



HAL
open science

La differenza di sesso è una condizione necessaria per l'adozione?

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. La differenza di sesso è una condizione necessaria per l'adozione?. ADOZIONI: GENITORIALITÀ OMOSESSUALE OLTRE IL LEGAME BIOLOGICO, Ordine degli avvocati di Bergamo, May 2019, Bergamo, Italy. hal-02124733

HAL Id: hal-02124733

<https://hal.science/hal-02124733>

Submitted on 9 May 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La differenza di sesso è una condizione necessaria per l'adozione?

di Daniel Borrillo

Osservazioni introduttive

L'istituto dell'adozione costituisce un esempio paradigmatico del rapporto tra la logica giuridica e la verità fattuale. Si tratta tuttavia di un caso tra tanti altri. La nozione di persona giuridica, la presunzione di paternità, i beni immobili per destinazione, la dichiarazione d'assenza costituiscono realtà giuridiche fondate su postulati che trovano la loro legittimità in una "convenzione sociale". La legge decide in tale senso perché ritiene che la distanza dalla realtà serva a qualcosa di più importante rispetto alla pura verità dei fatti : la pace delle famiglie, il trasferimento dei beni, l'equità, l'imputazione di una responsabilità, etc.. Il diritto può persino opporsi alla verità biologica e istituzionalizzare una "sana menzogna". È quanto si verifica nel caso dell'impedimento di instaurare un doppio legame di filiazione quando il bambino nasce da una relazione incestuosa o ancora nel caso di impossibilità di far sorgere un rapporto di filiazione in capo al terzo donatore di sperma quando una coppia ricorre alla procreazione medicalmente assistita. In altre parole, il diritto quale scienza normativa che si occupa degli oggetti dell'universo del *dover essere* non è condizionato dalle contingenze dell'universo dell'*essere* (le leggi della biologia, della fisica...)¹.

Il concetto giuridico di filiazione non coincide con la nozione biologica di riproduzione. In effetti, la distinzione tra procreazione e filiazione consente di tracciare una linea di demarcazione tra due situazioni che non si sovrappongono necessariamente. Nel caso di conflitto tra le due dimensioni, il diritto farà prevalere una delle due. Tra il fatto biologico della riproduzione e l'istituto giuridico della filiazione, è sempre quest'ultimo che determinerà la natura e la qualità del legame. La dimensione culturale cristallizzata nella norma giuridica non può coincidere con la materialità determinata dalla dimensione biologica, perché la funzione del diritto non è quella di recepire una realtà che si suppone debba prevalere sul diritto stesso. Il parto anonimo e l'adozione rappresentano, in questo senso, due esempi paradigmatici. Non è un vincolo naturale che fonda il legame tra l'adulto e il bambino ma una dichiarazione di volontà. Nel primo caso, una donna, malgrado la sua qualità di genitrice e nonostante il parto, non ha lo statuto di madre. Nel secondo caso, l'adottante diviene genitore pur essendo completamente estraneo alla gestazione del bambino.

Questa indipendenza del diritto dal rapporto di fatto consente al primo di organizzare un regime familiare secondo una logica relativamente autonoma. Certamente, i fatti possono essere all'origine di un legame giuridico, ma è necessario ulteriormente che essi abbiano una rilevanza giuridica. In tal guisa, il possesso di stato e l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità permettono di costituire un legame familiare e segnatamente, in caso di contestazione dello stato di figlio, tali modalità di costituire legami di parentela prevalgono su quelli anteriormente sorti sulla base di una dichiarazione. È necessario precisare che, se il possesso di stato prova la volontà preesistente di considerare il bambino come proprio, nell'ambito dall'azione di dichiarazione

¹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 2^{ème} édition 1988.

giudiziale di paternità e di maternità, la realtà biologica può imporsi sulla volontà del genitore, ammesso che l'azione sia introdotta nei termini prescritti dalla legge. Tuttavia, il diritto fa ricorso più frequentemente alla realtà fattuale per fondare il legame di filiazione nei confronti del padre piuttosto che nei confronti della madre. In effetti, l'eccezione stabilita dall'art. 341-1 del Codice civile che consente alla madre di non rilevare la sua identità al momento del parto (parto anonimo) o ancora l'art. L 2212-1 del Codice della salute pubblica che qualifica la volontà di interrompere la gravidanza come un diritto soggettivo della donna anche contro la volontà del marito, dimostrano bene l'esistenza di un'asimmetria tra la volontà della donna e il vincolo "biologico" dell'uomo². Ciò è particolarmente evidente nel caso di contestazione della paternità grazie alla quale la madre, dopo lo scioglimento del matrimonio e a condizione che si sia risposata con il genitore, può rimettere in discussione la filiazione accettata dal suo ex marito, anche se costui sapeva di non essere il genitore. Questi esempi dimostrano che situazioni biologiche identiche hanno effetti giuridici differenti: la procreazione non determina necessariamente la madre, ma è sufficiente per designare il padre e ciò non come conseguenza di un fatto naturale qualsiasi, ma in virtù della semplice volontà della legge.

Il diritto può costruire queste verità senza preoccuparsi del dato naturale, può perfino ignorare i dati biologici e genetici. In tal modo, l'adozione legittimante consente di creare un legame di filiazione *ex nihilo* tra una persona sola e un bambino. Giuridicamente, quindi, il bambino è figlio di un genitore (un uomo o una donna) e non di due gameti (lo spermatozoo e l'ovulo). Sebbene il diritto non neghi questa realtà, finisce però per cancellarla a favore di una dichiarazione di volontà convalidata da un giudice. Allo stesso modo, nel caso di procreazione medicalmente assistita per la cui realizzazione viene donato un gamete, la legge vieta il sorgere di un legame di filiazione tra il donatore e il nascituro. Nel primo esempio, il diritto nega la biologia, nel secondo tenta di imitarla nascondendo accuratamente, a questo scopo, la verità della procreazione.

Il diritto dispone quindi di un'enorme flessibilità nell'assegnare un figlio a una coppia o anche a un individuo. Così, con l'adozione legittimante monoparentale (che esiste in Francia dal 1966) la legge permette di istituire un legame di filiazione senza alcun riferimento alla doppia figura della madre e del padre, come vorrebbe l'ordine biologico. Allo stesso modo, la norma giuridica ignora alcune caratteristiche dell'adottante. Poco importa che sia francese o straniero, ateo o credente, uomo o donna, la legge pretenderà solamente che l'adottante offra solide garanzie sul piano educativo, familiare e psicologico per crescere un bambino³.

Nonostante la riluttanza della legge nel definire *a priori* l'identità di un aspirante adottante, l'amministrazione e la giustizia francese ritenevano, fino alla condanna della CEDU del 2008, che l'omosessualità del candidato costituisse un ostacolo per il suo progetto genitoriale. Mentre alcuni

² La Corte europea dei diritti umani nella sentenza del 13 febbraio 2013 (*Odièvre c. Francia*, ricorso n° 42326/98) ha ritenuto che la legge del 22 gennaio 2002 che sancisce il principio del parto anonimo non è contraria alle disposizioni degli articoli 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti umani. In un'altra sentenza del 7 febbraio 2002, (*Mikulic c. Croazia*, ricorso n° 53176/99), la stessa Corte ha condannato lo Stato sulla base dell'articolo 8 della Convenzione perché la sua legislazione non conteneva alcuna disposizione che permettesse di superare il rifiuto del presunto genitore di sottoporsi a un esame genetico.

³ Articolo 4 del decreto del 1° settembre 1998 riguardante l'autorizzazione delle persone che desiderano adottare un orfano o un bambino straniero.

Consigli dipartimentali e alcuni Tribunali amministrativi hanno permesso l'adozione di un bambino indipendentemente dall'orientamento sessuale del richiedente, il livello più alto del contenzioso ha ostacolato il candidato omosessuale e ciò nonostante le sue capacità materiali e morali. Si tratta di un ragionamento generalizzato, di un principio applicato *in abstracto*, a tutte le persone soltanto in ragione del loro orientamento sessuale. Nonostante il fatto che il diritto comune della filiazione non impedisca il sorgere di un legame di filiazione tra una persona omosessuale e un bambino, la giurisprudenza francese, prima della condanna della CEDU nel 2008, aveva creato una *conditio filiationis* estranea alla tradizione civilistica: la differenza di sesso. Una tale condizione presupponeva che il diritto dovesse, se non basarsi, almeno ispirarsi al modello biologico della riproduzione e ciò spesso a scapito del vissuto e della volontà delle persone. La giurisprudenza amministrativa esigeva, fino al 2008, nell'interesse del bambino, il doppio referente uomo/donna.

Tuttavia, storicamente, l'adozione è sempre stata considerata un istituto che consente di sfuggire ai vincoli biologici o antropologici della differenza tra i sessi o anche alla differenza tra le generazioni⁴. In tal senso, gli etnologi sono concordi nel ritenere che l'adozione sia un modo molto diffuso di procurarsi una parentela e gli storici del diritto ricordano parimenti come sia stata diffusamente praticata fin dalla più risalente antichità per costituire un rapporto di filiazione⁵. Fino alla caduta dell'impero romano, la capacità di adottare non era riconosciuta che al *pater familias*, mentre non era riconosciuta alle donne, agli schiavi e agli eunuchi. Influenzato dai precetti della Chiesa che esalta la superiorità della parentela spirituale su quella della carne, Bisanzio contemplerà questa parentela volontaria oltre il nono secolo nella misura in cui sia collegata al battesimo.

Con un progressivo slittamento verso la relazione che lega il padrino al figlioccio, l'adozione perde progressivamente il suo significato nel Medioevo. Nell'occidente cristiano, a cavallo tra il decimo e il dodicesimo secolo, il feudalesimo modifica il diritto successorio favorendo i figli di sangue a scapito dei figli adottivi incapaci succedere. Non permettendo più la trasmissione del patrimonio, l'adozione persiste soltanto come un istituto caritatevole garantito dagli ospedali e dalla Chiesa.

Ma con l'era moderna, i filosofi illuministi ricordano che i legami sociali non riposano più sul fondamento della volontà divina o dell'eredità, ma su una decisione libera degli individui. Considerato a partire da questo momento come una creazione dello spirito umano, il diritto consente di ripensare i legami sociali a partire dall'individuo e questa nuova prospettiva capovolge la rappresentazione medievale del legame familiare, d'ora in avanti pensato e vissuto intorno all'individuo. La parentela e la filiazione non si basano più sull'oggettività del legame di sangue, ma obbediscono anzitutto alla legge degli affetti e Montaigne ricorda che si genera con "l'anima e con le doglie del nostro spirito". Inoltre, giuristi quali Bodin nel sedicesimo secolo, Prost de Royer nel diciottesimo secolo riscoprono l'istituto romanistico dell'adozione caduto in desuetudine nel Medioevo e reclamano, nei loro trattati e dizionari, il diritto naturale di chiamare figlio colui che il cuore predilige⁶.

⁴ Nel diritto romano il nonno poteva adottare come figlio il nipote.

⁵ Per un'analisi storica critica dell'evoluzione della morale familiare in Occidente vedi l'eccellente libro di Remi Lénior : *Généalogie de la morale familiale*, Seuil, Paris 2003.

⁶ Prost de Royer, *Dictionnaire de Jurisprudence et des arrêts*, art. « Adoption », t. III, Imprimerie d'Aimé de la Roche, Lyon, 1783, pp. 93-119.

In risposta a tale sollecitazione, la Rivoluzione francese restaura l'adozione con un decreto del 18 gennaio 1792 senza precisarne tuttavia la disciplina. Questa sarà stabilita dodici anni dopo con il Codice Napoléon. Ma l'adozione non permette di fondare un legame di filiazione che tra due maggiorenni; si dovrà attendere una legge del 19 giugno 1923 per consentire l'adozione di persone minori d'età.

Dal 1966, la legge consente indistintamente a qualsiasi individuo, celibe o coniugato e non separato di adottare, ma in quest'ultimo caso, è necessario il consenso del coniuge. Parimenti, possono adottare un bambino le coppie sposate, ma non le coppie conviventi o quelle unite da un patto civile di solidarietà (PaCS). A seguito della legge del 2013 che ha aperto il matrimonio alle coppie dello stesso sesso, l'adozione legittimante è possibile anche per loro.

Le differenti tipologie di adozione nel diritto francese

Considerando il diverso grado di integrazione, l'adozione nel diritto francese può essere non legittimante o legittimante. Nel primo caso, il legame di filiazione adottiva non si sostituisce alla filiazione biologica, si giustappone e consente all'adottato, minorenni o maggiorenne, di conservare il legame con la sua famiglia d'origine, che vuol dire conservare i diritti successori e il proprio cognome. Occorre comunque sottolineare che, per le persone minori d'età, l'autorità genitoriale è attribuita ai genitori adottivi, di conseguenza è escluso che sia condivisa in alcun modo con i genitori biologici. Nonostante il fatto che nessuna disposizione di legge impedisse agli omosessuali di ricorrere all'adozione non legittimante, occorre comunque ricordare che la giurisprudenza e la dottrina condannavano tale pratica poiché mirava a istituzionalizzare una relazione di coppia (sviamento dell'istituto dell'adozione).

L'adozione legittimante è quella di diritto comune, in Francia. A differenza dell'adozione non legittimante, sostituisce al rapporto di filiazione preesistente, è irrevocabile e il bambino perde qualsiasi legame con la sua famiglia d'origine, eccetto il caso dell'adozione del figlio del coniuge. Contrariamente all'adozione legittimante, quella non legittimante non richiede un'autorizzazione preventiva e il giudice la pronuncia dopo aver verificato che i genitori soddisfino le condizioni legali, ossia in breve, che abbiano più di ventotto anni e che siano coniugati da più di dieci anni. Per quanto riguarda l'adozione legittimante, è possibile unicamente per le coppie coniugate dello stesso o di diverso sesso. Per gli individui, lesbiche o gay, la situazione non era favorevole prima della condanna della CEDU perché la giurisprudenza amministrativa riteneva che l'omosessualità dell'adottante potesse costituire un ostacolo legittimo all'adozione di un bambino.

L'evoluzione della CEDU in materia

Rispetto all'autorizzazione all'adozione la CEDU si era dimostrata in un primo tempo cauta⁷, rifiutandosi di condannare la Francia e aveva considerato validi i dinieghi di autorizzazione all'adozione in ragione dell'omosessualità del candidato. La Corte europea affermava che *«si può ritenere che il rigetto persegua la finalità legittima di proteggere l'interesse superiore del bambino, sebbene non determinato, e che non violi il principio di proporzionalità tra i mezzi impiegati e la finalità perseguita»*. Ma in un secondo momento ha mutato il suo orientamento: *«La decisione di rigettare l'autorizzazione fondata sull'orientamento sessuale dell'istante è contraria al disposto*

⁷ CEDU, 26 febbraio 2002, *Fretté c. France*, ricorso n° 36515/97.

combinato degli articoli 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti umani». La Corte ritiene che una tale discriminazione, relativa al rispetto della vita privata e familiare, non possa essere giustificata che *“da ragioni particolarmente gravi e convincenti”*. *“Tuttavia, tali ragioni non sussistono nel caso di specie, poiché il diritto francese consente l'adozione di un figlio da parte di una persona non coniugata, aprendo così la strada all'adozione da parte di una persona non coniugata omosessuale”*, evidenziano i giudici di Strasburgo. In pratica, questo mutato orientamento interpretativo ha obbligato l'amministrazione francese ad abbandonare le sue motivazioni generali e astratte per una motivazione concreta e precisa nell'interesse del bambino⁸.

A livello nazionale, una prima decisione del *Tribunal de grande instance* di Parigi del 27 giugno 2001 aveva pronunciato a favore di una donna, partner di un PaCS, l'adozione non legittimante, dei tre figli della sua compagna, nati uno dopo l'altro attraverso una fecondazione medicalmente assistita e senza alcun legame di paternità. La soluzione sembra giuridicamente logica dal momento che la caratteristica propria dell'adozione non legittimante è di sovrapporre due legami di filiazione. Ciò non toglie che le norme sull'adozione non legittimante, nonostante la loro tradizionale plasticità, non sono state interpretate per consacrare la «famiglia omogenitoriale». Lo dimostra l'applicazione dell'articolo 365 del Codice civile: l'esercizio dell'autorità genitoriale è attribuito all'adottante, il che nel caso in cui la coppia si separi potrebbe rivelarsi molto imbarazzante. È senza dubbio per questa ragione che la Corte di cassazione ha respinto questa possibilità nella considerazione che *«l'adozione determinava un trasferimento di poteri genitoriali sul bambino privandone la madre biologica, che intendeva continuare ad allevare il bambino, come era suo diritto»*⁹.

Successivamente, la Corte di cassazione ha sfumato la sua posizione e ha ammesso in una sentenza dell'8 luglio 2010 che una decisione straniera (Stato della Georgia negli Stati Uniti), con cui veniva pronunciata un'adozione non legittimante a favore di una donna del figlio della sua compagna, non contrastava con alcun principio essenziale del diritto francese, dal momento che in base alla decisione l'autorità genitoriale sul bambino era condivisa dalla madre e dall'adottante. Questa interpretazione dell'art. 365 del Codice civile non è stata considerata contraria alla Costituzione e questa posizione francese è stata accolta benevolmente dai giudici di Strasburgo che non rilevano alcuna differenza discriminatoria di trattamento tra la possibilità riconosciuta a un uomo coniugato di ricorrere all'adozione non legittimante del figlio della propria moglie e il divieto imposto alla convivente di adottare il bambino della sua compagna¹⁰.

Il riconoscimento dell'adozione omogenitoriale estera

In due decisioni del 7 giugno 2012, la Corte di cassazione aveva affrontato un caso inedito: il riconoscimento in Francia di un'adozione non già non legittimante, ma legittimante, pronunciata all'estero a favore di una coppia di uomini omosessuali. Una decisione straniera che pronuncia l'adozione a favore di una coppia di uomini non coniugati e riconosce a entrambi l'autorità

⁸ CEDU, Grande Camera, 22 gennaio 2008, ricorso n° 43546/02.

⁹ Cour de cassation, I civ., 20 febbraio 2007, n° 06-15.647.

¹⁰ CEDU, 15 marzo 2012, *Gas e Dubois c. Francia*, ricorso n° 25951/07, *JCP* 2012, n° 589, con osservazioni di Gouttenoire et Sudre – cfr. tuttavia, CEDU, 19 febbraio 2013, *X... c. Austria*, ricorso n° 19010/07: la Corte ha condannato l'impossibilità della convivente omosessuale di adottare il figlio della compagna, dal momento che era possibile, in base alla legislazione austriaca, per una coppia di conviventi eterosessuali.

genitoriale non contrasta con alcun principio fondamentale del diritto francese, aveva stabilito la Corte di Parigi nel 2011. La Corte di cassazione censura tale decisione e al contrario dei giudici parigini afferma: *«che è contrario a un principio fondamentale del diritto francese della filiazione, il riconoscimento in Francia di una decisione straniera la cui trascrizione nei registri dello stato civile francese, avendo lo stesso valore dell'atto di nascita, comporta l'iscrizione di un bambino come nato da due genitori dello stesso sesso»*. Questo argomento è ormai superato dopo l'entrata in vigore della legge n. 2013- 404 del 17 maggio 2013 che ha aperto il matrimonio e l'adozione alle coppie omosessuali anche se l'adozione viene rifiutata alle coppie di conviventi.

L'adozione del figlio del coniuge dello stesso sesso

Per quanto riguarda l'adozione intra-famigliare in un caso di procreazione medicalmente assistita (PMA) di una coppia di donne, la Corte di cassazione, in due pareri resi il 23 settembre 2014 ha affermato che il ricorso a una PMA all'estero *«non costituisce un ostacolo a che la moglie della madre possa adottare il bambino così concepito»*. Questa decisione ha messo fine all'incertezza giuridica nella quale si trovavano le coppie di donne coniugate.

In Francia la PMA è riservata alle coppie coniugate eterosessuali, o in grado di dimostrare una vita in comune da almeno due anni, la cui infertilità sia stata diagnosticata da un medico. Le coppie lesbiche desiderose di beneficiare di queste tecniche devono dunque recarsi all'estero. I bambini nati grazie a tale procreazione medicalmente assistita non incontrano alcun problema in Francia quanto al riconoscimento della filiazione della loro madre biologica. Conformemente all'art. 315-25 del Codice civile *«la filiazione è stabilita, riguardo alla madre, in base a quanto è indicato nell'atto di nascita»*. Ora questa indicazione si fa automaticamente dopo il parto.

Tuttavia, questo non è affatto il caso della compagna della partoriente. In effetti, poiché la PMA è vietata in Francia alle coppie omosessuali, la filiazione non poteva essere legalmente accertata con riguardo alla compagna della madre, perché ciò avrebbe costituito una frode alla legge: non era in effetti possibile avere due legami di filiazione naturale.

Ora, la legge del 17 maggio 2013 che ha aperto il matrimonio alle coppie omosessuali ha cambiato le cose. Infatti, è ormai legale per le coppie omosessuali coniugate, che l'uno adotti il figlio dell'altro coniuge. Tuttavia, la legge non contiene alcuna precisazione riguardo al modo in cui viene concepito il bambino. Adottare il figlio del proprio coniuge, concepito attraverso una PMA all'estero può essere considerata una frode alla legge? È una questione alla quale la Corte di cassazione ha risposto positivamente. Allo stesso tempo, con riguardo a una coppia gay, la Corte di cassazione ha ammesso nel 2017 che il figlio nato all'estero a seguito di una gestazione per altri possa essere adottato dal coniuge del padre biologico¹¹. Nelle prime due sentenze la Corte ha così precisato che un legame di filiazione poteva sorgere tra il figlio e il coniuge del genitore biologico attraverso l'adozione – senza precisare se stava prendendo in considerazione l'adozione legittimante o non legittimante [Cassazione civile, 1° (prima sezione), 5 luglio 2017, n° 12-28.597 e n° 16-16.901]. Nella terza sentenza, la Corte di cassazione ha censurato una corte d'appello che aveva rigettato la domanda di adozione non legittimante di un bambino presentata dal marito del padre. La Corte ha così giudicato: *«il ricorso alla gestazione per altri all'estero non crea, di per sé, alcun ostacolo alla pronuncia dell'adozione nei confronti del marito del padre del bambino nato in*

¹¹ Cour de cassation, I civ., 5 luglio 2017, n° 15-28.597, n° 16-16.901 et n° 16-16.455, Dalloz actualité, 6 luglio 2017.

tal modo, se sussistono le condizioni legali dell'adozione e se l'adozione è conforme all'interesse del bambino» [Cassazione civile, 1° (prima sezione), 5 luglio 2017, n°16 -16.901].

Conclusioni

A partire da questi esempi, abbiamo potuto dimostrare che la giurisprudenza francese ha militato contro l'adozione omogenitoriale. È grazie alla CEDU e al Legislatore francese che l'adozione da parte di una persona omosessuale, prima, e da parte di una coppia dello stesso sesso coniugata, poi, è stata possibile. Allo stato attuale del diritto, la discriminazione non si situa più al livello del genere o dell'orientamento sessuale dei genitori, ma a livello dello stato coniugale. Infatti, solo le coppie coniugate (eterosessuali o omosessuali) possono adottare.

Il Presidente Macron ha promesso un progetto di legge che apra la PMA a tutte le donne e alle coppie di donne. Se il progetto sarà approvato, non sarà più necessario passare attraverso l'adozione del figlio del coniuge (saranno sufficienti il riconoscimento o la presunzione di genitorialità). Per contro, una discriminazione continuerà a sussistere nei confronti delle coppie di uomini.