



PROCREAZIONE ASSISTITA, ADOZIONE SEMPLICE E RICONOSCIMENTO

SOMMARIO: 1. Procreazione medicalmente assistita e discendenza genetica. - 2. I nuovi impieghi dell'adozione semplice (art. 44 l. 184). - 3. L'inadeguatezza dell'adozione semplice secondo la Corte costituzionale. - 4. Riforme legislative o interpretazioni costituzionalmente orientate?

1. – La procreazione medicalmente assistita, nella sua versione cosiddetta eterologa, presenta vari casi, le cui conseguenze sono trattate dal diritto in modo differenziato. Ricapitolo in gran sintesi le diverse regole.

a) Procreazione assistita eterologa maschile: il nato ha lo stato di figlio dell'uomo che ha dato il suo consenso nelle forme di legge, come se fosse suo figlio genetico (art. 8 l. 40).

b) Procreazione assistita eterologa femminile (accessibile in Italia solo alle coppie eterosessuali): nessuna previsione, visto l'originario divieto della procreazione eterologa nella l. 40; ora, dopo la caduta del divieto (¹), si applica la medesima regola dell'eterologa maschile, ma con una precisazione limitatrice: alla donna è attribuita la maternità, benché non sia madre genetica, solo se ha portato la gravidanza e ha partorito. Il principio secondo il quale madre è colei che partorisce (art. 269 c. 3 c.c.) resta infatti invariato.

c) Procreazione assistita eterologa femminile di una coppia omosessuale femminile: è realizzata all'estero, non essendo ammessa in Italia (art. 5 l. 40). Occorre distinguere secondo il luogo di nascita del figlio.

c1) Se è nato all'estero e la coppia è unita in matrimonio o in *registered partnership*, l'atto di nascita che attribuisce la qualità di genitrice a entrambe le donne, ivi legittimamente formatosi, dev'essere trascritto in Italia (²). Il diritto alla conservazione del rapporto familiare, fattuale e giuridico, con entrambe le donne, così come costituito all'estero, è garantito anche in Italia, quale aspetto essenziale della tutela dell'interesse del figlio minore.

c2) Se è nato in Italia, il problema è se la donna che non è madre gestazionale possa riconoscerlo; se lo si nega, l'unica via oggi ammessa per costituire il rapporto giuridico fra quest'ultima e il nato è l'adozione di cui all'art. 44 c. 1° lett. d l. 184.

d) Procreazione assistita realizzata mediante maternità per conto altrui: rigorosamente vietata in Italia (art. 12 c. 6° l. 40), è ammessa in molti altri paesi. Potrebbero ricorrervi tanto coppie eterosessuali, se la donna non è in grado di portare la gravidanza, quanto coppie eterosessuali maschili (³). Secondo la regola affermata dalla Corte di cassazione, che al momento sembra

¹ Per effetto di C. cost., 10 giugno 2014, n. 162.

² È infatti ormai pacifico che l'unione omosessuale non è contraria all'ordine pubblico, non confliggendo con i principi della costituzione e del sistema internazionale di protezione dei diritti umani: vd. Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, seguita da giurisprudenza costante. Nello stesso senso, in precedenza vd. Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, ove però entrambe le donne erano madri biologiche: l'una genetica e l'altra gestazionale.

³ Che possa ricorrervi anche una coppia omosessuale femminile sembrerebbe un caso di scuola, ma la realtà ne dà una smentita: vd. Corte europea dei diritti dell'uomo (in seguito CtEDU), *Valdis Fjölfnisdóttir c. Islanda* (2021, ric. 71552/17), sulla quale ritornerò in seguito.

JUS CIVILE



consolidata, la maternità attribuita nell'atto di nascita straniero alla donna committente, madre d'intenzione, non può essere riconosciuta in Italia per contrarietà all'ordine pubblico internazionale⁽⁴⁾. La paternità risultante dall'atto di nascita straniero dev'essere invece riconosciuta.

La Corte europea ha precisato che nei casi di maternità per conto altrui gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento nel regolarne le conseguenze⁽⁵⁾. Benché non tenuti a riconoscere il rapporto di filiazione materna formatosi nel paese di nascita del bambino, hanno due obblighi: a tutela della sua *vita familiare*, devono garantirgli di poter crescere all'interno della famiglia committente, della quale fa parte il padre genetico. Inoltre, a tutela della sua *vita privata*, devono consentire la formazione di un rapporto giuridico *simile* a quello di filiazione, quale per esempio quello di adozione. Questa, o il diverso strumento previsto per costituire il rapporto, deve poter essere costituito dall'autorità «*promptly and effectively*»⁽⁶⁾.

2. - Il caso di adozione semplice di cui alla lett. *d* dell'art. 44 l. 184, creato per permettere l'adozione anche in circostanze estremamente particolari, già nell'ultimo decennio del secolo scorso aveva visto la sua funzione molto ampliata.

In primo luogo è interpretazione consolidata da tempo che l'impossibilità dell'affidamento preadottivo possa essere tanto *di fatto*, quanto *di diritto*: ha dunque la funzione di norma di chiusura del sistema – che come si sa è alquanto rigido – cui si ricorre quando sarebbe bene che il minore fosse adottato, ma pronunciare l'adozione piena sarebbe, nel suo stesso interesse, inopportuno, oppure impossibile, tanto per ragioni *giuridiche* quanto per ragioni *fattuali*⁽⁷⁾.

In secondo luogo il caso di cui all'art. 44 lett. *d* permette di adottare il figlio del proprio convivente, soprattutto se omosessuale, togliendo così ogni efficacia pratica alla scelta politica della l. 76/2016, che non aveva esteso alle coppie unite civilmente la possibilità di adottare il figlio del proprio coniuge, di cui alla lett. *b* dell'art. 44 l. 184⁽⁸⁾.

Ora il suo impiego nel caso della maternità per conto altrui è stato apertamente suggerito dalla Corte costituzionale nel 2017⁽⁹⁾, sulla scorta dell'indicazione altrettanto generale data dalla Corte di Strasburgo nei citati casi *Mennesson* e *Labassée* (v. nota 5). Il suggerimento è stato poi accolto dalla Corte di cassazione⁽¹⁰⁾, ma non sempre la giurisprudenza di merito vi si è conformata⁽¹¹⁾.

⁴ Vd. Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193.

⁵ Vd. CtEDU, a partire da *Mennesson c. Francia* (2014, ric. 65192/11) e *Labassée c. Francia* (2014, ric. 65941/11), fino all'*Advisory Opinion* sul caso *Mennesson* (2019, richiesta P16-2018-001).

⁶ Così, in un modo che al momento appare definitivo, l'*Advisory Opinion* della CtEDU sul caso *Mennesson* (2019), n. 55. Null'altro dice la Corte: in particolare dichiara espressamente di non valutare se la disciplina francese dell'adozione sia adeguata.

⁷ Secondo le parole di C. cost., 7 ottobre 1999, n. 383, è «una sorta di clausola residuale per i casi speciali non inquadrabili nella disciplina dell'adozione "legittimante", consentendo l'adozione dei minori anche quando non ricorrono le condizioni di cui al primo comma dell'art. 7» della l. 184, cioè quando manca un vero e proprio stato di abbandono.

⁸ Vd. Cass., 22 giugno 2016, n. 12962.

⁹ Vd. C. cost., 18 dicembre 2017, n. 272.

¹⁰ Vd. Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193; Cass., 3 aprile 2020, n. 7668; Cass., 22 aprile 2020, n. 8029.

¹¹ Mi limito a ricordare le decisioni successive alle sentenze di cassazione del 2020, citate alla nota precedente, tutte reperibili in <articolo29.it>: Trib. Genova, 8 novembre 2020; Trib. Brescia, 11 novembre 2020; Trib. Milano, 12 novembre 2020 (indirettamente); Trib. Roma, 18 aprile, 2021; App. Cagliari, 29 aprile 2021.

JUS CIVILE



3. - Il problema oggi continua dunque a porsi ed è in sintesi il seguente: se l'adozione di cui alla lett. *d* dell'art. 44 l. 184, sia uno strumento adeguato per costituire sul piano legale il rapporto tra il minore e la persona adulta, compagna di vita del genitore genetico (e legale), che svolge nei fatti la funzione genitoriale senza essere genitrice genetica.

Una premessa essenziale: il problema dell'adeguatezza non può che porsi *nello stesso identico modo* tanto nel caso *sub c2* quanto nel caso *sub d*, esposti nel primo paragrafo di questo scritto.

La Corte costituzionale, da ultimo, ha espresso seri dubbi in proposito con due sentenze, l'una sul caso *sub c2* e l'altra sul caso *sub d* ⁽¹²⁾.

La prima, la n. 32, è dettata a proposito dell'inammissibilità del riconoscimento da parte della convivente della madre legale e biologica, che nelle more del giudizio costituzionale è stata confermata dalla cassazione ⁽¹³⁾: è una sentenza di inammissibilità, trattandosi di materia che la Corte giudica riservata alla competenza del legislatore.

La Corte ribadisce anzitutto un'affermazione già fatta in precedenza ⁽¹⁴⁾: l'elusione del divieto di accedere alla procreazione assistita per le coppie omosessuali femminili «non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali», né esiste alcuna prova che crescere in una famiglia omosessuale sia contrario all'interesse dei figli minori. L'attuale assetto normativo – soggiunge la Corte – «svela una preoccupante lacuna» nella loro protezione. Questi infatti si trovano in una condizione giuridica deteriore sotto vari aspetti, dovuta soltanto all'orientamento sessuale delle persone che hanno realizzato il progetto procreativo. Il primo aspetto inadeguato della normativa è che la donna genitrice solo intenzionale e sociale, ma non biologica, non può riconoscerli (punto 2.4.1.3). Il secondo aspetto è che l'adozione della lett. *d* non dà sufficienti garanzie quanto meno se nel frattempo la coppia genitrice si separa, visto che l'art. 46 c. 1° l. 184 richiede l'assenso della genitrice dell'adottando: assenso che quest'ultima ha la facoltà di rifiutare (punto 2.4.1.4). Ed è evidente che il rifiuto non sarebbe superabile ricorrendo alla disposizione dell'art. 46 c. 2° l. 184.

La seconda sentenza, la n. 33, è dettata a proposito dell'inammissibilità della trascrizione nella sua interezza dell'atto di nascita straniero che attribuisce la maternità alla donna componente della coppia committente (madre d'intenzione) in caso di ricorso alla maternità per conto altrui ⁽¹⁵⁾. Anche qui la Corte ha scelto la via dell'inammissibilità, giudicando la materia riservata alla competenza del legislatore.

Premessa la centralità del principio di priorità dell'interesse del minore, la Corte ritiene che questo debba essere bilanciato, «alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità» (punto

¹² Con due sentenze del 9 marzo 2021, la n. 32 e la n. 33, che prendono dunque le distanze dai giudicati di cassazione del 2020, citati alla nota precedente.

¹³ Con le citate sentenze 7668 e 8029 del 2020.

¹⁴ Il riferimento va a C. cost., 23 ottobre 2019, n. 221, a proposito dell'esclusione di tali coppie dall'accesso alla procreazione assistita.

¹⁵ La questione è stata sollevata dalla sez. 1ª della Corte di cassazione, che si è così discostata da quanto deciso dalle sezioni unite con la sentenza 12193/2019, cit. Analoga questione era già stata oggetto di C. cost. 272/2017, cit., che l'aveva giudicata infondata e aveva suggerito la via dell'adozione come modalità per costituire il rapporto con la madre d'intenzione.

JUS CIVILE



5.5). Com'è ovvio, il riferimento va soprattutto alla giurisprudenza della CtEDU citata. La Corte si chiede poi se l'adozione della lett. *d* dell'art. 44 l. 184 risponda adeguatamente allo scopo di formare «*promptly and effectively*» il rapporto tra figlio e madre d'intenzione, e lo esclude principalmente a causa della necessità dell'assenso dell'altro genitore, che «potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia» (punto 5.8). Osserva inoltre che è controverso se l'adottato entri a far parte della rete parentale dell'adottante (art. 74 c.c.): se si ritiene che non vi rientri, questo costituisce un ulteriore elemento di discriminazione ingiustificata¹⁶).

Entrambe le sentenze si concludono con un appello al legislatore, espresso in modo particolarmente forte dalla n. 32: «non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia» (punto 2.4.1.4). Ma le minacce fatte dalla Corte al legislatore sono per lo più ignorate, com'è tristemente noto. Tuttavia l'asserita *intollerabilità* dell'inerzia lascia trasparire l'intenzione della Corte, se il caso le sarà ripresentato, di modificare il proprio orientamento e di dichiarare l'illegittimità dell'insieme normativo che non ammetterebbe il riconoscimento. Non sarebbe la prima volta che la Corte reagisce così all'inerzia legislativa: anzi: la declaratoria di inammissibilità seguita da un caldo monito al legislatore, a sua volta seguito, se non raccolto, da un'aperta dichiarazione di incostituzionalità rappresenta ormai un modo di procedere ampiamente collaudato.

4. - Anzitutto, come già scritto sopra, deve restare ben chiaro che se si accoglie l'adozione come unica via per giungere a formare il rapporto tra genitrice intenzionale e figlio, i due casi (quelli *sub c2* e *sub d*) impongono le medesime modifiche della disciplina adottiva, necessarie per meglio perseguire l'interesse del figlio minore e per garantire il diritto alla reciproca frequentazione, spettante sia al minore, sia al genitore intenzionale.

Ma quali? Mi sembra piuttosto semplice.

La prima è che l'assenso del genitore con il quale il rapporto di filiazione è già costituito, richiesto dall'art. 46 c. 1° l. 184, dev'essere considerato come implicitamente prestato, e irrevocabile, per il solo fatto che l'altro componente della coppia ha dato il suo consenso alla procreazione assistita nel paese ove questa è avvenuta.

La seconda è che dev'essere rimosso definitivamente ogni dubbio sull'interpretazione dell'art. 74 c.c.: va letto come la lettera del suo testo *impone*, e cioè che anche l'adottato in casi particolari (art. 44 l. 184) è inserito a pieno titolo nella rete parentale dell'adottante, come l'adottato con adozione piena e il figlio biologico, e a differenza dell'adottato da maggiorenne. Se per la persistente opposizione di una parte della dottrina si ritenesse necessaria una legge di interpretazione autentica, bene, la si dovrebbe fare al più presto.

¹⁶ La questione è notoriamente controversa: vd., tra i molti, C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 2, nt. 7; M. CINQUE, *Adozione in casi particolari: parentela tra «fratelli acquisiti»?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 78; A. LA SPINA, *Unicità dello status filiationis e adozione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 803; L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 202; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. dir.*, 2013, 838; M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013, 235; S. TROIANO, *Novità e questioni irrisolte del diritto della filiazione a un anno dal completamento della riforma (prima parte)*, in *Stud. Iur.*, 2015, 383.

JUS CIVILE



Resta la questione delle revocabilità dell'adozione semplice, in particolare di quella per violazione dei doveri dell'adottante verso l'adottato. La differenza è meno rilevante di quanto appaia in superficie: il suo effetto è assimilabile a quello prodotto dalla dichiarazione di adottabilità per i figli biologici e per quelli adottati con adozione piena.

Per la maternità per conto altrui credo che, allo stato attuale del diritto, così come elaborato dalla giurisprudenza della Corte suprema, non sia ipotizzabile altra via se non quella dell'adozione, opportunamente riformata.

Invece per il riconoscimento del bambino nato in Italia, in caso di coppie femminili, la modifica normativa dell'adozione non è l'unica via percorribile. Vi è quella, suggerita anche da C. cost. 32/2021, di introdurre due piccole modifiche della disciplina legislativa del riconoscimento. La prima è la precisazione che il consenso alla procreazione assistita della propria compagna di vita, che manifesta una precisa assunzione di responsabilità verso il nato, benché prestato all'estero produce la medesima conseguenza di cui all'art. 8 l. 40: quest'ultimo ha lo stato di figlio riconosciuto della coppia. La seconda è la sostituzione, nell'art. 250 c. 1° c.c., delle parole «dalla madre e dal padre» con le parole «dal genitore».

Mi sembra tuttavia che si possa giungere allo stesso risultato anche senza modifiche legislative – come hanno fatto i precedenti di merito citati alla nota 11 – ricorrendo a un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, che la lettera delle norme in questione non impedisce. Si eviterebbe così che nella procreazione assistita eterologa si presenti una disparità di trattamento tra uomo e donna difficilmente giustificabile. Se la coppia è eterosessuale, infatti, il consenso dell'uomo all'intervento fa sì che il nato abbia lo stato di figlio suo, matrimoniale o extramatrimoniale secondo se la coppia è o meno sposata: tale consenso è dunque sostitutivo della discendenza genetica e fa prevalere la volontà dell'uomo sulla verità biologica (artt. 8 e 9 l. 40).

La stessa prevalenza della volontà umana sulla verità biologica dovrebbe essere ammessa anche se la coppia è composta da due donne: l'unica ragione giustificatrice del trattamento differenziato sarebbe l'orientamento sessuale dei componenti della coppia, il che è palesemente inammissibile. Né mi sembra ragionevole che possa valere in senso opposto il fatto che in Italia le coppie omosessuali non siano ammesse alla procreazione assistita (art. 5 l. 40): è ormai pacifico che l'unione omosessuale non è contraria all'ordine pubblico, sicché il consenso prestato all'estero dovrebbe produrre lo stesso effetto di quello prestato in Italia.

Mi sembra poi che pure la menzione della madre e del padre di cui all'art. 250 sia un ostacolo superabile in via interpretativa. Dovrebbe essere letta come se fosse priva di un connotato di genere, seguendo l'interpretazione evolutiva, ben nota, che la Corte di Strasburgo ha più volte dato a proposito della menzione dell'uomo e della donna nell'art. 12 CEDU in tema di diritto al matrimonio⁽¹⁷⁾.

Un'ultima osservazione riguarda la protezione dell'interesse del figlio minore: la sua priorità non esclude, com'è noto, che debba essere bilanciato con l'eventuale interesse di altre persone o con valori cui l'ordinamento attribuisce un'importanza fondamentale. Nel caso del riconoscimento, l'unico valore che gli si oppone è quello che esclude le coppie omosessuali dalla pro-

¹⁷ A partire da *Schalk e Kopf c. Austria* (2010, ric. 30141/04).

JUS CIVILE



creazione assistita, sicché mi sembra indubbio che debba prevalere l'interesse del minore all'immediata costituzione di un rapporto di filiazione in senso stretto. Nel caso della maternità per conto altrui il valore che gli si oppone è del tutto diverso e gli viene ampiamente riconosciuta un'importanza ben maggiore. Il diverso esito del bilanciamento non deve quindi stupire

[LEONARDO LENTI].