



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



IL DIRITTO AD ESSERE GENITORI. STEPCHILD ADOPTION, PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA E MATERNITÀ SURROGATA

La giurisprudenza di legittimità si è recentemente occupata del diritto alla genitorialità, inteso quale corollario dell'autodeterminazione dell'individuo, alla luce dell'evoluzione del concetto di famiglia e del riconoscimento delle unioni civili. Appare interessante analizzare le pronunce della Corte in un'ottica trasversale verificando la normativa attuale e le questioni pratiche sorte intorno al riconoscimento del figlio nato da pma assistita eseguita all'estero da una coppia omosessuale nonché alla trascrivibilità dell'atto di nascita straniero.

di **Sonia Sasso**

IUS/01 - DIRITTO PRIVATO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Publicato, Mercoledì 4 Novembre 2020

Sommario: 1. Introduzione; 2. Il sistema dell'adozione e dell'affidamento preadottivo; 3. L'adozione in casi particolari; 4. Il divieto di maternità surrogata e il diritto alla genitorialità alla luce delle Sezioni Unite 12193/2019; 5 Conclusioni.

1. Introduzione

Il diritto di famiglia ha subito una profonda evoluzione negli ultimi decenni. Il sistema fortemente patriarcale, incentrato sul matrimonio, così come delineato nel codice del 1942 è stato pian piano revisionato a fronte del riconoscimento dei legami sostanziali tra gli individui, che devono essere tutelati, a prescindere dall'eventuale rapporto di coniugio, nonché della valorizzazione di forme di famiglia di fatto quali formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'individuo ex art. 2 Cost.. La giurisprudenza di Strasburgo ha inciso fortemente sul concetto di vita familiare, tutelata dall'art. 8 CEDU, riconoscendo la rilevanza del rapporto affettivo instaurato tra gli individui prima di quello formale¹.

Il legislatore italiano nell'ultimo decennio è intervenuto sulla materia con due leggi di grande rilievo che valorizzano proprio le formazioni familiari e affettive di fatto. Si fa riferimento alla l. 219/2012 con cui è stata finalmente eliminata la differenza tra i figli naturali e legittimi e alla l. 76/2016 che ha inserito le unioni civili tra persone dello stesso sesso, ricalcando la disciplina del matrimonio, e ha altresì disciplinato i contratti di convivenza con cui si estendono ai conviventi i diritti civili ed economici del coniuge.

La recente riforma non ha inciso tuttavia sul sistema delle adozioni ad oggi precluse per le unioni civili.

Del resto l'adozione da parte del single o di coppie omosessuali rappresenta un argomento, ancora fortemente dibattuto, in cui influiscono inevitabilmente considerazioni etiche e valutazioni morali. Nei lavori preparatori della [stepchild adoption](#), non inserite nel testo definitivo per resistenze politiche, mentre non si valuta nemmeno la possibilità di inserire tra i soggetti legittimati a richiedere l'adozione coloro che sono uniti da un'unione civile, come avviene in altri paesi.

Il tema appare particolarmente delicato e deve essere trattato alla luce di recenti sentenze della Cassazione Civile in materia di adozione in casi particolari e maternità surrogata.

2. Il sistema dell'adozione e dell'affidamento preadottivo

La [adozione](#), all'art.1 riconosce il diritto del minore a essere educato

nell'ambito della propria famiglia. Tale disposizione prima facie di immediata comprensione porta con sé vari aspetti problematici legati al concetto di propria famiglia e alla possibilità di valorizzare i legami di fatto.

Alla luce del suindicato diritto del minore, l'adozione è un rimedio eccezionale previsto dall'ordinamento e attivabile solo in situazioni tassative al fine di tutelare il minore. Si tratta di uno strumento con cui lo Stato inevitabilmente incide sui rapporti etico-sociali tra individui, sovrastando quell'isola che il mare del diritto deve solo lambire². La rilevanza della materia e il pericolo innato di forme dirigistiche o paternalistiche rendono necessaria una sinergia tra legislatore e operatori del diritto che si basi sul bilanciamento tra la tutela del soggetto debole e il principio di autodeterminazione.

La legge va a disciplinare in modo puntuale i presupposti dell'adozione e i poteri del giudice. Ai sensi dell'art.8 il minore è in stato di adottabilità quando versa in situazione di abbandono perché privo di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a forza maggiore di carattere transitorio.

È dunque la situazione di abbandono che giustifica l'adozione o l'affidamento rappresentando una situazione estrema a fronte della quale il diritto del minore a essere educato nella propria famiglia cede il passo all'interesse generale del minore a essere tutelato e non abbandonato.

Da sottolineare come l'adozione sia esperibile anche nel caso in cui i genitori del minore siano in vita ma sussista un concreto stato di abbandono. È evidente come in tal caso sia necessario un puntuale e approfondito accertamento sullo stato di abbandono morale e materiale³. Tali valutazioni devono essere compiute guardando anche alle conseguenze traumatiche che potrebbero derivare al minore sia dalla conferma dell'adottabilità che dall'essere reinserito in un contesto familiare di sangue che di fatto gli è estraneo⁴.

Da rilevare come la principale conseguenza giuridica della dichiarazione di adottabilità consista nella sospensione della responsabilità genitoriale e nella nomina definitiva di un tutore.

Sotto il profilo della legittimazione attiva, l'adozione può essere richiesta da coppie sposate da almeno tre anni ritenute idonee a tutelare il best interest del minore. Il decreto di adozione viene emesso dal Tribunale dei minorenni, infatti, a fronte del buon esito dell'affidamento preadottivo dopo 1 anno. La presenza di tale fase intermedia appare necessaria e ragionevole per valutare in concreto la convivenza del minore con la famiglia affidataria. È disposta la revoca dell'affidamento in caso di gravi difficoltà di idonea

convivenza.

Ai sensi dell'art.27 è solo con l'adozione che vi è la rescissione di qualsiasi rapporto e contatto con i genitori biologici⁵.

Deve sottolinearsi come tale conseguenza riguardi l'adozione c.d. legittimante e la caratterizzi rispetto agli altri casi di adozione.

3. L'adozione in casi particolari

Il riconoscimento di nuove formazioni sociali, quali le unioni civili, e le tutele previste per le famiglie di fatto tra conviventi pone l'ulteriore problema di tutelare il minore e il suo rapporto, anche non formale, con la propria famiglia di fatto. La questione, oggi al centro del dibattito, è stata di recente analizzata dalla giurisprudenza.

Deve premettersi che la legge sull'adozione prevede dei casi particolari di adozione all'art.44 nel caso il soggetto non sia adottabile (art.7).

In primo luogo si prescinde da tale status del minore a fronte dell'esistenza di particolari legami quali la sussistenza di un vincolo di parentela fino al sesto grado o di un rapporto stabile e duraturo preesistente alla perdita dei genitori, anche derivante da affidamento (art.44 lett. a) e il rapporto di coniugio tra adottante e genitore del minore (art.44 lett. b). Accanto a tale ipotesi si prevede l'adozione particolare non legittimante per i minori orfani con minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali (art. 44 lett. c) e in caso di **impossibilità di affidamento preadottivo**.

Tale ultima ipotesi, prevista alla lett. d., ha sollevato varie questioni. In dottrina e giurisprudenza si rintracciano infatti orientamenti contrapposti sulla natura da attribuire al presupposto dell'impossibilità. Secondo una prima tesi restrittiva l'impossibilità deve essere intesa quale **impossibilità di fatto** essendo necessario in ogni caso che il minore versi in una situazione di abbandono. Diverso orientamento ritiene sufficiente l'**impossibilità di diritto**, a prescindere dalla situazione di abbandono.

La giurisprudenza oggi maggioritaria sembra accogliere la tesi maggiormente estensiva in conformità con la funzione residuale riconosciuta all'art. 44. Il legislatore nel prevedere tale forma di adozione ha voluto tutelare situazioni particolari e residuali.

La fattispecie è stata e viene tutt'ora utilizzata per estendere la platea degli adottanti;

tramite tale disposizione infatti possono accedere all'adozione, seppur non legittimante, persone single e coppie di fatto. La Corte di Cassazione nell'accogliere la tesi dell'impossibilità anche di diritto ritiene che nell'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge non possa attribuirsi alcun rilievo all'orientamento sessuale del richiedente ed alla natura della relazione da questi stabilita con il proprio partner⁶.

L'istituto di fatto rende possibile la c.d. stepchild adoption seppur con effetti limitati. L'adozione in casi particolari infatti non produce effetti legittimanti e mantiene operativi i diritti, anche successori, e i doveri del minore verso i genitori biologici. Il minore adottato, inoltre, è titolare dei diritti successori sia verso i genitori biologici che verso gli adottanti; al contrario gli adottandi non acquistano alcun diritto sui beni del minore.

L'adozione per impossibilità di affidamento preadottivo appare dunque uno strumento di chiusura del sistema, atto a consentire l'adozione tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità affettiva ed educativa della relazione tra adottante ed adottando⁷.

4. Il divieto di maternità surrogata e il diritto alla genitorialità alla luce delle Sezioni Unite 12193/2019

Il best interest del minore deve essere tutelato e bilanciato anche a fronte del diritto di autodeterminazione dell'individuo e di genitorialità. La Corte Costituzionale con la celebre sentenza 162 del 2014, con cui è stato eliminato il divieto di pma eterologa, ha sottolineato come l'autodeterminazione dell'individuo non riguardi solo il consenso al trattamento medico e il diritto alla salute ma anche le scelte sulla procreazione. Il diritto a diventare genitori e a creare una propria famiglia è argomento particolarmente delicato che deve essere analizzato tenendo in considerazione il preminente interesse del minore.

L'ordinamento nel riconoscere tale diritto può inserire limiti purché questi siano ragionevoli e necessari a tutelare interessi di pari rango. L'ammissibilità della procreazione medicalmente assistita eterologa è infatti tutt'ora condizionata a problemi di infertilità o sterilità, non potendo accedere a tale pratica la coppia omosessuale o il single. La preclusione sarebbe funzionale alla tutela del minore ed è frutto di una scelta politica strettamente legata al divieto di adozione da parte delle coppie omosessuali.

Deve evidenziarsi come molti Stati al contrario ammettano la pratica per le coppie omosessuali ritenendo che la scelta sessuale dei genitori non incida sulla salute del minore. A prescindere dal dibattito sull'adozione delle coppie omosessuali, invero mai affrontato dal legislatore in modo diretto, appare interessante verificare lo status del figlio nato da coppie omosessuali e la relativa possibilità di trascrivere l'atto di nascita

formato all'estero.

Sul punto si rintraccia un contrasto in giurisprudenza tra chi ammette la trascrizione dell'atto di nascita straniero, nei limiti del divieto di maternità surrogata, e chi invece lo ritiene contrario all'ordine pubblico o al superiore interesse del minore.

La trascrizione di un atto straniero, così come la delibazione di una sentenza, trova il limite nell'ordine pubblico internazionale inteso quale insieme dei valori condivisi dalla comunità. La tesi contraria alla trascrizione ritiene infatti che trascrivere l'atto di nascita di un bambino nato da una coppia omosessuale tramite pma violi il generale divieto di forme di genitorialità svincolate dal legame biologico presente nell'ordinamento. In tal modo si consentirebbe di eludere il divieto per le coppie omosessuali di praticare la pma presente nell'ordinamento italiano.

L'orientamento è stato criticato alla luce dell'interpretazione di ordine pubblico che oggi non può più essere ristretta ai valori e principi del singolo stato ma deve comprendere anche i principi consacrati dalle fonti internazionali. L'evoluzione del concetto di famiglia inciderebbe in tal senso rendendo necessaria una verifica rispetto al best interest del minore e alla presenza di interessi contrapposti al diritto di autodeterminazione della coppia omosessuale.

Posto che la coppia omosessuale ha lo stesso diritto a formare una famiglia di quella eterosessuale al fine di giustificare la diversa disciplina in materia di filiazione deve valutarsi la presenza di altri interessi da tutelare quali, in particolare, la tutela del minore e quella della donna.

Particolarmente complessa la questione rispetto alle coppie composte da due uomini che di fatto sono costretti a rivolgersi ad una donna per poter diventare genitori. Il diritto alla genitorialità qui incide sul divieto di maternità surrogata posto a tutela della dignità della donna. La pratica dell'utero in affitto infatti violerebbe i principi e i valori fondanti l'ordinamento e quindi l'ordine pubblico. Lo Stato vuole in tal modo tutelare la donna ed evitare forme di sfruttamento commerciale del corpo della stessa.

Il divieto, posto a tutela di diritti fondamentali e del sistema stesso delle adozioni, rientra nel concetto di ordine pubblico e legittima la non trascrivibilità dell'atto di nascita straniero.

Di recente le Sezioni Unite⁸ si sono pronunciate sulla trascrivibilità dell'atto di nascita estero rispetto a un minore nato tramite maternità surrogata. Il problema riguardava in

particolare il genitore d'intenzione, ossia colui che interno alla coppia presta il proprio consenso alla pratica senza l'utilizzo dei propri gameti. La Corte esclude una simile trascrizione che aggirerebbe il divieto di maternità surrogata e stravolgerebbe il sistema delle adozioni.

L'ordine pubblico rappresenta dunque il limite entro cui si può riconoscere un atto straniero e ammettere pratiche non previste dallo Stato. Le Sezioni Unite evidenziano in ogni caso la possibilità di valorizzare il rapporto affettivo tra minore e genitore d'intenzione e procedere con l'adozione ex art. 44, lett. d). In tal modo non si inciderebbe sulla posizione del minore che risulterebbe in ogni caso tutelato.

Diverso il caso della coppia di donne in quanto ivi non si pone il problema del divieto di maternità surrogata. La gestante infatti è parte della coppia che di comune accordo decide di sottoporsi a pratiche di procreazione assistita eterologa.

Parte della giurisprudenza esclude anche in tal caso la trascrivibilità dell'atto ravvisando un contrasto con l'ordine pubblico in quanto la legge 40 del 2004 vieta la pma per coppie omosessuali. Deve rilevarsi tuttavia come la tesi oggi maggioritaria attribuisca al concetto di ordine pubblico un respiro maggiore, valorizzando le fonti internazionali e i principi derivanti dalle stesse. Il divieto di maternità surrogata rientra tra i valori fondanti l'ordinamento, toccando diritti fondamentali, il che giustifica il mancato riconoscimento dell'atto straniero. Diverso invece il caso di una coppia omosessuale femminile che richieda la trascrizione dell'atto di nascita del figlio nato all'estero tramite tecniche di PMA eterologa in quanto qui non si pone un problema di ordine pubblico.

Ulteriori precisazioni sono necessarie a fronte di una recentissima pronuncia della Suprema Corte di Cassazione con la quale è stato negato il riconoscimento del figlio di una coppia omosessuale femminile unita da un'unione civile. La sentenza non sembra opporsi al suddetto orientamento in quanto il caso appare diverso da quello esaminato dalle Sezioni Unite. La pratica di pma eterologa era stata effettuata all'estero ma il minore era nato in Italia. È evidente come in tal caso non si ponga un problema di ordine pubblico ma di rispetto della normativa interna che vieta il ricorso a tale tecniche per coppie omosessuali.

Testualmente si legge che "il riconoscimento di un minore concepito mediante il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di una donna legata in unione civile con quella che lo ha partorito, ma non avente alcun legame biologico con il minore, si pone in contrasto con l'art. 4, comma terzo, della legge n. 40 del 2004 e con l'esclusione del ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali, non essendo consentita, al di fuori dei casi previsti dalla legge, la

realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico, con i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto"⁹.

5. Conclusioni

Alla luce del sistema, così sommariamente descritto, è evidente come l'evoluzione dei principi fondamentali e dei diritti umani, tra cui rientra il diritto di autodeterminazione e di costruire la propria vita familiare, necessiti di un continuo bilanciamento tra interessi contrapposti.

La tutela del minore ricopre un ruolo fondamentale e prioritario di direzione e giustificazione dell'opera sia del giudice che del legislatore. Il divieto di adozione per le coppie omosessuale, del resto, viene giustificato dal legislatore così come da gran parte dell'opinione pubblica valorizzando la necessità di tutelare il minore e il suo percorso di crescita.

La giurisprudenza, sempre più attenta a tutelare forme sostanziali e fattuali di famiglia, da un lato ha confermato e ribadito il divieto di maternità surrogata e la sua natura di principio di ordine pubblico e dall'altro ha esteso l'ambito di applicabilità delle adozioni in casi particolari per offrire uno strumento di protezione sia per il genitore d'intento che in particolare per il minore.

Il dibattito sorto sulla natura ed estensione del diritto alla genitorialità fuoriesce dall'ambito prettamente giuridico riguardando il settore della morale e dell'etica. L'evoluzione e la trasformazione delle formazioni sociali e della stessa società incideranno sul tema e ci mostreranno nuove isole che il mare del diritto dovrebbe solo lambire.

Note e riferimenti bibliografici

1La Corte EDU, Keegan c. Irlanda, 26 maggio 1994, sul punto afferma che la nozione di vita familiare include anche la filiazione naturale riconoscendo l'esistenza di un rapporto familiare per il solo fatto della nascita, anche in assenza di convivenza tra i genitori, o in mancanza di contatto tra genitore non convivente e figlio.

2Note e ormai celebre espressione di C. A. Jemolo, La famiglia e il diritto, in Ann. Sen. Giur. Università di Catania, 1948, III. Con tale espressione l'autore voleva rivendicare l'autonomia del diritto di famiglia rispetto al dirigismo e alle ingerenze dello Stato fascista.

3 Si veda sul punto Cassazione civile sez. I, 13/07/2020, n.14914 secondo cui l'adottabilità di un minore può essere dichiarata anche quando lo stato di abbandono dello stesso sia determinato da una situazione psicologica e/o fisica, grave e non transitoria, che renda il genitore, seppur ispirato da sentimenti di amore sincero e profondo, inidoneo ad assumere ed a conservare piena consapevolezza delle proprie responsabilità verso il figlio, nonché ad agire in modo coerente per curarne nel modo migliore lo sviluppo fisico, psichico e affettivo, sempre che il disturbo sia tale da coinvolgere il minore, producendo danni irreversibili al suo sviluppo ed al suo equilibrio psichico.

4Secondo la Cassazione civile sez. I, 22/09/2020, n.19825 lo stato di abbandono dei minori non può essere escluso in conseguenza della disponibilità a prendersi cura di loro, manifestata da parenti entro il quarto grado, quando non sussistano rapporti significativi pregressi tra loro ed i bambini, e neppure possano individuarsi potenzialità di recupero dei rapporti, non traumatiche per i minori, in tempi compatibili con lo sviluppo equilibrato della loro personalità.

5 Sul punto la Cassazione civile sez. I, 13/02/2020, n.3643 ha affermato che la cessazione dei rapporti e dei contatti con la famiglia di origine è, tuttavia, una conseguenza diretta dell'affidamento preadottivo perché costituisce una modalità di attuazione di questa cruciale fase del rapporto tra adottante e adottando, diretta a culminare nella dichiarazione di adozione. Può, pertanto, ritenersi che con la dichiarazione di adottabilità, in quanto finalizzata alla adozione legittimante (ancorché possa verificarsi in alcune ipotesi la assenza di tale esito finale) si determina la cessazione dei rapporti con i genitori biologici, non essendo compatibile con la finalità ultima dell'istituto la perpetuazione di una relazione che è destinata a recidersi definitivamente con la assunzione di un diverso status filiale mediante l'adozione.

6Si veda la C. Cass., sez. i civile - sentenza 22 giugno 2016, n.12962 che ha affermato che per l'adozione in casi particolari ex art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983, si prescinde da un preesistente stato di abbandono del minore ed è sufficiente l'impossibilità "di diritto" di procedere all'affidamento preadottivo del minore, accogliendo così la domanda di adozione di una minore proposta dalla partner della madre biologica con questa stabilmente convivente.

7C. Cass., sez. i civile - sentenza 22 giugno 2016, n.12962 e in senso conforme Trib. min. Genova, 3 luglio 2019 e C.App. Napoli, 4 luglio 2018, n.145

8Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 8 maggio 2019, n.12193 afferma che Il riconoscimento della efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità ex art. 12, 6° comma, L. 40/2004, qualificabile come principio di ordine pubblico in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto della adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici quali l'adozione in casi particolari (art. 44, 4° comma, lett. D, L. n. 184/1983).

9Si veda la Cassazione civile, sez. I, sentenza 22 aprile 2020, n. 8029

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=5887>

IL DIRITTO AD ESSERE GENITORI. STEPCHILD ADOPTION, PROCREAZIONE MEDICALMENTE
ASSISTITA E MATERNITÀ SURROGATA