



Minori e famiglia

L'Italia riconosce l'adozione straniera di minori da parte di una coppia maschile, ma solo in assenza di *surrogacy*

Nota a Cass., S.U., 31 marzo 2021, n. 9006

di [Stefania Stefanelli](#)

29 giugno 2021

Sommario:

L'Italia riconosce l'adozione straniera di minori da parte di una coppia maschile, ma solo in assenza di *surrogacy* (Nota a Cass., S.U., 31 marzo 2021, n. 9006)

di Stefania Stefanelli

Sommario: 1.Fatti di causa - 2. Precedenti e ragioni della decisione - 3.Il convitato di pietra: la nascita attraverso gestazione per altri o altre.

1. Fatti di causa

Due uomini, cittadini statunitensi e residenti da oltre dieci anni negli USA, ottengono dalla *Surrogate's Court* dello Stato di New York l'adozione piena di un bambino di pochi mesi, a seguito

di indagine sull'idoneità degli adottanti ed avendo acquisito il consenso dei genitori biologici.

Uno degli adottanti è altresì cittadino italiano, e si vede negata dall'ufficiale dello stato civile di una cittadina milanese la trascrizione dell'atto di nascita del bambino. Il rifiuto è motivato dalla ritenuta competenza del Tribunale per i minorenni, trattandosi di adozione internazionale, *ex art. 36, comma 4, l. adozione*. Adita la Corte d'Appello di Milano *ex art. 67 l. n. 218/1995*, ritenendo che si trattasse invece di riconoscere il provvedimento straniero, in quanto produttivo di effetti non incompatibili con l'ordine pubblico, la Corte meneghina conferma la propria competenza *ex art. 41, comma 1, l. 218/1995*, rispetto al provvedimento di adozione di minore straniero, pronunciato in favore di cittadini stranieri, stabilmente residenti all'estero. Nel merito, verificate l'integrità del contraddittorio con i genitori biologici e la pronuncia nell'interesse del minore, la Corte ritiene che l'adozione non configga coi principi di ordine pubblico internazionale, desumibili dalla Costituzione, dai Trattati fondativi dell'UE, dalla Convenzione Europea dei diritti umani e dalle altre Convenzioni internazionali cui l'Italia ha aderito. Desunta da tali fonti la clausola generale di preminente interesse del minore, ne disegna il contenuto nell'interesse a conservare in Italia lo *status* acquisito negli USA, in relazione al diritto alla continuità di cui agli artt. 13, comma 3, e 33, commi 1 e 2, l. 218/1995, ma anche al diritto alla vita privata e familiare, all'acquisto della cittadinanza italiana e delle tutele in cui si sostanzia la responsabilità genitoriale. A tanto non osta l'identità di sesso degli adottanti, né il difetto di un vincolo coniugale tra gli stessi.

Ricorre per cassazione il Sindaco, quale ufficiale di Governo, e la prima sezione civile rimette alle S.U., come questioni di massima importanza, due quesiti, attinenti: 1) alla esatta definizione, in materia di adozione legittimante, del limite di ordine pubblico, con riguardo al disfavore all'accesso per le coppie omosessuali, espresso dalle disposizioni che lo limitano alle coppie eterosessuali coniugate (art. 6 l. 184/1983 e art. 1, comma 20, l. 76/2016) e dalla giurisprudenza che limita la genitorialità sociale della coppia maschile alla sola adozione in casi particolari (Cass. S.U. 12193/2019, in fattispecie di nascita attraverso surrogazione materna); 2) alla necessità di sottoporre a vaglio, secondo il criterio di ordine pubblico, la valutazione estera di adottabilità del minore, con particolare riguardo al consenso espresso dai genitori biologici.

2.Precedenti e ragioni della decisione

Decidendo sull'eccezione di incompetenza, le S.U. aderiscono all'orientamento della Consulta (Corte Cost. n. 76/2016), escludendo la competenza del Tribunale per i minorenni quando il provvedimento straniero di adozione non venga richiesto da cittadini italiani che, trasferendo fittiziamente la residenza all'estero, mirano ad eludere la disciplina nazionale sull'adozione di

minorì in stato di abbandono. Per tale ragione, il riconoscimento in Italia degli effetti della pronunciata adozione è regolato dall'art. 41, comma 1, della l. d.i.p. (e non dal secondo comma, sull'applicazione della l. adozione) che rinvia agli artt. 64, 65 e 66 della stessa l., in materia di efficacia di sentenze e provvedimenti stranieri, imponendo il controllo del rispetto delle garanzie processuali del contraddittorio, della conformità alla *lex loci*, e del limite di ordine pubblico.

Tornando di conseguenza sulla nozione di ordine pubblico internazionale dopo appena due anni, sollecitate dal Procuratore generale a riflettere se ne costituisca parte il modello di unione matrimoniale disegnato dall'art. 29 Cost., esattamente delimitando l'ambito della valutazione agli effetti del provvedimento da riconoscere (rimanendo esterna al sindacato la conformità della legge straniera a quella nazionale, cfr. art. 18 D.P.R. 396/2000 e art. 64, lett. g, l. 218/1995, come avevano statuito con sent. 11601/2017), le S.U. ne definiscono «i limiti non oltrepassabili, costituiti dai principi fondanti l'autodeterminazione e le scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori (...); dal principio del preminente interesse del minore (...); dal principio di non discriminazione, rivolto sia a non determinare ingiustificate disparità di trattamento nello *status filiale* dei minori con riferimento in particolare al diritto all'identità ed al diritto di crescere nel nucleo familiare che meglio garantisca un equilibrato sviluppo psico-fisico nonché relazionale sia a non limitare la genitorialità esclusivamente sulla base dell'orientamento sessuale della coppia richiedente; dal principio solidaristico che è alla base della genitorialità sociale» (par. 17.3).

È, dunque, rispetto a tale cornice che la decisione in commento afferma la compatibilità degli effetti del provvedimento straniero di adozione parentale, *id est* la costituzione dello stato di figlio degli adottanti, nella sua pienezza e non, invece, nella forma più limitata che deriverebbe – secondo l'opinione prevalente^[1] – da una adozione in casi particolari, che abbiamo già definito genitoriale^[2], in ragione del richiamo contenuto nell'art. 55 l. 184/1983 all'art. 330 c.c., e dell'equivoco testo del novellato art. 74 c.c.

Ancora una volta l'ordine pubblico è inteso come limite all'applicazione della legge straniera, ma anche nella sua funzione di promozione e tutela dei diritti fondamentali della persona attraverso i principi di diritto dell'UE, delle Convenzioni internazionali a cui l'Italia ha aderito, come interpretati dalla Corte di Giustizia e dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, da sintetizzarsi con il quadro assiologico dettato dalla Costituzione e innervato dalla legislazione nazionale.

Al pari del caso deciso da Cass. 14007/2018 – adozione incrociata pronunciata in Francia dei figli di due cittadine francesi residenti in Italia – l'adozione non consegue a un contratto di *surrogacy*, e quindi la realizzazione dell'interesse del minore a vedersi riconosciuto lo *status filiationis*, che

realizza il suo diritto all'identità, alla continuità delle relazioni familiari e alla protezione dell'affettività consolidata, non trova ostacolo alcuno.

3.Il convitato di pietra: la nascita attraverso gestazione per altri o altre

Aderendo esplicitamente a S.U. 12193/2019, la pronuncia in commento ribadisce dunque che «il limite, dovuto alla contrarietà ai principi di ordine pubblico internazionale, al riconoscimento di *status genitoriali* contenuti in provvedimenti esteri, richiesti da componenti di coppie omoaffettive, è stato individuato esclusivamente nel ricorso alla gestazione per altri, limite peraltro comune anche alle coppie eterosessuali» (par. 17.3), «pur essendo espressamente previsto che il preminente interesse del minore possa essere garantito, anche in questa ipotesi, mediante l'adozione in casi particolari. Ma il modello adottivo gradato è esclusivamente conseguenza del grave disvalore ricondotto, dalle S.U., alla scelta della gestazione per altri e alla necessità di trovare un bilanciamento che tenga conto di questa valutazione» (par. 17).

In ragione di questo orientamento, può essere trascritto l'atto di nascita formato all'estero nei confronti del genitore che abbia un legame genetico col bambino nato da gestazione per altri, mentre all'altro o all'altra componente della coppia, che a pari titolo ha aggirato all'estero il divieto di surrogazione di maternità sanzionato dall'art. 12, comma 6, l. 40/2004, scelta che l'ordinamento intende disincentivare proprio impedendo agli adulti di ottenere, attraverso la trascrizione immediata, la realizzazione del proprio progetto di genitorialità.

Del «difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori» ... «al riconoscimento giuridico del rapporto con entrambi i componenti della coppia che non solo ne abbiano voluto la nascita in un Paese estero in conformità alla *lex loci*, ma che lo abbiano poi accudito esercitando di fatto la responsabilità genitoriale» la Consulta ha recentemente fatto carico «in prima battuta» al legislatore, perché individui una soluzione «nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore»[3].

L'adozione in casi particolari, infatti, costituisce uno *status sui generis*, non solo per il dubbio se sia idonea o meno a costituire legami di parentela, ma soprattutto in quanto richiede l'impulso di parte e l'assenso del genitore con cui esiste un legame biologico (e che, perciò, è anche genitore legale), dipende dall'apprezzamento giudiziale della realizzazione degli interessi del minore e dunque soggiace ai tempi del processo, ed in ogni caso è revocabile per gravi motivi (art. 51 l. 184/1983).

Nella prospettiva paidocentrica presa in considerazione dalla Corte costituzionale (quella del minore, estraneo e in alcun modo responsabile del comportamento degli adulti grazie al quale ha visto la luce), è indiscutibile l'interesse a che sia affermata la titolarità giuridica dei doveri di cui agli art. 30 Cost. e 24 Carta di Nizza in capo a coloro che, con la propria libera decisione, si sono impegnati ad accoglierlo, assumendone le relative responsabilità (cfr. Corte Cost. n. 347/1998, in cui si legge l'antecedente logico degli artt 7 e 8 l. 40/2004).

Se, dunque, la novella auspicata dovesse incidere sull'adozione, non è dubbio che «essa dovrebbe dunque essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame», a partire dalla previsione di uno strumento alternativo al ricorso di parte, che consenta al curatore del minore di legare il genitore di intenzione alle proprie responsabilità.

Lo nota anche l'opinione concorrente del giudice Lemmens rispetto alla decisione con cui la Corte Europea dei diritti dell'uomo, esaminando il rifiuto islandese di trascrivere l'atto di nascita da gestazione per altri in difetto di legame genetico con entrambe le madri intenzionali, ha ritenuto che la decisione rientrasse nella discrezionalità riconosciuta agli Stati dall'art. 8, rispetto alle limitazioni del diritto alla vita familiare che realizzano, secondo i criteri di necessità e proporzionalità, un concorrente scopo legittimamente perseguito dal legislatore, come quello di disincentivare il ricorso alla g.p.a., vietata anche in Islanda[\[4\]](#).

Sussisteva, nel caso di specie e a differenza del caso Paradiso e Campanelli c. Italia[\[5\]](#), una vita familiare in atto, ma non era stata lesa la posizione del bambino in quanto, attraverso dei provvedimenti sull'affidamento, era stata assicurata la stabilità delle relazioni sociali con le sue madri intenzionali, sebbene non fosse stato riconosciuto il suo legame di filiazione con loro, a dispetto dell'atto di nascita californiano.

La Corte di Strasburgo liquida in poche battute la censura riguardante il distinto diritto del bambino alla vita privata, affermandone la coincidenza con quanto lamentato rispetto alla lesione della vita familiare, ma si tratta di pretese diverse, in accordo con l'opinione ricordata, sebbene trovino entrambe garanzia nell'art. 8 CEDU, ed è il rispetto della vita privata ad imporre il riconoscimento di un legame giuridico con i genitori intenzionali.

Il rispetto della vita privata del bambino impone infatti, come statuiva l'*Avis consultatif* reso dalla Grande Chambre il 10 aprile 2019 a definizione del caso *Mennesson c. Francia*, ma anche nel caso *D. contro Francia*[\[6\]](#), di ripensare il limite del legame biologico quale discriminazione rispetto alla trascrivibilità dell'atto di nascita da g.p.a. formato all'estero.

Non vi è chi non veda, con il giudice Lemmens, che «l'impatto sulla posizione del bambino o della bambina è il medesimo, a prescindere dal fatto che uno o entrambi i genitori intenzionali abbiano o meno un legame biologico con lui o con lei»[\[7\]](#).

Ed è altrettanto evidente, alla luce dei fatti esaminati dalla Corte di Strasburgo e dalla Corte costituzionale, che «l'adozione non è sempre una soluzione per tutte le difficoltà che il bambino o la bambina possono sperimentare».

Per altro verso, è difficile comprendere come l'esclusione della trascrizione dell'atto di nascita verso il genitore che non sia anche genetico possa tutelare la gestante, o almeno avere effetti disincentivanti rispetto al ricorso alla gestazione per altri, quando si osserva che la costituzione di uno *status* di genitore può essere raggiunta comunque attraverso la sentenza di adozione in casi particolari, a meno di ammettere – in contrasto con l'art. 3 Cost. – che attivarsi in questo senso richiede anche significative disponibilità finanziarie.

Infine, si consideri che un atto di nascita da surrogazione di maternità della cui trascrizione si potrebbe in futuro discutere potrebbe in ipotesi essere formato nei Paesi dell'Unione Europea nei quali la pratica è ammessa, come il Belgio, e che in tal caso rileverebbe non solo l'art. 8 della Convenzione di New York rispetto al diritto del fanciullo a vedere preservate le proprie relazioni familiari, ma anche il principio di circolazione dei provvedimenti nell'Unione Europea. Non sarebbe esclusa, dunque, la scelta di chiamare a pronunciarsi, per interpello, la Corte di Giustizia.

[\[1\]](#) Cfr. anche Corte Cost. n. 32/2021, che definisce quantomeno controversa l'applicazione dell'art. 74 c.c., sulla parentela adottiva.

[\[2\]](#) A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, in Tratt. dir. div. Sacco, II ed., 2018, 21 ss.; 279 ss., cui si rinvia per approfondimenti, anche bibliografici.

[\[3\]](#) Corte Cost. 9 marzo 2021, n. 33, in *Famiglia e diritto*, 2021, 684 ss., con note di M. Dogliotti e G. Ferrando; in questa Rivista, con note di A. Morace Pinelli
<https://www.giustiziainsieme.it/it/news/129-main/minori-e-famiglia/1703-la-corte-costituzionale-interviene-sui-diritti-del-minore-nato-atraverso-una-pratica-di-maternita-surrogata-brevi-note-a-corte-cost-9-marzo-2021-n-33> e G. Ferrando
<https://www.giustiziainsieme.it/it/news/129-main/minori-e-famiglia/1667-il-diritto-dei-figli-di-due-mamme-o-di-due-papa-ad-avere-due-genitori-un-primo-commento-alle-sentenze-della-corte-costituzionale-n-32-e-33-del-2021>.

[4] Corte EDU, 18 maggio 2021, Valdís Fjölnisdóttir and others V. Iceland, Application no. 71552/1.

[5] Corte EDU, Grande Chambre, 24 gennaio 2017, Application no. 25358/12.

[6] Corte EDU, 16 luglio 2020, Application no. 11288/18, § 54: «lorsqu'un enfant est né à l'étranger par gestation pour autrui et est issu des gamètes du père d'intention, le droit au respect de la vie privée de l'enfant requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention et entre l'enfant et la mère d'intention, qu'elle soit ou non sa mère génétique».

[7] In continuità con B.G.H., 12^a Sez. civ., 10 dicembre 2014, in *personaedanno.it*, su cui M. MASI, *Coppie omosessuali e ricorso alla surrogacy in uno stato estero: apertura dalla Germania*, in *GenIus*, 2015, 2, 214 ss.; cfr. anche S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, Milano, 2021, 155 ss.
