁸.

¹⁴ Cfr. Corte cost., n. 32 del 2021.

¹⁵ Cfr., come già detto, Corte cost., n. 33 del 2021.

¹⁶ La Corte, sul punto, afferma: «Vero è che il nuovo art. 74 c.c. prevede che «[l]a parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti». E non può negarsi che, stante il riconoscimento al minore adottato con l'adozione piena dello «stato di figlio nato nel matrimonio degli adottanti» (art. 27 della legge n. 184 del 1983), l'art. 74 cod. civ., dove evoca «la filiazione [...] avvenuta nel matrimonio», dovrebbe già ricomprendere il figlio che è considerato «nato nel matrimonio» in virtù dell'adozione legittimante. Sembrerebbe, dunque, potersi inferire che il successivo richiamo al figlio «adottivo», con la sola esclusione dell'adozione di persone maggiori d'età, riguardi in effetti i minori adottati in casi particolari. Ciò nondimeno – come già anticipato – la presenza di un ostacolo chiaro e inequivoco, qual è il rinvio della disposizione censurata all'art. 300, secondo comma, cod. civ., la sua mancata inclusione nell'art. 106 del decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219), che indica le disposizioni abrogate dalla riforma della filiazione, nonché il carattere fortemente innovativo della previsione di rapporti civili tra il minore adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante portano a escludere che un simile mutamento normativo possa ritenersi realizzato con una mera abrogazione tacita e che la via ermeneutica sia sufficiente a superare il dubbio di legittimità costituzionale».

¹⁷ L'attuale disciplina dei rapporti parentali è espressione della unicità dello *status* di figlio e, al contempo, risponde al bisogno di tutela dell'interesse del minore, vero principio ispiratore della riforma della filiazione, introdotta nel biennio 2012-2013 (legge n. 219 del 2012 e d.lgs. n. 154 del 2013). «Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico», recita, infatti, il nuovo art. 315 c.c., e lo stato giuridico di figlio è il fulcro da cui si diramano i legami familiari, accomunati dal medesimo stipite (art. 74 c.c.). Il soggetto, divenuto figlio, entra nella rete parentale che fa capo allo stipite da cui discende ciascuno dei suoi genitori, senza che le linee parentali siano condizionate dalla relazione giuridica fra i genitori. Il figlio nato fuori dal matrimonio è partecipe di due rami familiari tra di loro giuridicamente non comunicanti.

La spinta del principio di eguaglianza, alla luce dell'evoluzione della coscienza sociale, ha – ribadisce la Corte – inciso sulla concezione stessa dello *status* di figlio, che in sé attrae l'appartenenza a una comunità familiare, secondo una logica fondata sulle responsabilità che discendono dalla filiazione e sull'esigenza di perseguire il miglior interesse del minore.

¹⁸ Sul giudizio che indaga il carattere discriminatorio di una disposizione si vedano, *ex plurimis*, Corte cost., n. 276 del 2020, n. 241 del 2014, n. 5 del 2000 e n. 89 del 1996 e l'ordinanza n. 43 del 2021.

La riforma della disciplina della parentela e dei suoi effetti sul piano personale, prima ancora che patrimoniale, sono focalizzati sulla protezione del minore e sull'esigenza che egli cresca con il sostegno di un adeguato ambiente familiare, fermo poi restando che lo stato di figlio perdura per l'intera esistenza del soggetto.

La Corte, a tal punto, ha iniziato a verificare se la condizione giuridica del minore adottato in casi particolari possa essere equiparata allo *status* di figlio minore e se sussistano o meno ragioni che giustifichino il mancato instaurarsi di rapporti civili tra l'adottato e i parenti dell'adottante, sì da escludere la irragionevolezza della disparità di trattamento. Ha evidenziato che l'adozione in casi particolari riguarda i minori e si fonda sull'accertamento giudiziale che essa realizza il preminente interesse del minore, obiettivo primario e principio ispiratore di tale istituto. Quanto agli effetti che l'adozione in casi particolari genera, numerosi indici legislativi depongono nel senso del riconoscimento dello stato di figlio. La condizione di figlio adottivo presenta, innanzitutto, i caratteri della tendenziale stabilità e permanenza, nonché dell'indisponibilità, come è tipico di uno *status*.

Ha sottolineato, ancora, che il legislatore si avvale di un lessico inequivoco nell'identificare il rapporto fra genitore e figlio; utilizza cioè un linguaggio ben diverso da quello che adopera per altri istituti anch'essi finalizzati a proteggere il minore, quali la nomina del tutore o l'affidamento temporaneo¹⁹.

Da una lettura sistematica delle norme²⁰, dunque, il minore adottato ha lo *status* di figlio e nondimeno si vede privato del riconoscimento giuridico della sua appartenenza proprio a

¹⁹ L'adottante, ai sensi dell'art. 48, commi 1 e 2, della legge n. 184 del 1983, assume la «responsabilità genitoriale» e ha «l'obbligo di mantenere l'adottato, di istruirlo ed educarlo conformemente a quanto prescritto dall'art. 147 del codice civile», vale a dire la norma che contempla i «doveri verso i figli». Si applicano, inoltre, gli artt. 330 ss. c.c. (art. 51, co. 4, e 52, co. 4, l. n. 184 del 1983). In sostanza, si sommano la responsabilità genitoriale e i doveri verso i figli agli altri molteplici effetti dell'adozione di matrice codicistica: l'adottante trasmette il suo cognome all'adottato, che diviene suo erede non solo legittimo, ma legittimario; se il figlio adottivo non può o non vuole ereditare dall'adottante, opera la rappresentazione a beneficio dei suoi discendenti; l'adozione determina l'automatica revoca del testamento dell'adottante; sorgono fra adottato e adottante reciproci obblighi alimentari; il figlio adottivo è ricompreso nell'«ambito della famiglia» di cui all'art. 1023 c.c.; i vincoli parentali rilevano ai fini dei divieti matrimoniali. E ancora, se è vero che lo *status* è appartenenza a una comunità, non può tacersi che il legislatore – secondo le parole della Corte con la sentenza in commento – «ancor prima che la novella di riforma dell'art. 74 cod. civ. alludesse al possibile sorgere di rapporti familiari, ha palesato, con l'art. 57, comma 2, della legge n. 184 del 1983, che l'adozione di un minore non può prescindere dal suo inserimento in un contesto familiare. Nel decidere sull'adozione in casi particolari, il giudice deve verificare non soltanto «l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore» dell'adottante, ma anche valutare l'ambiente familiare degli adottanti».

²⁰ Il legislatore della riforma del 2012-2013, nel valorizzare i legami parentali attratti dalla filiazione, ha disegnato un complesso di diritti e di doveri facenti capo ai parenti, che accompagnano il percorso di crescita del minore,

quell'ambiente familiare, che il giudice è chiamato, per legge, a valutare, al fine di deliberare in merito all'adozione. Ne consegue che, a dispetto della unificazione dello *status* di figlio, al solo minore adottato in casi particolari vengono negati i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo. Irragionevolmente un profilo così rilevante per la crescita e per la stabilità di un bambino viene regolato con la disciplina di un istituto, qual è l'adozione del maggiore d'età, plasmato su esigenze prettamente patrimoniali e successorie²¹.

Per la Corte, la norma censurata priva il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni. Al contempo, la disciplina censurata lede il minore nell'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni, che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità. La connotazione discriminatoria della norma censurata non può, d'altro canto, reputarsi superata adducendo, quale ragione giustificativa della diversità di trattamento del minore adottato in casi particolari, la circostanza che tale adozione non recide i legami con la famiglia d'origine. Anche la più recente giurisprudenza di legittimità ha sottolineato che l'adozione in casi particolari *ex art. 44* crea un vincolo di filiazione giuridica che si sovrappone a quello di sangue, non estinguendo il rapporto con la famiglia di origine²².

con l'apporto di relazioni personali e di tutele patrimoniali. Il figlio ha diritto, infatti, «a mantenere rapporti significativi con i parenti» (art. 315-*bis* c.c.), a prescindere dal sussistere di legami fra i genitori (art. 337-*ter* c.c.). In particolare, i nonni sono tenuti a concorrere al mantenimento dei nipoti in via sussidiaria (art. 316-*bis* c.c.) e hanno «il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni», nel rispetto dell'«esclusivo interesse del minore» (art. 317-*bis* c.c.). A questo nucleo di previsioni riformate, che accentuano il rilievo personalistico delle relazioni familiari, si aggiungono, poi, gli ulteriori effetti che, a partire dalle relazioni parentali, si diramano nell'intero sistema giuridico e concorrono alla tutela del figlio e alla costruzione dell'identità del minore. La normativa richiamata è espressione sia del principio di eguaglianza sia del principio di tutela dell'interesse del minore che si radica anche nell'art. 31, co. 2, Cost., che impegna la Repubblica a proteggere «l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo». Su tale ultimo aspetto, si rinvia alle sentenze Corte cost., n. 102 del 2020, n. 272, n. 76 e n. 17 del 2017, n. 205 del 2015, n. 239 del 2014.

²¹ Si consenta rinviare sul punto, anche per un'analisi pratica del problema, a R. TREZZA, *Il "superabile" divario minimo d'età di diciotto anni tra adottante e adottato nell'adozione di persona maggiorenne*, in questa Rivista, 7 aprile 2020, consultabile *online*.

²² Cfr. Cass. civ., sez. I, ord. 22 novembre 2021, n. 35840; Cass. civ., Sez. Un., sent. 13 maggio 2020, n. 8847.

4. Il dialogo con la giurisprudenza della Corte EDU

Anche la Corte EDU, oltre ad aver interpretato in senso ampio il concetto di vita familiare²³, di cui all'art. 8 CEDU, includendovi le relazioni adottive che devono creare vincoli non diversi da quelli biologici²⁴, ha anche precisato che un simile istituto possa determinare una violazione dell'obbligo positivo a garantire la vita familiare. Tale adozione era, infatti, inidonea a far sorgere legami parentali, che rappresentano una parte considerevole della vita familiare²⁵. Al contempo, la Corte EDU ha messo in luce come la filiazione riguardi un profilo basilare dell'identità stessa del minore, il che attrae tale concetto nella nozione di vita privata e familiare²⁶. Di recente, poi, la Corte EDU è intervenuta con specifico riferimento alla posizione dei minori nati a seguito del ricorso alla tecnica della surrogazione di maternità e ha fornito, a riguardo, una duplice indicazione ermeneutica. Da un lato, ha escluso che dall'art. 8 CEDU si possa inferire un diritto al riconoscimento dei rapporti di filiazione conseguiti all'estero, facendo ricorso alla surrogazione di maternità, e ha dato atto di un ampio margine di apprezzamento spettante agli Stati membri in merito alla possibilità di riconoscere tali rapporti

²³ Tra tutti, si veda L. TOMASI, *La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2019, consultabile *online*, ove si afferma: «In particolare, quando ha ritenuto di non poter dedurre determinati diritti, pur pertinenti alla sfera familiare – il diritto ad accedere all'adozione, al divorzio, all'aborto, alla procreazione medicalmente assistita – dagli artt. 8 e 12 Cedu, la Corte, servendosi del concetto di «diritti addizionali», ha affermato, con determinazione crescente, la propria competenza a controllare che tali diritti, una volta autonomamente riconosciuti dagli Stati contraenti, possano essere esercitati senza restrizioni irragionevoli o discriminatorie. In altre parole, benché la Convenzione non imponga agli Stati contraenti di garantire il diritto ad adottare, a divorziare, a interrompere una gravidanza o a diventare genitori tramite procreazione assistita, ove uno Stato si determini autonomamente a riconoscere tali diritti, ed essi «ricadano nella sfera d'influenza» di una disposizione della Convenzione, esso è tenuto, ai sensi della Cedu, a garantire l'accesso a tali diritti in maniera effettiva e non discriminatoria. Formalmente, la Corte non fa che garantire che scelte già compiute dagli Stati siano coerenti con i principi di non discriminazione ed esercizio effettivo dei diritti garantiti; sostanzialmente, essa tutela diritti non originariamente inclusi nella sfera di protezione della Cedu, così realizzando un meccanismo pretorio di adeguamento del testo convenzionale alla mutata realtà sociale e giuridica».

²⁴ Cfr., sul punto, Corte EDU, sentenza, 28 novembre 2011, *Negreponitis-Giannisis contro Grecia*; sentenza 15 dicembre 2004, *Plau e Puncernau contro Andorra*; sentenza 13 giugno 1979, *Marckx contro Belgio*.

²⁵ Cfr., a tal uopo, Corte EDU sentenza 13 giugno 1979, *Marckx contro Belgio*, paragrafo 45, secondo cui «[i]n the Court's opinion, "family life" within the meaning of Article 8 includes the ties between near relatives, for instance those between grandparents and grandchildren, since such relatives may play a considerable part in family life. "Respect" for a family life so understood implies an obligation for the State to act in a manner calculated to allow these ties to develop normally».

²⁶ Si veda Corte EDU, sentenza 26 settembre 2014, *Mennesson contro Francia*, paragrafi 96-101; sentenza 26 settembre 2014, *Labassee contro Francia*, paragrafi 75-80.

di filiazione²⁷. Da un altro lato, ove emerga l'esigenza di tutelare l'interesse del minore a preservare un legame che *de facto* si sia venuto a consolidare con il genitore d'intenzione, la Corte EDU ha sottolineato che, in tal caso, debba essere riconosciuto un rapporto di filiazione anche a tutela della stessa identità del minore²⁸. A fronte di tale interesse, la Corte EDU ha poi precisato che gli Stati membri, pur restando liberi di individuare l'istituto più consono a garantire la tutela del minore, nel bilanciamento con le varie esigenze implicate, incontrano nondimeno un limite al loro margine di apprezzamento nella condizione che le modalità previste dal diritto interno garantiscano l'effettività e la celerità della sua messa in opera, conformemente all'interesse superiore del bambino²⁹.

5. L'opportunità di una “funzione contestuale” per l'istituto dell'adozione in casi particolari

Per le motivazioni sin qui illustrate, poiché il riconoscimento al minore di legami familiari con i parenti del genitore, in conseguenza dell'acquisizione dello stato di figlio, riveste un significato pregnante e rilevante nella nozione di “vita familiare” e va a comporre la stessa identità del bambino, la Corte ha ritenuto che la norma censurata, ponendosi in contrasto con l'art. 8 CEDU, oltre a violare gli artt. 3 e 31 Cost., violi gli obblighi internazionali di cui all'art. 117, co. 1, Cost. La declaratoria di illegittimità costituzionale rimuove, dunque, per la Corte, un ostacolo all'effettività della tutela offerta dall'adozione in casi particolari e consente a tale istituto, la cui disciplina tiene in equilibrio molteplici istanze implicate nella complessa vicenda, di garantire una piena protezione all'interesse del minore³⁰.

²⁷ Cfr. Corte EDU, sentenza 18 agosto 2021, Valdis Fjölnisdóttir e altri contro Islanda, paragrafi 66-70 e 75; sentenza 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli contro Italia, paragrafi 197-199; sentenza Mennesson, paragrafo 74; sentenza Labassee, paragrafo 58

²⁸ Si rinvia a Corte EDU, sentenza Mennesson, paragrafi 80, 87 e seguenti; sentenza Labassee, paragrafi 75-80; nonché, sulle circostanze che fanno emergere l'interesse del minore da preservare, si veda anche sentenza Paradiso e Campanelli, paragrafo 148.

²⁹ Cfr. Corte cost., n. 33 del 2021, che richiama il paragrafo 51, della sentenza della Corte EDU, 16 luglio 2020, D. contro Francia; in senso conforme si vedano anche la decisione 12 dicembre 2019, C. ed E. contro Francia, paragrafo 42, nonché Corte EDU, grande camera, parere consultivo 9 aprile 2019, paragrafo 54, reso ai sensi del Protocollo n. 16, non ratificato dall'Italia. Su tale aspetti saranno chiamate ad intervenire anche le Sezioni Unite nel caso già illustrato da R. TREZZA, *Ordine pubblico e legame biologico-intenzionale*, cit.

³⁰ Inoltre, per la Corte costituzionale, la rimozione della disposizione censurata nel suo rinvio all'art. 300, co. 2, c.c. non richiede coordinamenti sistematici, poiché, con riferimento alle relazioni parentali, è l'art. 74 c.c., come novellato nel 2012, che svolge tale precipua funzione. Un simile esito consente, pertanto, l'espansione dei legami parentali tra il figlio adottivo e i familiari del genitore adottante che condividono il medesimo stipite, mantenendo la distinzione fra i parenti della linea adottiva e quelli della linea biologica. La chiarezza del meccanismo disegnato

La decisione della Corte qui commentata, dunque, sulla scorta dell'inerzia del Legislatore, invitato più volte ad intervenire sul tema, è del tutto conforme al principio dell'interesse superiore del minore, che "obbliga" Legislatore e giudici ad intervenire costantemente e in maniera decisa per tutelare la dignità dei minori, affinché questi possano avere il diritto di vivere in una famiglia "naturale", ovvero, in quella nella quale primariamente sono nati (e grazie ai quali sono venuti alla luce) e nei quali ricevono cure, affetto, sentimenti, legami, formanti un'identità da riconoscere, garantire, preservare e tutelare (art. 2 Cost.). Ancora una volta, così come già ampiamente argomentato, i minori non possono "subire" le conseguenze *de facto* e *de jure* di comportamenti assunti dagli adulti³¹. L'adulto è consapevole delle scelte, il minore, nella sua innocenza e vulnerabilità, no. Ed è per tale motivo che va necessariamente apprestata una tutela orientata al suo preminente interesse³².

Probabilmente, in dottrina, i tradizionalisti-strutturalisti potrebbero obiettare nel senso che un'apertura simile possa snaturare l'istituto dell'adozione in casi particolari. A tale, pur costruttiva critica, potrebbe risponderci che ad un Legislatore dormiente vi sia (per fortuna!) una Corte costituzionale sveglia e attenta. Se ogni istituto ha una sua struttura, nella quale ricadono i suoi tratti caratteristici, e una sua funzione³³, che dovrà essere sempre costituzionalmente meritevole, nulla vieta che, per raggiungere una funzione imposta dalla Costituzione e dalle Carte internazionali (il miglior interesse del minore), anche la struttura possa cambiare. Certo, sarebbe preferibile possa farlo il Legislatore ma, nell'assopimento generale nel quale è avvolto da molti anni a questa parte a scapito dei diritti fondamentali³⁴, ben

dall'art. 74 c.c. permette, di riflesso, di applicare, in maniera del tutto lineare, le conseguenze e gli effetti giuridici che nel sistema normativo discendono dalla sussistenza dei legami familiari, sicché potranno applicarsi al figlio adottivo tutte le norme che hanno quale presupposto l'esistenza di rapporti civili fra l'adottato e i parenti dell'adottante.

³¹ Cfr. Corte cost., n. 32 del 2021. Condivide anche C. SAVAZZI, *La Corte Costituzionale si pronuncia sull'adozione "in casi particolari"*, in *questa Rivista*, 28 febbraio 2022, consultabile *online*, ove l'A. afferma: «Uno sguardo più pregnante è stato, ed è tuttora rivolto, ai minori, che godono o patiscono scelte messe in atto dagli adulti e che, pertanto, è preferibile siano inseriti in una struttura familiare quanto più possibile ampia ed eterogenea per ricevere quel confronto e quel sostegno affettivo di cui necessitano, nella fase dello sviluppo ma anche, in prospettiva futura, da adulti, conoscendo i propri legami di sangue e/o giuridici e potendo "contare" su di essi».

³² Condivide L. LEO, *Riconoscimento di rapporti civili tra il minore adottato e i parenti del genitore adottante*, in *questa Rivista*, 28 febbraio 2022, consultabile *online*, per la quale: «Con la recente decisione, la Consulta compie un significativo passo in avanti, conferendo maggiore rilevanza ai legami non biologici. In particolare, si evince la volontà di costruire attorno al minore una solida rete di tutela e protezione materiale e morale».

³³ In tal senso, si veda P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 603 ss.

³⁴ Si veda R. TREZZA, *Maternità surrogata*, cit., p. 302 ss.

accolto sia l'intervento e l'operato della Corte costituzionale. Magari, se fosse intervenuto, si sarebbe potuto creare un istituto *ad hoc*, che avesse evitato una "temibile" (e "temuta") dis-funzione dell'adozione in casi particolari che, si ripete, si è imposta in maniera essenziale e necessitata. Non è di dis-funzione che bisognerebbe parlare, bensì di "funzione contestuale", ovvero quella per cui cambia la struttura al variare della funzione pur sempre meritevole di tutela (come nel caso di specie). Probabilmente una simile struttura, alla quale è stata riconosciuta una funzione "ingabbiata" *ex ante*, senza tener conto della contingenza mutevole della storia giuridica e sociale³⁵, non reggeva (così come non regge³⁶) più³⁷.

³⁵ Si rinvia nuovamente a S. CORSO, *Sfumature applicative dell'adozione mite*, cit., p. 253, ove l'A., in maniera del tutto condivisibile, osserva: «L'art. 44, L. n. 183/1984, valvola residuale e norma di chiusura del sistema adottivo, diventa quindi un crocevia, di aspettative, dubbi, volontà, destini. Lo sforzo interpretativo che si registra, in relazione a questa disposizione, la dice lunga sullo stato della normativa in tema di adozione dell'ordinamento italiano. Soprattutto i tentativi di estendere la portata di tale disposizione oltre il confine entro cui fu pensata, e collocata, sono indice di una disciplina che di per sé non è al passo con i tempi e per rincorrere le mutevoli esigenze di una società sempre in divenire ha bisogno del costante intervento dell'interprete e di sue letture in continuo aggiornamento».

³⁶ Proprio su tale aspetto, si faccia riferimento al fatto che una prima applicazione dei principi enucleati dalla sentenza qui commentata è stata operata dalla Prima Sezione civile della Cassazione, con sentenza n. 10989 del 5 aprile 2022, con la quale si è stabilito che: «non costituisce ostacolo all'adozione del minore, ex art. 44, comma 1, lett. b), della l. n. 184 del 1983, da parte del coniuge di uno dei genitori con lui convivente, la circostanza che il minore mantenga comunque rapporti con l'altro genitore, impossibilitato a far fronte al mantenimento, poiché, anzi, in questi casi, l'adozione realizza appieno l'interesse del fanciullo, che è perfettamente inserito nel nuovo ambiente familiare e vede riconosciuti i legami parentali con la famiglia dell'adottante, senza che siano esclusi quelli con la famiglia del genitore biologico, in conformità alle ragioni di cui alla sentenza della Corte cost. n. 79 del 2022, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 55 della l. n. 184 del 1983, nella parte in cui ha escluso, nell'adozione in casi particolari, ogni rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante». È permesso, dunque, che un minore, nel suo supremo interesse, possa avere un padre biologico (seppur impossibilitato a far fronte al mantenimento) e un padre adottivo. Sul punto, si rinvia a R. TREZZA, *È consentito avere un padre biologico e un padre adottivo nell'interesse superiore del minore*, in questa *Rivista*, 7 aprile 2022, consultabile *online*, specie p. 4, ove si legge: «Tale pronuncia non può che essere accolta in senso assolutamente favorevole. Ancora una volta, sulla scorta dell'affermazione "aulica" del principio del *best interest of the child*, il minore potrà godere di un ambiente familiare consono allo sviluppo della sua personalità, nonché della sua identità, in conformità al tritico normativo costituito dagli artt. 2, 29 e 30 Cost. Le due anime "identitarie" (la c.d. doppia appartenenza), discendenti dalla famiglia biologica e da quella adottiva, di cui la Corte costituzionale, con la sentenza n. 79/2022, si è fatta portavoce, non possono che attrarsi verso una *reductio ad unum* costituzionalmente necessitata. Inoltre, la stessa riforma della filiazione, così come ben sottolineato dalla Consulta, ha inteso aprire un orizzonte ai "modelli familiari" e non già all'unico e solo "modello familiare" previsto dall'art. 29 Cost. Quest'ultima disposizione costituzionale, infatti, va sempre combinata, in un'ottica sistematico-assiologica, con la clausola aperta dei diritti (art. 2 Cost.)».

³⁷ Si veda, in maniera critica, ma pressoché assimilabile alla tesi sostenuta dallo scrivente, C. RUSCONI, *L'adozione in casi particolari*, cit., p. 20, per il quale: «In definitiva, all'art. 74 c.c. si può forse rimproverare di essere poco perspicuo, ma se confrontato con l'attuale assetto normativo acquista coerenza e non consente di concludere per l'estensione della parentela agli adottati in casi particolari, risultando tale soluzione in antitesi con il sistema. Si tratta semmai di valutare se l'esclusione dalla parentela degli adottati in casi particolari sia davvero coerente con la funzione che la legge attribuisce a tale figura di adozione e con il reale significato che ha assunto nella realtà, sapendo però che solo il legislatore ha la competenza per produrre un'innovazione».

