

## ***I nuovi modelli genitoriali***

*di Cristina Cecchetti*

*1. Surrogazione di maternità e fecondazione eterologa. 2. Il quadro legislativo italiano. 3. Ordine pubblico e best interest of the child. 3.1. La posizione della Corte Europea dei diritti dell'uomo. 3.2. La posizione della Corte di Cassazione. 4. Step child adoption: le prime pronunce dei giudici di merito. 5. Riflessioni conclusive.*

### ***1. Surrogazione di maternità e fecondazione eterologa***

Prima di addentrarci nella disamina dei problemi cui dà luogo in campo giuridico la surrogazione di maternità, occorre innanzitutto porre una premessa di carattere terminologico. Spesso infatti si sente parlare di “maternità surrogata” e di “surrogazione di maternità”, ma tali espressioni sono frequentemente adoperate impropriamente anche dagli operatori del diritto, confondendosi non di rado tale pratica con quella della fecondazione assistita di tipo eterologo.

Con i termini “maternità per sostituzione”, “surrogazione di maternità”, “maternità surrogata”, frequentemente indicata in modo dispregiativo come “utero in affitto”, ben lontana dalla più raffinata espressione latina di “*locatio ventris*”, si fa genericamente e ampiamente riferimento a quei casi in cui una donna (c.d. madre surrogata o gestazionale) presta il proprio corpo per condurre a termine una gravidanza e partorire un bambino non per sé ma per un'altra donna, che viene solitamente designata come madre committente. Pertanto la maternità surrogata può essere opportunamente inquadrata quale gestazione per altri o per conto d'altri<sup>1</sup>. A seconda della provenienza del materiale genetico si è soliti distinguere la maternità surrogata di tipo tradizionale, in cui la donna che realizza la gravidanza fornisce anche l'ovocita (in tale ipotesi si configura una surrogazione totale), da quella puramente gestazionale (o anche surrogazione parziale), in cui la madre surrogata riceve l'ovulo fecondato di un'altra donna, che può essere la

---

<sup>1</sup>. Così SCHUSTER, *Gestazione per altri e Conv. eur. dir. uomo: l'interesse del minore non deve mai essere un mezzo, ma sempre solo il fine del diritto*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 9, p. 835.

madre committente o una terza donatrice (in tale ipotesi si configura tecnicamente una *locatio ventris* o utero in affitto, prestandosi la madre surrogata all'impianto dell'ovulo fecondato con materiale genetico ltrui e a portare avanti la gravidanza).<sup>2</sup> A sua volta il gamete maschile potrà essere del partner maschile della coppia committente o di un terzo donatore.

La maternità per sostituzione può pertanto coinvolgere un diverso numero di soggetti, da un minimo di tre (madre surrogata, padre e madre committenti, se l'ovulo viene donato dalla madre committente o messo a disposizione dalla stessa madre surrogata e il seme è quello del partner maschile della coppia committente) ad un massimo di cinque (madre surrogata, padre e madre committenti, donatrice dell'ovulo, donatore del seme), le cui vite vengono ad intrecciarsi nel patrimonio genetico e affettivo-sociale del bambino.

E' facile comprendere che non sempre la maternità surrogata implica il ricorso alla tecnica della procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, per tale intendendosi la fecondazione mediante il seme o l'ovulo di un terzo donatore. Infatti, qualora la madre surrogata sia fecondata in seguito a un rapporto sessuale con un terzo donatore o con il partner maschile della coppia committente, non ricorre alcuna ipotesi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, non essendoci alcun tipo di fecondazione artificiale.<sup>3</sup>

## **2. Il quadro legislativo italiano**

Fino al 2004 l'Italia non aveva una legislazione in materia di

---

<sup>2</sup>. In dottrina diversi autori sottolineano le differenze terminologiche in relazione alle varie ipotesi di maternità surrogata che si possono realizzare a seconda della provenienza del materiale genetico. CORTI, *La maternità surrogata per sostituzione*, Milano, 2000, p. 1, precisa che con l'espressione "utero in affitto" (o locazione d'utero) si fa riferimento solo ai casi in cui la madre surrogata, dietro corrispettivo, riceva materiale genetico fornito dai committenti o da terzi soggetti donatori. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2000, II, p. 293 ss., secondo il quale "gli accordi di maternità surrogata sono finalizzati all'assunzione dell'obbligo di portare a termine la gravidanza per conto di una coppia sterile; la madre surrogata può essere fecondata con il seme del marito oppure può ricevere l'impianto di un embrione già concepito in vitro. Nel primo caso, si parla di maternità surrogata o di madre in affitto; nel secondo, di maternità portante o affitto di ventre".

<sup>3</sup> Sul punto anche CORTI, *La maternità surrogata per sostituzione*, cit. *supra*, p. 7, sottolinea che la maternità per sostituzione non implica di per sé l'utilizzo di nessuna tecnica procreativa, che può semplicemente costituire il mezzo utilizzato durante la surrogazione. Del resto la maternità surrogata non è affatto un fenomeno moderno, sorto a seguito dell'incessante evoluzione scientifica. Nella Bibbia si narra che Sarah, moglie di Abramo, permise al marito di avere un figlio con l'ancella Hagar e che Rachele, per poter ovviare alla propria sterilità, chiese al marito di giacere con la propria schiava Bihah (rispettivamente Genesi, 30, 3 e 16, 1-3).

procreazione medicalmente assistita e di surrogazione di maternità, cosicché era affidato alla sola giurisprudenza il ruolo di dare una risposta ai svariati problemi cui dà origine il ricorso alla pratica della maternità per sostituzione (primo tra tutti quello della validità di un tale contratto), facendo ricorso ai principi dell'ordinamento giuridico<sup>4</sup>.

Il problema nasce dal fatto che per lo Stato italiano è madre colei che partorisce, in ossequio al brocardo "*mater semper certa est*". L'art. 269, comma 3, cod. civ. dispone che "*la maternità è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre*", fissando così il principio secondo il quale non c'è gestazione senza maternità. Il legislatore italiano prende dunque in considerazione il forte legame d'interazione che viene a formarsi durante la gravidanza tra la madre e il bambino, scientificamente provato da innumerevoli studi, e lo eleva ad elemento distintivo nell'individuazione della figura materna, rendendo irrilevante ai fini dell'attribuzione della qualità di madre giuridica sia la dimensione genetica della maternità sia la volontà di (dar vita ad un proprio progetto rocreativo) genitorialità<sup>5</sup>.

La maternità per sostituzione comporta una evidente scissione del principio posto a base dell'art. 269, comma 3, cod. civ., in quanto il ruolo materno può essere rivestito da tre donne: la madre genetica o biologica, che fornisce l'ovulo; la madre naturale o gestazionale che partorisce il bambino; la madre sociale (o *intended mother*), che cresce il bambino<sup>6</sup>.

---

4. Si veda a titolo esemplificativo Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Dir. fam. e pers.*, 1990, p. 174 ed *ivi*, 1991, p. 191, con nota di LANDOLFI, *Inseminazione artificiale e tutela del nascituro*; Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000, in *Corr. giur.*, 2000, p. 483, con nota di SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*; di Sesta, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2000, II, p. 293 ss.; di DOGLIOTTI e di CASSANO, «*Maternità surrogata*»: *contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, in *Fam. e dir.*, 2000, p. 156 e ss., con la quale era stato ritenuto lecito, non ravvisando la contrarietà dell'accordo all'ordine pubblico e al buon costume, non solo l'accordo di maternità surrogata (nel caso di specie comportante l'impegno della madre surrogata a portare avanti una gravidanza a seguito dell'impianto di un embrione formato da materiale genetico della coppia committente) a patto che non fosse previsto alcun corrispettivo, il consenso fosse determinato da ragioni di solidarietà e concesso per spirito di liberalità e, considerati i motivi espressi dalle parti, non fosse diretto ad eludere le norme sull'adozione e sull'indisponibilità degli *status*, ma anche quello tra coppia committente e medico (nella specie, prima dell'entrata in vigore del codice di deontologia medica) avente ad oggetto la fecondazione *in vitro* con maternità surrogata, autorizzando di conseguenza l'impianto dell'embrione nell'utero della madre portante. Per una ricostruzione del dibattito dottrinario accesi in merito alla natura degli accordi fra la madre sostituita e gli aspiranti genitori prima dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004 si veda QUERCI, *La maternità "per sostituzione" fra diritto interno e Carte internazionali*, in *Famiglia e diritto*, 2015, pag. 1146 e ss.

5. Così SCHUSTER, *Gestazione per altri e Conv. eur. dir. uomo: l'interesse del minore non deve mai essere un mezzo, ma sempre solo il fine del diritto*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 9, p. 835.

6. Sul punto si veda CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in

La l. n. 40 del 2004, che ha lasciato aperti più interrogativi di quelli che si proponeva di risolvere, ha previsto espressamente all'art. 12, comma 6, il divieto di ricorso alla surrogazione di maternità, sanzionando con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600 ad un milione di euro chiunque, in qualunque forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità. Tale prescrizione non è stata travolta dalla declaratoria d'illegittimità costituzionale parziale dell'analogo divieto di fecondazione eterologa, di cui all'art. 4, comma 3, della l. n. 40 del 2004, pronunciata dalla Corte costituzionale con la recente sentenza n. 162 del 2014, nella quale viene espressamente chiarito come la disposizione di cui all'art. 12, comma 6, della medesima legge non sia *“in nessun modo e in nessun punto incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia”*<sup>7</sup>.

Con l'entrata in vigore della l. n. 40 del 2004 si palesa, quindi, chiaramente la nullità di qualsiasi accordo di surrogazione di maternità per contrarietà a norme imperative. Ciò tuttavia non ha affatto risolto le questioni giuridiche che insorgono qualora la coppia committente richieda la trascrizione nei registri dello stato civile italiano di provvedimenti di carattere giurisdizionale e/o amministrativo pronunciati all'estero (in Stati in cui gli accordi di surrogazione di maternità sono pienamente validi) con i quali si indicano come genitori il solo padre e la madre committente. Al fine di evitare la trascrizione degli atti così formati all'estero viene invocato il limite dell'ordine pubblico, spesso più con l'obiettivo di impedire che recandosi all'estero si possa aggirare il divieto posto dalla l. n. 40 del 2004 di ricorrere alla surrogazione di maternità che per effettive esigenze di tutela dell'ordine pubblico internazionale.

### **3. Ordine pubblico e *best interest of the child***

L'ordine pubblico<sup>8</sup> è comunemente invocato dagli Stati per impedire che la

---

Riv. dir. int. Priv. e proc., 2009, III, p. 589 e ss.

7. Corte Costituzionale, 9 aprile-10 giugno 2014, n. 162, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2014, III, p. 469 e ss.

8. La nozione di ordine pubblico che viene in rilievo nel diritto internazionale privato italiano è stata ben delineata dalla Corte di Cassazione nella sentenza del 22 agosto 2013, n. 19405, secondo la quale *“È (...) acquisizione sufficientemente consolidata quella per cui la nozione di ordine pubblico (...) - in forza della quale la norma straniera che vi contrasti non può trovare ingresso nel nostro ordinamento in applicazione della pertinente disposizione di diritto internazionale privato - non è enucleabile esclusivamente sulla base dell'assetto ordinamentale interno, racchiudendo essa i principi fondamentali della Costituzione o quegli altri principi e regole che rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti del suo assetto ordinamentale (Cass., 26 novembre 2004, n. 22332; Cass., 19 luglio 2007, n. 16017). In altri termini, come posto in rilievo da Cass., 26 aprile 2013, n. 10070 (nel richiamare anche Cass., 6 dicembre 2002, 17349 e Cass., 23*

legge e i provvedimenti stranieri possano essere applicati e abbiano efficacia nel proprio territorio, quando contrastano con i valori posti alla base del proprio ordinamento giuridico.

Per evitare il riconoscimento dei legami genitoriali consacrati nel certificato di nascita formato negli Stati in cui gli accordi di maternità surrogata sono pienamente validi ed efficaci, viene di solito richiamato un duplice ordine di ragioni: la tutela della donna (per scongiurare il rischio dello sfruttamento delle madri surrogate ed evitare che le più povere, trovandosi in condizioni di difficoltà economiche, siano costrette a privarsi dei loro figli dietro corrispettivo) e la tutela dei bambini, onde evitarne il traffico<sup>9</sup>, il commercio e l'abbandono<sup>10</sup>.

Il cuore del problema risiede però nel bilanciamento dei plurimi interessi in gioco da contemperarsi *in primis* con l'esigenza primaria di assicurare il *best interest of the child*, il quale, per il solo fatto di essere il frutto di un accordo considerato illecito da parte degli ordinamenti in cui sussiste il divieto di maternità surrogata, può essere privato di un profilo essenziale dell'identità personale, rischiando di non essere riconosciuto da nessuno Stato come suo cittadino: lo Stato che ha formato il certificato di

---

febbraio 2006, n. 4040), il concetto di ordine pubblico a fini internazionalprivatistici si identifica con quello indicato con l'espressione "ordine pubblico internazionale", da intendersi "come complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico o fondati su esigenze di garanzia, comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo". Del resto, in un sistema plurale, di cui è partecipe il nostro ordinamento, non può ignorarsi la sinergia che proviene dall'interazione delle fonti sovranazionali con quelle nazionali. Si tratta di una combinazione, articolata e complessa, che si riflette sulla portata stessa dell'ordinamento interno, il quale così risulta diversamente modulato a seconda del *modus operandi* del rapporto che è instaurato tra esso e la fonte sovranazionale o internazionale interagente. Ed è proprio in tale prospettiva che si viene a declinare la vocazione cd. internazionalista della nostra Carta Fondamentale, che, oggi, non si esaurisce più negli originari principi desumibili dagli artt. 10 e 11 Cost., ma trova ulteriore forza di radicamento nell'art. 117 Cost., comma 1, il quale imprime alla legislazione tutta il rispetto dei vincoli derivanti dai trattati internazionali e dalla partecipazione all'Unione Europea (nel 2001, allorché venne introdotta la citata norma nel riformato titolo V della Costituzione, ancora "ordinamento comunitario"). Ove, poi, vengano in rilievo fonti che sono votate alla protezione dei diritti fondamentali della persona umana (Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata con la L. n. 88 del 1955; Carta Europea dei diritti fondamentali dell'Unione Europea - o Carta di Nizza - che, in forza dell'art. 6 del Trattato di Lisbona, "ha lo stesso valore giuridico dei trattati"), la loro incidenza sull'individuazione del limite di recepimento della norma straniera, partecipe di ordinamento anch'esso soggetto a quel sistema di fonti, non può essere revocato in dubbio, posto che appare evidente, al contempo, l'apertura internazionalista del concetto di ordine pubblico e la condivisione degli stessi valori fondamentali tra i diversi ordinamenti statuali, nell'ambito dello stesso sistema di tutela multilivello".

9. Per prevenire e sanzionare tali attività illecite è stato stipulato a New York il 15 novembre 2000 il protocollo per prevenire, sopprimere e punire il traffico di persone (prevenzione, repressione e punizione del traffico di persone -in particolare donne e bambini- per scopi di lavoro forzato o di sfruttamento sessuale), entrato in vigore il 25 dicembre 2003, consultabile su <https://treaties.un.org/>.

10. È triste ricordare il caso *Baby Gammy*, nel quale la coppia committente di origine australiana abbandonò uno dei gemelli, nato a Thai nel dicembre 2013 sulla base di un contratto di surrogazione di maternità, perché affetto dalla sindrome di Down.

nascita solitamente riconosce come genitori la coppia committente e attribuisce al nato il loro nome, lo Stato di cittadinanza della coppia committente rifiuta però di trascrivere quel certificato di nascita ritenuto in contrasto con l'ordine pubblico, negando di conseguenza al bambino di portare il nome della coppia committente.

In questa prospettiva alcuni autori sostengono che l'ordine pubblico internazionale dovrebbe assumere carattere recessivo rispetto all'esigenza di assicurare la continuità transnazionale degli effetti di *status* familiari validamente e stabilmente costituiti all'estero nell'interesse superiore del minore a mantenere la propria identità, il proprio nome e i legami affettivi che si sono costituiti con la coppia committente.

Per approfondire tali problematiche, analizzando le regole di diritto internazionale privato nei diversi ordinamenti in particolare con riguardo all'operatività del limite dell'ordine pubblico che determina incertezze sullo *status* legale dei bambini e rischi di sfruttamento delle donne, è stato istituito dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato il Gruppo di esperti sulla maternità surrogata. Nella riunione di febbraio 2016 il Gruppo ha diffuso uno studio sulle questioni legate alla legge applicabile, alla giurisdizione e al riconoscimento di atti emessi all'estero, ma ha preso atto che la complessità delle problematiche connesse alla maternità surrogata e le diversità di approccio nella regolamentazione da parte degli Stati richiedono un ulteriore approfondimento e ha chiesto una continuazione dei lavori per giungere a un rapporto conclusivo.

### 3.1. La posizione della Corte Europea dei diritti umani

La Corte Europea dei diritti umani ha già avuto modo di pronunciarsi quattro volte nell'ambito dei problemi afferenti la trascrizione dei certificati di nascita di bambini nati a seguito del ricorso alla surrogazione di maternità<sup>11</sup>.

Nelle sentenze *Menesson v. Francia* e *Labassee v. Francia*<sup>12</sup>, entrambe del 26 giugno 2014, in cui due coppie francesi, a causa

---

11. Sono pendenti altri tre casi analoghi a *Menesson c. Francia*: ric. 44024/13, *Laborie c. Francia*, ric. 10410/14, *Bouvet c. Francia*, ric. 9063/14, *Foulon c. Francia*, ric. 9063/14 in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int).

12. Corte Europea dei diritti umani, *Menesson v. Francia*, 26.6.2014, ric. 65192/11, e *Labassee v. Francia*, 26 giugno 2014, ric. 65941/11, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 1122 e ss., con nota di CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*; si veda anche TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. Umani dir. Int.*, 2015, p. 202 e ss.; VETTOREL, *International surrogacy arrangements: recent developments and ongoing problems*, in *Riv. Dir. Int. priv. e proc.*, 3, 2015, p. 525 e ss.

dell'infertilità della compagna, si erano recate negli Stati Uniti, rispettivamente in California e in Minnesota, per stipulare il contratto di surrogazione di maternità fornendo il seme maschile del padre committente, i giudici di Strasburgo hanno condannato la Francia per violazione dell'art. 8 della CEDU, in quanto tale Stato aveva rifiutato per contrasto con l'ordine pubblico la registrazione del certificato di nascita formato negli U.S.A., emesso in esecuzione della decisione della Corte Suprema della California e del Tribunale del Minnesota che avevano rispettivamente dichiarato i bambini nati a seguito del contratto di maternità surrogata figli della coppia Mennesson e Labassee. In questi casi il rifiuto alla trascrizione, che non aveva comportato l'emissione di alcun provvedimento di allontanamento del minore dalla coppia committente, è stato ritenuto non conforme alla Convenzione solo con riguardo alla maternità e non alla paternità, stante il legame genetico sussistente con l'uomo committente.

Nella causa *D. e altri c. Belgio*<sup>13</sup> la Corte ha escluso che la Convenzione imponesse agli Stati di autorizzare l'ingresso nel proprio territorio di bambini nati da procedimenti di maternità surrogata, senza che fossero compiuti da parte delle autorità nazionali i dovuti accertamenti.

Nel caso di specie una coppia di coniugi belga aveva stipulato in Ucraina un contratto di surrogazione di maternità e, dopo avere ottenuto dalle autorità ucraine un certificato di nascita che riportava i nomi dei genitori committenti senza fare menzione della procedura di surrogazione, si era rivolta all'ambasciata belga a Kiev per il rilascio del passaporto per il bambino. Dopo un iniziale rifiuto basato sulla mancanza di prove circa il legame tra il padre committente e il bambino, espresso da parte dell'autorità belga e del giudice di primo grado, la Corte d'Appello, ritenute le integrazioni documentali sufficienti a dimostrare la verosimiglianza della paternità, aveva ordinato il rilascio del passaporto al bambino, permettendo così il rientro di quest'ultimo in Belgio con la coppia committente. La corte EDU, adita subito dopo la pronuncia di primo grado che aveva negato il rilascio dei documenti di viaggio, a seguito della decisione della Corte d'Appello belga, ha dichiarato cessata la materia del contendere e ha escluso la violazione dell'art 8 CEDU, dal momento che sebbene la separazione del bambino dai coniugi (3 mesi e 12 giorni), costretti a tornare in patria e a lasciarlo in Ucraina in mancanza dei documenti di viaggio necessari a farlo entrare in Belgio, costituisse un'interferenza con il rispetto della vita privata, essa trovava piena

---

13. Corte Europea dei diritti umani, *D. e altri contro Belgio*, 8 luglio 2014, ric. 29176/13, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int).

giustificazione nell'esigenza di prevenire il crimine (in particolare la tratta di esseri umani e la protezione dei diritti della madre surrogata e del bambino) e la durata della procedura di rilascio dei documenti di viaggio non poteva dirsi irragionevole in considerazione del fatto che i ricorrenti non avevano presentato inizialmente sufficienti prove volte a dimostrare il legame genetico con il minore.

Nella più recente pronuncia *Paradiso e Campanelli c. Italia*<sup>14</sup> la Corte ha affrontato la vicenda di un minore nato a seguito del ricorso alla surrogazione della maternità senza che però sussistesse alcun legame genetico con la coppia committente.

I giudici di Strasburgo hanno condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU per avere rifiutato di registrare il certificato russo di nascita di un bambino nato in Russia sulla base del contratto di surrogazione di maternità e per averlo allontanato dalla coppia committente, dichiarandone l'adottabilità, senza tenere sufficientemente in considerazione l'interesse prevalente del minore.

Nel caso di specie i ricorrenti, coniugi italiani, avevano stipulato in Russia un contratto di maternità surrogata (la moglie aveva portato il seme crioconservato del marito e, individuata una donna disponibile a realizzare la gestazione, si era proceduto alla fecondazione in vitro con ovodonazione) e, una volta nato il bambino, avevano ivi ottenuto un certificato di nascita che riportava i soli nomi dei genitori committenti. Il consolato italiano aveva rilasciato il foglio di viaggio, segnalando poco dopo alle autorità italiane che si trattava di un falso. Nella convinzione di essere il padre biologico del bambino, il marito si era sottoposto al test del DNA, scoprendo così di non essere il genitore biologico. La Corte d'Appello aveva confermato il diniego della trascrizione del certificato di nascita opposto dall'ufficiale di stato civile per contrasto con l'ordine pubblico, ordinando la formazione di un atto di nascita con nuova identità e genitori sconosciuti, mentre il Tribunale per i minorenni di Campobasso aveva provveduto ad allontanare il minore dai coniugi, dichiarandone lo stato di adottabilità e rigettando la domanda di affidamento da loro proposta sul presupposto che, assegnata una nuova identità al minore, la coppia committente aveva perso ogni legittimazione passiva.

La Corte europea dei diritti umani ha rilevato che il caso sottoposto alla sua attenzione presentava analogie con la causa *Wagner e J.M.W.L.*<sup>15</sup>,

---

14. Corte Europea dei diritti umani, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27 gennaio 2015, ric. 25358/12, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int). L'Italia ha presentato ricorso alla Grande Camera.

15. Corte Europea dei diritti umani, 28 giugno 2007, ric. n. 76240/01, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int).

in cui era stata dichiarata la violazione dell'art. 8 CEDU perché le autorità lussemburghesi non avevano riconosciuto la decisione di adozione peruviana per contrasto con l'ordine pubblico; tuttavia, esse non avevano adottato alcuna misura finalizzata all'allontanamento del minore o all'interruzione della vita familiare. In quella vicenda i giudici di Strasburgo avevano accertato l'esistenza di una vita familiare protetta dall'art. 8 della Convenzione, nonostante il mancato riconoscimento dell'adozione, in ragione dei legami familiari *de facto* intercorsi da più di dieci anni tra la minore e l'adottante.

Anche nel caso *Paradiso e Campanelli* la Corte ha validato come unione familiare *de facto*, garantita ex art. 8 CEDU<sup>16</sup>, il rapporto affettivo fra i coniugi ed il minore maturato nei sei mesi vissuti insieme, giudicando *best interest of the child* la permanenza del bambino nel nucleo familiare in siffatto modo venutosi a creare. Ha ritenuto pertanto che l'interruzione di ogni legame tra il minore e i coniugi, dovuto all'allontanamento dello stesso affidato ai servizi sociali, non risultasse giustificato anche alla luce del fatto che il minore aveva ricevuto una nuova identità solo dopo due anni dalla nascita, trascorrendo sei mesi di tempo con la coppia committente, ritenuta tra l'altro idonea all'adozione prima della stipula del contratto di maternità surrogata all'estero.

Ricorda la Corte “*che, nelle cause che riguardano la vita familiare, il trascorrere del tempo può avere conseguenze irrimediabili sui rapporti tra il figlio e il genitore che non vive con lui. In effetti, l'interruzione del contatto con un figlio molto giovane può portare ad una crescente alterazione della sua relazione con il genitore (Ignaccolo-Zenide c. Romania, sopra citata, § 102; Maire c. Portogallo, n. 48206/99, § 74,*

---

16. La Corte Europea dei diritti umani ha a più riprese chiarito che la questione dell'esistenza o dell'assenza di una vita familiare è anzitutto una questione di fatto, che dipende dall'esistenza di legami personali stretti (*Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, § 31, Serie A n. 31; *K. e T. c. Finlandia* [GC], n. 25702/94, § 150, CEDU 2001 VII). La nozione di «famiglia» di cui all'articolo 8 non si limita alle sole relazioni basate sul matrimonio, ma può comprendere altri legami «familiari» *de facto*, quando le parti convivono al di fuori di qualsiasi legame coniugale e una relazione è sufficientemente costante (*Kroon e altri c. Paesi Bassi*, 27 ottobre 1994, § 30, serie A n. 297-C; *Johnston e altri c. Irlanda*, 18 dicembre 1986, § 55, serie A n. 112; *Keegan c. Irlanda*, 26 maggio 1994, § 44, serie A n. 290; X, Y e Z c. Regno Unito, 22 aprile 1997, § 36, Recueil 1997 II). Peraltro, le disposizioni dell'articolo 8 non garantiscono né il diritto di fondare una famiglia né il diritto di adottare (*E.B. c. Francia* [GC], n. 43546/02, § 41, 22 gennaio 2008). Il diritto al rispetto di una «vita familiare» non tutela il semplice desiderio di fondare una famiglia; esso presuppone l'esistenza di una famiglia (*Marckx*, sopra citata, § 31), o almeno di una relazione potenziale che avrebbe potuto svilupparsi, ad esempio, tra un padre naturale e un figlio nato fuori dal matrimonio (*Nylund c. Finlandia* (dec.), n. 27110/95, CEDU 1999-VI), di una relazione nata da un matrimonio non fittizio, anche se non era ancora pienamente stabilita una vita familiare (*Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, 28 maggio 1985, § 62, serie A n. 94), o ancora di una relazione nata da un'adozione legale e non fittizia (*Pini e altri c. Romania*, nn. 78028/01 e 78030/01, § 148, CEDU 2004-V).

CEDU 2003-VI)”. L’allontanamento del minore dal contesto familiare costituisce pertanto l’*extrema ratio* alla quale si dovrebbe ricorrere, che risulta giustificata solo se risponde allo scopo di proteggere il minore che affronti un pericolo immediato per lui (*Scozzari e Giunta c. Italia* [GC], nn. 39221/98 e 41963/98, § 148, CEDU 2000 VIII; *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* [GC], n. 41615/07, § 136, CEDU 2010; *Y.C. c. Regno Unito*, n. 4547/10, §§ 133-138, 13 marzo 2012; *Pontes c. Portogallo*, n. 19554/09, §§ 74-80, 10 aprile 2012).

Lo Stato dunque deve operare il giusto equilibrio tra i vari interessi coesistenti (quello del minore, quelli dei due genitori a beneficiare di un contatto regolare con il minore e quelli dell’ordine pubblico), tenendo conto tuttavia del fatto che l’interesse superiore del minore deve costituire la considerazione determinante, che, a seconda della propria natura e gravità, può avere la meglio su quello dei genitori. Né il riferimento all’ordine pubblico può giustificare qualsiasi misura, in quanto la considerazione per l’interesse superiore del minore deve essere assunta come paradigma indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo.

Si può sostenere, di conseguenza, che la tutela dell’ordine pubblico debba essere sottoposta ad un rigoroso vaglio di proporzionalità rispetto al *best interest of the child*, in virtù del “*principio fondamentale secondo il quale ogni volta che è in causa la situazione di un minore, deve prevalere l’interesse superiore di quest’ultimo* (*Wagner e J.M.W.L., sopra citata, §§ 133-134; Mennesson c. Francia, n. 65192/11, § 81, CEDU 2014 (estratti); Labassee c. Francia, n. 65941/11, § 60, 26 giugno 2014*)”.

La corte di Strasburgo, sebbene abbia condannato l’Italia per violazione dell’art. 8 CEDU<sup>17</sup>, ha delimitato la portata della propria pronuncia, precisando che la constatazione di violazione non poteva essere intesa nel senso di obbligare lo Stato a riconsegnare il minore ai ricorrenti, dal momento che il minore aveva ormai sviluppato dei legami affettivi con

---

17. Va dato atto dell’opinione parzialmente dissenziente espressa dai giudici Raimondi e Spano, di cui si riporta un passaggio chiave: “*In effetti, la vita familiare (o vita privata) de facto dei ricorrenti con il minore si basava su un legame debole, in particolare se si tiene conto del periodo molto breve durante il quale ne avrebbero avuto custodia. Riteniamo che la Corte, in situazioni come quelle che ha dovuto esaminare nella presente causa, debba tenere conto delle circostanze nelle quali il minore è stato dato in custodia alle persone interessate nel momento in cui deve stabilire se sia o meno sviluppata una vita familiare de facto. Sottolineiamo che l’articolo 8 par. 1 non può, secondo noi, essere interpretato nel senso di sancire una ‘vita familiare’ tra un minore e delle persone prive di qualsiasi legame biologico con lo stesso quando i fatti, ragionevolmente chiariti, suggeriscono che alla base della custodia vi è un atto illegale con cui si è contravvenuto all’ordine pubblico. In ogni caso, riteniamo che, nell’analisi della proporzionalità che si impone nel contesto dell’articolo 8, si debba tenere conto delle considerazioni legate ad una eventuale illegalità sulle quali è fondato l’accertamento di una vita familiare de facto (par. 3)*”.

la famiglia affidataria presso la quale era stato collocato all'inizio del 2013. I nuovi legami di fatto determinatisi con la nuova famiglia, anch'essi ricadenti sotto la copertura giuridica dell'art. 8 CEDU, impediscono dunque un rientro del minore presso la famiglia d'origine. Tale situazione genera però un deficit di tutela causato dalla peculiarità della materia trattata, posto che, riscontrata la violazione della Convenzione europea dei diritti umani da parte dell'organo giudiziario preposto alla sua tutela, i ricorrenti potranno ottenere soltanto un ristoro in denaro per il pregiudizio subito.

Va sottolineato che tale pronuncia non è ancora definitiva, avendo l'Italia presentato ricorso alla Grande Camera. Del resto il Tribunale per i minorenni aveva espressamente preso in considerazione il legame affettivo intercorso tra i coniugi e il minore, ritenendo però, a differenza della Corte di Strasburgo, che il bambino, data la tenera età e la breve durata della convivenza, avrebbe facilmente superato il pregiudizio subito a causa della separazione dalla coppia committente, della cui capacità affettiva ed educativa i giudici tra l'altro dubitavano.

### **3.2. La posizione della Corte di Cassazione**

Poco prima della pronuncia *Paradiso e Campanelli c. Italia*, i problemi afferenti la portata del limite dell'ordine pubblico nei contratti di surrogazione di maternità stipulati ed eseguiti all'estero sono stati portati per la prima volta<sup>18</sup> all'attenzione della Corte di Cassazione<sup>19</sup> in un caso

---

18. La Corte di Cassazione, dirimendo i contrasti registratisi tra le corti di merito (per una disamina si veda CASSANI, Surrogazione di maternità all'estero ed effetti nell'ordinamento giuridico italiano: alterazione di stato, falso e interpretazione convenzionalmente conforme, in *Fam. e Dir.*, 2015, 10, p. 918 e ss.; TRANQUILLO, Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), ha avuto modo di pronunciarsi anche sulla rilevanza penalistica del ricorso alla pratica della surrogazione di maternità all'estero. Con la recente sentenza n. 13525 del 2016 la Corte ha escluso che il ricorso all'utero in affitto in Ucraina fosse perseguibile e che la coppia italiana che se ne serve commettesse reato, qualora sia riscontrabile un legame biologico tra il nato e il genitore committente. E' stato pertanto respinto il ricorso della Procura di Napoli che aveva chiesto la condanna del marito e della moglie per violazione dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, e per falsità in atto pubblico e false dichiarazioni per quanto riguardava le generalità del bambino. Ha osservato la Corte che sussistono oscillazioni giurisprudenziali su quali siano i reati commessi dai cittadini italiani all'estero che possono essere perseguiti dai p.m. nel caso in cui nello Stato estero in cui si realizzano non sono ritenuti reato dalle leggi del posto, con la conseguenza che, anche alla luce dei principi enunciati nella sentenza *Contrada c. Italia* emessa dalla Corte europea il 14 aprile 2015, nella quale si afferma che "la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono", i coniugi non possono essere condannati. Né secondo il giudice di legittimità "è dato cogliere alcuna alterazione dello stato civile del minore nell'atto di nascita del quale si discute, che, al contrario, risulta perfettamente legittimo alla stregua della normativa nella quale doverosamente è stato redatto. (...) l'ufficiale di stato civile italiano non ha formato alcun atto falso, ma si è limitato a procedere alla trascrizione dell'atto, riguardante un cittadino italiano, formato all'estero".

19. Corte di Cassazione, 11.11.2014, n. 24001, con nota di CASABURI, Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata, in *Foro It.*, 2014, 12, p. 3408 e ss.; MENDOLA, L'interesse del

analogo a quello trattato dalla Corte Europea dei diritti umani.

Il giudice di legittimità ha negato per contrarietà con l'ordine pubblico la trascrizione del certificato di nascita formato in Ucraina, nel quale venivano indicati come genitori del minore, nato a seguito della stipulazione di un contratto di surrogazione di maternità, il padre e la madre committenti, confermando così la decisione di merito, con la quale era stato dichiarato lo stato di adottabilità del minore. Nel caso di specie non sussisteva alcun legame biologico neanche con il padre committente, di guisa che il contratto di surrogazione di maternità era nullo anche secondo la legge ucraina<sup>20</sup>.

Premette la Corte che l'ordine pubblico “è il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna; dunque non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili. È peraltro evidente che, nella individuazione di tali principi, l'ordinamento nazionale va considerato nella sua completezza, ossia includendovi principi, regole ed obblighi di origine internazionale o sovranazionale”.

Secondo il giudice di legittimità non sussiste alcun dubbio circa la natura d'ordine pubblico del divieto di pratiche di surrogazione di maternità contenuto nell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, stante la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali. La surrogazione di maternità si pone infatti oggettivamente in conflitto con la dignità umana - costituzionalmente tutelata - della gestante e con l'istituto dell'adozione “perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità privi di legami biologici con il nato”. Né potrebbe ritenersi che il divieto in discussione sia in contrasto con la tutela del superiore interesse del minore, dal momento che “il legislatore italiano, invero, ha considerato, non irragionevolmente, che tale interesse si realizzi proprio

---

minore tra ordine pubblico e divieto di maternità surrogata, in Vita not., 2015, 2, p. 674 e ss.; RENDA, La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore, in Corr. Giur., 2015, 4, p. 471 e ss.; BENANTI, La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore, in Nuova Giur. civ. comm., 2015, 3, p. 241 e ss.; IRTI, Digressioni attorno al “mutevole” concetto di ordine pubblico, Nuova Giur. Civ., 2016, 3, p. 481 e ss. .

20. La legge ucraina consente la pratica della maternità surrogata a condizione che gli ovociti non appartengano alla donna che esegue la gestazione e che il 50% del patrimonio genetico del nascituro provenga dalla coppia committente.

*attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando all'istituto dell'adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo della parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico”.*

Anche il richiamo operato da parte ricorrente alle sentenze gemelle emesse dalla Corte EDU il 26 giugno 2014 nei confronti della Francia sui ricorsi n. 65192/11 (Mennesson c. Francia) e n. 65941/11 (Labassee c. Francia) è stato ritenuto non pertinente, in quanto la Corte EDU ha riconosciuto un ampio margine di apprezzamento discrezionale ai singoli Stati sul tema della maternità surrogata, in considerazione dei delicati interrogativi di ordine etico posti da tale pratica, disciplinata in maniera diversa nell'ambito dei paesi membri del Consiglio d'Europa, e ha ravvisato il superamento di detto margine nel difetto di riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il nato e il padre committente allorché quest'ultimo sia anche padre biologico, circostanza che, come sopra detto, non ricorreva nella fattispecie oggetto di ricorso per cassazione.

La pronuncia della Corte di Cassazione non tiene conto della posizione assunta dalla Corte EDU nella sentenza *Paradiso e Campanelli*, essendo come detto ad essa precedente, ma lascia aperto lo spazio per una valutazione di non contrarietà con l'ordine pubblico in merito alla trascrizione dei certificati di nascita redatti all'estero nel caso in cui il contratto di surrogazione di maternità sia a titolo gratuito e venga concluso per scopi solidaristici<sup>21</sup>. Aggiunge infatti il giudice di legittimità che *“nemmeno rileva qui domandarsi se siano configurabili (e come reagiscano, eventualmente, sul divieto penale di surrogazione di maternità ora previsto dalla legge) fattispecie di maternità surrogata caratterizzate da intenti di pura solidarietà e perciò tali da escludere qualsiasi lesione della dignità della madre surrogata, come pure in dottrina si è sostenuto, inerendo interrogativi siffatti a problematiche non*

---

21. La Corte d'appello di Bari, 13 febbraio 2009, in *Fam. e Dir.*, 2010, p. 251 e ss., con nota di DE TOMMASI, ha ritenuto non contraria all'ordine pubblico internazionale la sentenza straniera che dichiara il nato a seguito di un contratto di maternità surrogata, concluso in epoca in cui non era vietata in Italia la surrogazione di maternità, figlio della madre committente, accertando la sussistenza dei requisiti per il riconoscimento dei *“parental order”*, provvedimenti giurisdizionali del Regno Unito, relativi ad un contratto gratuito di maternità per concepimento e gestazione, in forza del quale erano nati due minori, aventi cittadinanza inglese. Ciò in considerazione di un duplice ordine di ragioni: a) dell'ammissione da parte di alcuni stati dell'Unione Europea della surrogazione di maternità, non collidendo la stessa con le esigenze, comuni ai diversi ordinamenti, di garanzia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo; ovvero, non aderendo all'opzione interpretativa di cui alla lett. a; in considerazione b) del principio generale dell'interesse superiore dei minori, che, nella specie, è quello di vedere riconosciute le sentenze straniere che li dichiarano figli della madre committente.

attinenti alla fattispecie in esame”.

#### 4. *Stepchild adoption*: le prime pronunce dei giudici di merito

Con l’espressione anglosassone “*stepchild adoption*” (letteralmente adozione del figliastro), spesso confusa e sovrapposta alla surrogazione di maternità, si intende l’adozione da parte del partner del figlio biologico o adottivo dell’altro partner.

In Italia la legge n. 184 del 1983, così come interpretata dalla più recente giurisprudenza, apre alla possibilità dell’adozione non legittimante del minore al fine di riconoscere giuridicamente la genitorialità sociale del partner del genitore biologico nel preminente interesse dell’adottando. L’art. 44 prevede che i minori possano essere adottati anche quando non ricorrano le condizioni di cui al comma 1 dell’art. 7 (quindi in assenza della dichiarazione dello stato di adottabilità): dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell’altro coniuge (art. 44, comma 1, lett. b); o quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo (art. 44, comma 1, lett. d).

Per quanto riguarda il requisito dell’impossibilità di affidamento preadottivo, questo è stato variamente interpretato dai giudici di merito. Secondo la giurisprudenza minoritaria si può ricorrere all’adozione *ex art.* 44, comma 1, lett. d), solo in presenza di un duplice presupposto: lo stato di abbandono del minore e l’impossibilità di fatto del ricorso all’affidamento preadottivo in ragione di particolari condizioni psico-fisiche, dell’età, della storia di accudimento o di altre ragioni di fatto<sup>22</sup>.

---

22. Trib. Min. Potenza, 15 maggio 1984, in *Dir. fam. e pers.*, 1984, p. 1039; Trib. Roma, 22 dicembre 1992, in *Giur. merito*, 1993, p. 924; Corte d’App. Torino, 9 giugno 1993, in *Dir. fam. e pers.*, 1994, p. 165; Trib. Min. Ancona, 15 gennaio 1998, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 1711; Trib. Min. Piemonte e Valle d’Aosta, 11 settembre 2015, nn. 258 e 259, con nota di A. Nocco, *L’adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura “eversiva” dell’art. 44, lett. D, L. n. 184/1983*, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 2016, 2, p. 205 e ss.; verso un’interpretazione restrittiva dell’espressione “impossibilità di affidamento preadottivo” sembrerebbe muoversi anche la Corte di Cassazione, 2 febbraio 2015, n. 1792, in [www.italgiureweb.it](http://www.italgiureweb.it), che richiama la sentenza n. 22292 del 2013, secondo la quale la “*constatata impossibilità di affidamento preadottivo è “nozione che attiene solo all’ipotesi di mancato reperimento (o rifiuto) di aspiranti all’adozione legittimante, e non a quella del contrasto con l’interesse del minore, essendo le fattispecie previste dalla norma (art. 44) tassative e di stretta interpretazione”.* (...) “E’ contrario alla ratio legis dell’art. 44 dilatare la nozione di “impossibilità di affidamento preadottivo” ricomprendendovi non solo l’ipotesi del mancato reperimento (o del rifiuto) di aspiranti all’adozione legittimante ma anche l’ipotesi del contrasto con l’interesse del minore, in quanto criterio guida di tutta la normativa sull’adozione. La valutazione dell’interesse del minore non è affatto esclusa da una interpretazione coerente alla volontà del legislatore di configurare un istituto specifico e destinato ad operare solo in casi particolari ma trova la sede propria di valutazione nel giudizio relativo allo stato di adottabilità e nel procedimento di adozione. Ne deriva che l’ipotesi dell’adozione per impossibilità di affidamento preadottivo rappresenta una ipotesi subordinata al mancato esito dell’adozione legittimante e non può essere messa sullo stesso piano e comparata con la concreta possibilità di un affidamento-preadottivo. Vi è in sostanza nel sistema normativo una scelta del

Secondo la giurisprudenza di merito dominante invece l'impossibilità di affidamento preadottivo può essere anche una impossibilità di diritto, cosicché, pur in mancanza di uno stato di abbandono, può essere tutelato l'interesse del minore al riconoscimento dei legami genitoriali aggiuntivi venutisi a creare con la persona che lo istruisce, lo assiste e si prende cura di lui<sup>23</sup>. La stessa Corte Costituzionale con la sentenza n. 383 del 1997 ha rilevato che l'art. 44 della l. n. 184 del 1983 permette l'adozione dei minori anche quando non sussiste lo stato di abbandono, sostanziandosi tale norma "in una clausola residuale per i

---

*legislatore per l'adozione legittimante che può essere disattesa solo nel caso in cui il suo esito sia negativo". Tale scelta del legislatore si basa, anch'essa, sulla tutela dell'interesse del minore sia dal punto di vista delle maggiori garanzie procedurali che conducono all'adozione legittimante sia con riferimento agli effetti dei due istituti, dato che l'adozione legittimante appresta, nella visione del legislatore, una migliore realizzazione dell'interesse del minore con il suo inserimento a pieno titolo nel nucleo familiare dei genitori adottivi".* In realtà occorre esaminare tali pronunce in relazione al caso concreto sottoposto all'attenzione del giudice di legittimità. Le fattispecie trattate dalla Corte di legittimità riguardavano entrambe l'ipotesi in cui il minore era stato accolto subito dopo la nascita da una famiglia che, successivamente alla dichiarazione dello stato di adottabilità, aveva avanzato la richiesta di adozione particolare ex art. 44 l. 184 del 1983. Si discuteva quindi del rapporto tra l'adozione legittimante e l'adozione ex art. 44 l. n. 184 del 1983, qualora sia stata dichiarata l'adottabilità di un minore e dunque sia stato dichiarato uno stato di abbandono dello stesso. In tali frangenti secondo il giudice di legittimità prevale l'istituto dell'adozione legittimante rispetto a quello dell'adozione in casi particolari nell'interesse stesso del minore ad essere inserito a pieno titolo nella famiglia adottiva. Tali pronunce dunque non ostano ad una interpretazione della "impossibilità di affidamento preadottivo" che ricomprenda anche l'impossibilità di diritto, e dunque tutte le ipotesi in cui, pur in difetto dello stato di abbandono, sussista l'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami affettivi sviluppatisi con altri soggetti, diversi dai genitori, che si prendono cura di lui. Va rilevato peraltro che l'orientamento assunto dalla Corte di Cassazione potrebbe non risultare conforme all'art. 8 CEDU, così come interpretato dalla Corte Europea dei diritti umani, che nel caso *Moretti e Benedetti c. Italia*, 27.04.2010, ric. 16318/07, ha condannato l'Italia per aver respinto la richiesta di adozione ex art. 44, comma 1, lett. d), promossa da parte della coppia coniugata che aveva accolto il bambino all'età di un mese e averne dichiarato lo stato di adottabilità, con conseguente affidamento preadottivo presso un'altra famiglia, senza considerare che ormai, in ragione del tempo trascorso con la famiglia collocataria (19 mesi) e del ruolo genitoriale *de facto* assunto dai coniugi, si era venuta a formare una famiglia *de facto*.

23. Svariate sono le fattispecie di interpretazione estensiva dell'art. 44, comma 1, lett. d), volte a consentire l'adozione in casi particolari da parte di coloro che abbiano accolto minori privi di una completa assistenza da parte dei genitori, stabilendo vincoli profondi e duraturi che rendono inopportuno un affidamento preadottivo e che impongono all'ordinamento di non interrompere la relazione di fatto venutasi a creare, ma al contrario di prestarvi tutela nell'esclusivo e preminente interesse del minore (ad esempio è stata disposta l'adozione ex art. 44, comma 1, lett. d), in favore del minore che sia stato allevato, amato e cresciuto da un medico, da un insegnante, da una vicina di casa, da un parente che per il bambino/a era divenuta la figura di riferimento). A titolo esemplificativo si veda: Trib. Min. Roma, 8 gennaio 2003, in *Giur. merito*, 2003, p. 1123; Trib. Min. Perugia, 5 luglio 1999, in *Dir. fam. e pers.*, 2000, p. 638; Trib. Min. Genova, 14 ottobre 1995, in *Fam. e dir.*, 1996, p. 346; Trib. Min. Roma, 22 giugno 1987, in *Dir. fam. e pers.*, 1988, p. 947; Trib. Min. Torino, 28 dicembre 1985, *ivi*, 1986, p. 172; Trib. Min. Torino, 11 novembre 1985, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, p. 645; Trib. Min. Roma, 18 marzo 1985, in *Dir. fam. e pers.*, 1985, p. 620. Si vedano anche Trib. Min. Milano, 28 marzo 2007, in *Fam. e min.*, 2007, p. 83; Corte App. Firenze, sez. min., 4 ottobre 2012, in [www.aiaf-avvocati.it](http://www.aiaf-avvocati.it), che hanno disposto l'adozione ex art. 44 l. n. 183 del 1984 del minore da parte del genitore sociale, partner di sesso diverso del genitore biologico.

*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"». Precisa inoltre la Consulta che "a differenza di quella "legittimante", la particolare adozione del citato art. 44 non recide i legami del minore con la sua famiglia di origine, ma offre allo stesso 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: i parenti o le persone che hanno con lui rapporti stabili e duraturi preesistenti alla perdita dei genitori, ovvero il nuovo coniuge del genitore"<sup>24</sup>.*

Parte della giurisprudenza, in attesa che il legislatore disciplini compiutamente la materia<sup>25</sup> anche riformando la ormai obsoleta legge sulle adozioni, ha ritenuto applicabile l'art. 44, comma 1, lett. d), al caso in cui il partner *same-sex* voglia adottare il figlio biologico del convivente. Recenti pronunce del Tribunale dei minorenni di Roma<sup>26</sup> hanno infatti

---

24. Corte Costituzionale, sent. 7 ottobre 1999, n. 383, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

25. Si deve segnalare che l'art. 5 del disegno di legge AS 2081 del 2015 (c.d. DDL Cirinnà), che estendeva alle parti di una unione civile tra persone dello stesso sesso, attraverso la modifica dell'art. 44 della legge n. 184 del 1983, la possibilità di adottare il figlio biologico o adottivo dell'altro partner, non è stato approvato dal Senato della Repubblica in data 25 febbraio 2016.

26. Trib. Min. Roma, 30 luglio 2014, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, II, p. 109, confermata da Corte d'app. Roma, sez. min., 23 dicembre 2015, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), che ha disposto l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184/1983, in favore della convivente della madre biologica di una minore, nata con il ricorso a tecniche di fecondazione assistita in Spagna, all'esito di un progetto familiare condiviso da parte di entrambe le donne; in termini, ma successiva ai provvedimenti in commento, Trib. Min. Roma, 22 settembre 2015, *ivi*, che ha disposto l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184/1983, in favore della convivente della madre biologica di una minore, nata con il ricorso a tecniche di fecondazione assistita in Belgio, all'esito di un progetto familiare condiviso da parte di entrambe le due donne; Trib. Min. Roma, 23 dicembre 2015, *ivi*, sentenza passata in giudicato perché la procura minorile non ha proposto appello, con la quale è stata disposta l'adozione ex art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184/1983, in favore del convivente del padre biologico del minore, nato a seguito del ricorso in Canada alla fecondazione eterologa mediante surrogazione di maternità. Per un commento in dottrina si veda: CARRANO-PONZANI, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico di famiglie omogenitoriali*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, p. 1550 e ss.; VELLETTI, *Responsabilità genitoriale: omogenitorialità*, in [www.ilfamiliarista.it](http://www.ilfamiliarista.it); LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2015, II, pp. 117 e ss.; WINKLER, *Genitori non si nasce: una sentenza del Tribunale dei minorenni di Roma in materia di second-parent adoption all'interno di una realtà omogenitoriale*, in *Giust. civ.*, 13.11.2014, p. 10 e ss.; GATTUSO, *Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è «sana e meritevole di essere riconosciuta»*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); ZACCARO, *Adozione da parte di coppie omosessuali, stepchild adoption e interesse del minore*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it); DANOVÌ-PESCE, *Il tribunale per i minorenni di Roma ha disposto l'adozione in «casi particolari» di un minore da parte del convivente omosessuale del genitore biologico: motivazioni e prospettive*, in [www.spiaaldiritto.it](http://www.spiaaldiritto.it); SCHILLACI, *La sentenza perfetta. Paternità omosessuale e diritti del bambino*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

disposto, nel superiore ed esclusivo interesse dell'adottando<sup>27</sup>, l'adozione del minore, ai sensi e per gli effetti dell'art. 44 lett. d), della l. n. 184/1983, in favore del convivente *same-sex* del genitore biologico del minore in ragione del duraturo e stabile legame di fatto tra il genitore sociale e il figlio del partner.

Il preminente ed esclusivo interesse del minore, che costituisce la stella polare nell'assunzione di qualsiasi decisione lo riguardi, come ribadito non solo dal diritto positivo nazionale ma anche dagli strumenti di diritto internazionale<sup>28</sup>, impone all'ordinamento giuridico di prendere in considerazione la rilevanza della relazione di fatto venutasi ad instaurare

---

27. Il giudice deve esaminare attentamente le richieste di adozione *ex art. 44*, comma 1, l. n. 184 del 1983 allo scopo di valutarne la reale rispondenza all'interesse del minore e disporre l'adozione solo nel preminente ed esclusivo interesse di quest'ultimo, respingendo quelle istanze che sono finalizzate ad altri scopi. Sul punto si veda Trib. Min. Torino, 6 ottobre 1988, in *Dir. fam.*, 1988, 1731, che ha respinto la domanda di adozione *ex art. 44*, comma 1, lett. b), presentata dal secondo marito della madre biologica del minore perché motivata dalla sola volontà di soddisfare il desiderio del coniuge di estromettere del tutto il padre biologico; Corte d'app. Torino, sez. min., decr. 21 aprile 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 4, in merito all'istanza di affidamento preadottivo presentata *ex art. 44*, comma 1, della l. n. 183 del 1984 nel noto caso di Serena Cruz; Corte Europea dei diritti umani, *Giubergia c. Italia*, 05.03.1990, ric. 15131/89, su [www.duitbase.it](http://www.duitbase.it), sempre pronunciandosi sul caso Serena Cruz che ha stabilito che *"non costituisce violazione dell'art. 8 Cedu il rigetto di una richiesta di adozione o di affidamento preadottivo nei confronti di una famiglia che abbia già presso di sé il minore da diversi mesi, se tale decisione dell'autorità nazionale, prevista dalla legge, sia stata adottata nell'interesse del minore - che deve sempre prevalere nelle misure che lo riguardano - e sia comprovata da una congrua motivazione che dimostri un adeguato bilanciamento degli interessi in rilievo"*; di recente Corte di Cassazione, 11 novembre 2014, n. 24001, in [www.italgiureweb.it](http://www.italgiureweb.it), sulla vicenda del tentativo da parte della coppia italiana «committente» di trascrizione come figlio proprio nei registri dello stato civile italiano del bambino nato in Ucraina da madre surrogata fecondata con seme di donatore anonimo.

28. L'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata dall'Italia con L. n. 176 del 1991, prevede che "in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, ...l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente". L'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, parte integrante del Trattato dell'Unione entrato in vigore il 1.12.2009, al secondo e al terzo comma espressamente prevede che "In tutti gli atti relativi ai minori..., l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente" e che "il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse". L'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo statuisce che "Ogni persona ha diritto al rispetto del sua vita privata e familiare ...Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per ...la protezione della salute o della morale o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui". L'art. 14 della CEDU assicura che "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso... , l'origine nazionale o sociale,...la nascita o ogni altra condizione". L'art. 23 del Reg. CE 2201/2003 espressamente statuisce che in materia di riconoscimento di provvedimenti Europei relativi alla responsabilità genitoriale, questi non possono essere riconosciuti solo se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto. L'art. 24 della Convenzione dell'Aja del 1993, sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale, ratificata in Italia con legge n. 476 del 1998 dispone che "il riconoscimento dell'adozione può essere rifiutato da uno Stato contraente solo se essa è manifestamente contraria all'ordine pubblico, tenuto conto dell'interesse superiore del minore".

tra il partner e il figlio biologico dell'altro convivente all'interno di una coppia omoaffettiva, di una coppia eterosessuale *more uxorio* o di una coppia coniugata. Nei primi due casi il legame così realizzatosi potrà dar luogo all'adozione *ex art. 44, comma 1, lett. d)*, mentre nell'ultimo all'adozione *ex art. 44, comma 1, lett. b)*<sup>29</sup>.

Nessuna preclusione può infatti porsi in ragione dell'orientamento sessuale ai fini dell'adozione *ex art. 44, comma 1, lett. d)* né risulta alcuna evidenza scientifica<sup>30</sup> in ordine all'astratta possibilità di ripercussioni

---

29 Si potrebbe peraltro interpretare estensivamente la parola "coniuge" di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), ricomprendendo anche il convivente stabile di una coppia omoaffettiva. Peraltro la Corte di Cassazione, 19 ottobre 2011, n. 21651, in [www.italgiureweb.it](http://www.italgiureweb.it), aveva ritenuto che il termine «coniuge» di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), l. n. 183 del 1984, non potesse automaticamente escludere l'adozione in casi particolari del figlio del coniuge qualora sia intervenuta separazione personale nelle more della procedura, se si sia instaurata una positiva relazione tra il minore ed il coniuge richiedente, dovendo il giudice accertare, caso per caso, quale sia in concreto l'interesse del minore. Ad ogni modo tanto che si ritenga che l'adozione possa avvenire *ex art. 44, comma 1, lett. b)*, a seguito dell'interpretazione estensiva, quanto che essa possa essere disposta *ex art. 44, comma 1, lett. d)*, le conseguenze giuridiche sarebbero sempre le stesse.

30. In campo psicologico e psichiatrico è stato evidenziato che non sussiste alcuna differenza tra i ragazzi cresciuti all'interno di una coppia eterosessuali e quelli allevati da una coppia omoaffettiva. Dopo più di vent'anni di ricerche, gli studi internazionali compiuti dalle più grandi e accreditate associazioni americane e inglesi di psicologia e psichiatria, come l'American Psychological Association (APA), l'American Psychiatric Association e la British Psychological Society, convergono verso gli stessi risultati, dimostrando che i figli di genitori gay o lesbiche si sviluppano cognitivamente, emotivamente, sessualmente e socialmente allo stesso modo dei bambini allevati da genitori eterosessuali se la coppia genitoriale è formata da adulti responsabili e attenti ai loro bisogni (si vedano Sexual Orientation, Parents, & Children, Adopted by the APA Council of Representatives July 28 & 30, 2004; Lesbian and gay parenting, American Psychological Association, 2005). In particolare da una ricerca condotta su 14.000 madri di bambini inglesi, dove un campione di 19 famiglie costituite da una coppia lesbica è stato confrontato con un gruppo di 74 famiglie eterosessuali e con 60 madri single, è emerso che, rispetto ai parametri di coinvolgimento emotivo, soddisfazione materna, frequenza dei conflitti, supervisione dei figli, comportamenti dei bambini osservati dai genitori e dagli insegnanti, autostima e presenza di disordini psichiatrici, non c'era alcuna differenza significativa (GOLOMBOK S., PERRY B., BURSTON A., MURRAY C., MOONEY-SOMERS J., STEVENS M., GOLDING J. (2003), Children with Lesbian Parents: A Community Study, in "Developmental Psychology", 39, pp.20-33). Nella stessa direzione si sono mossi anche i dati provenienti da un'altra indagine effettuata su un campione di soggetti (più di 12.000 adolescenti), che ha rilevato che i ragazzi e le ragazze con due madri unite da un legame matrimoniale non presentavano differenze sistematiche con i loro pari riguardo ad autostima, ansia, depressione, autonomia personale successo scolastico, e integrazione con i vicini (WAINRIGHT J.L., RUSSELL S.T., PATTERSON C.J., (2004), Psychosocial Adjustment, School Outcomes and Romantic Relationships of Adolescents with Same-Sex Parents, in "Child Development", 75, pp.1886-98.). I risultati delle ricerche suggeriscono anche che nello sviluppo della relazione del bambino e dell'adolescente con i pari è determinante il rapporto tra genitori e figli, al contrario variabili strutturali, come la composizione della famiglia, non sembrano esercitare alcun effetto in tal senso (WAINRIGHT J.L., PATTERSON C.J. (2008), Peer Relations among Adolescents with Female Same-Sex Parents, in "Developmental Psychology", 44, 1, pp.117-26). Occorre dare atto che in letteratura sussistono anche ricerche che conducono ad esiti diametralmente opposti, la più nota delle quali è quella del sociologo Mark Regnerus dell'Università del Texas (REGNERUS M., *How different are the adult children of parents who have same-sex relationship? Findings from the New Family Structures Study*, in «Social Science Research», 41 (2012), pp. 752-770). L'autore ha studiato gli effetti nei figli ormai cresciuti (di età compresa fra i 18 e 39 anni) di genitori omosessuali (i figli intervistati furono 2988, dei quali 163 con madre lesbica e 73 con padre gay), osservando un

negative nella crescita del minore e nello sviluppo della sua identità di genere e delle sue relazioni sociali qualora quest'ultimo venga allevato all'interno di una coppia omoaffettiva, come del resto più volte sottolineato dalla giurisprudenza<sup>31</sup>. Una diversa lettura della norma sarebbe, peraltro, contraria alla *ratio legis*, ai principi costituzionali e alla Convenzione Europea dei diritti umani, così come interpretata dalla Corte EDU dei diritti umani (che ha tra l'altro condannato l'Austria per violazione degli artt. 8 e 14 CEDU nella misura in cui l'esclusione dalla possibilità di ricorrere all'adozione, a parità di *status*, riguardava solo le coppie omoaffettive ed era invece permessa alle coppie eterosessuali anche se non sposate<sup>32</sup>), e si porrebbe in aperto contrasto con il superiore

---

significativo aumento di problematiche sociali, relazionali e emotive rispetto ai figli di coppie eterosessuali. I figli di coppie omosessuali risultano più inclini al suicidio, più propensi al tradimento del partner, più esposti alla disoccupazione e comunque più esposti a difficoltà psicologiche, dato che ricorrono di più a terapie psicologiche, sono di più oggetto ad abusi sessuali, più consumatori di droghe e tabacco e con un tasso inferiore di eterosessualità esclusiva. Anche lo studioso Paul Cameron (fondatore del Family Research Institute di Washinton DC) ha rilevato un elevato rischio di abuso sessuale nei figli di coppie omosessuali (CAMERON P. - CAMERON K., *Did the APA mispresent the scientific literature to courts in support of homosexuality custody?*, in «*The Journal of Psychology*», 3 (1997), pp. 313-332 (il contesto è quello di una contestazione dei dati forniti dall'APA in sede di tribunale). I risultati della ricerca di Regnerus sono stati tuttavia oggetto di pesanti critiche da parte di molte associazioni statunitensi quali l'American Psychological Association, l'American Psychiatric Association, l'American Medical Association, l'American Academy of Pediatrics, e l'American Psychoanalytic Association, che hanno rintracciato imprecisioni di campionatura. Regnerus, infatti, non confronta figli cresciuti in coppie omosessuali con quelli cresciuti in coppie eterosessuali, ma utilizza come campione figli cresciuti in coppie eterosessuali definiti gay in base al fatto che – a detta dei figli – un genitore ha avuto almeno un rapporto omosessuale, a prescindere dalla sua durata e caratteristica. *La nota n. 31 è stata curata da Ippolita Massimo Pignone del Carretto.*

31. Diversi giudici si sono pronunciati sull'impossibilità di considerare l'omosessualità prova dell'inidoneità all'esercizio di funzioni genitoriali. A livello sovranazionale si veda Corte Europea dei diritti umani, 22 gennaio 2008, *E. B. c. Francia*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2008, I, pp. 667 (si tratta di un *revirement* rispetto a Corte Europea dei diritti umani, ric. 36515/97, 26 febbraio 2002, *Fretté c. Francia*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), che aveva rimesso al margine di apprezzamento degli Stati la scelta di valutare la compatibilità tra omosessualità e interesse del minore), che ha escluso che l'omosessualità dell'aspirante adottante potesse giustificare il diniego della possibilità di essere valutato, al pari della persona eterosessuale, per l'accesso all'adozione; Corte Europea dei diritti umani, 21 dicembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, 21 marzo 2000, ric. 33290/96, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), che ha escluso che la condizione omosessuale integrasse un giustificato motivo per escludere l'affidamento o le visite con il genitore non coabitante a seguito della cessazione della relazione; Corte di Cassazione, 11 gennaio 2013, n. 601, in [www.italgiureweb.it](http://www.italgiureweb.it), secondo la quale non è dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale; Trib. Genova, 30 ottobre 2013, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); Trib. Nicosia, ord. 14 dicembre 2010, in [www.minoriefamiglia.it](http://www.minoriefamiglia.it); Trib. Firenze, ord. 30.4.2009, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); Trib. Bologna, decr. 15 luglio 2008, in *Giur. it.*, 2009, pp. 1164; Trib. Napoli, 28 giugno 2006, in *Giur. merito*, 2007, p. 172 e ss., confermata da Corte d'app. Napoli, 11 aprile 2007, in *Fam., pers. e succ.*, 2008, pp. 234 e da Corte di Cassazione, 18 giugno 2008, n. 16593, in [www.italgiureweb.it](http://www.italgiureweb.it).

32. Corte Europea dei diritti umani, 19.2.2013, *X and others c. Austria*, ric. 19010/07, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Nel caso di specie le ricorrenti erano due donne stabilmente conviventi, una delle quali era madre biologica di un figlio, nato al di fuori del matrimonio e riconosciuto dal padre. La coppia aveva convissuto con il bambino da quando questo aveva cinque anni e aveva richiesto al giudice

interesse del minore a vedere riconosciuto lo stabile e duraturo vincolo affettivo venutosi a creare con la persona che, oltre al genitore biologico, l'accudisce, lo educa e lo assiste. Gravi infatti sarebbero le conseguenze per il minore se il diritto non tutelasse tale situazione di fatto. Basti immaginare la paradossale situazione nella quale si verrebbe a trovare il genitore sociale, che quotidianamente si prende cura del minore in funzione di madre o padre nel caso in cui sia necessario assumere una decisione imminente per la vita del minore e non sia immediatamente reperibile, per i più svariati motivi, il genitore biologico. In questo caso alla madre o al padre sociale sarebbe negata la possibilità di compiere qualsiasi scelta, che, in assenza dei parenti del genitore biologico, sarebbe rimessa ad un terzo del tutto estraneo, che nulla sa circa la vita e l'esistenza del minore.

Non si tratta dunque di concedere un diritto *ex novo*, creando una situazione prima inesistente, ma semplicemente di prendere atto di una relazione di fatto già esistente da tempo e di garantirne la copertura giuridica al fine di garantire il *best interest of the child*. Né appare necessaria nel procedimento giudiziario apertosi *ex art.* 44, comma 1, lett. d), la nomina di un curatore speciale al minore, dal momento che il genitore biologico ha la rappresentanza legale dello stesso e non si trova *a priori* in una situazione di conflitto di interesse con il figlio. Ciò in ragione del fatto che le posizioni giuridiche del genitore biologico e del figlio non sono astrattamente tra loro in conflitto riguardando il riconoscimento del legame affettivo stabile e duraturo tra il minore e un terzo, a differenza di quanto accade nell'adozione legittimante in cui la nomina di un curatore speciale è imposta dalla natura stessa della controversia concernente il mancato adempimento da parte dei genitori dei propri obblighi nei confronti del figlio<sup>33</sup>. La previsione legislativa stessa dell'assenso da parte

---

austriaco di adottare il bambino, istanza respinta in tutti i gradi di giudizio.

33 . La Corte di Cassazione ha a più riprese (sentenze n. 7281 del 2010; n. 16553 del 2010; n. 16870 del 2010; n. 11420 del 2014) chiarito che nel procedimento di adozione “*il conflitto d'interessi tra minore e genitore è "in re ipsa", per incompatibilità anche solo potenziale delle rispettive posizioni, ciascuna delle quali portatrice d'interesse personale ad un esito della lite diverso da quello vantaggioso per l'altra. Per cui è stato ripetutamente enunciato il principio che in tale situazione la relativa verifica va compiuta in astratto ed ex ante, in base alla stessa oggettiva consistenza della materia del contendere, anziché in concreto ed a posteriori in seguito agli atteggiamenti assunti dalle parti in causa; e che non è necessaria l'evidente ricorrenza di sintomi indicativi dell'effettività' del conflitto: comunque da rimuovere a titolo precauzionale giusta la ratio del ricordato art. 78 cpc., comma 2, diretto a prevenire proprio il verificarsi del danno che tale situazione può provocare al soggetto tutelato*”. Al contrario è stato ritenuto che “*il conflitto d'interessi tra minore e tutore deve essere dedotto dal P.M. ovvero da uno dei soggetti indicati dall'art. 10 della legge 28 marzo 2001, n. 149, ed accertato in concreto dal giudice, come idoneo a determinare la possibilità che il potere rappresentativo sia esercitato dal tutore in contrasto con l'interesse del minore; in tal caso, tuttavia, la denuncia, tendendo alla rimozione preventiva del conflitto, nonché alla immediata sostituzione del rappresentante legale con il curatore*

dei genitori *ex art.* 45 della l. n. 184 del 1983 esclude *a priori* qualsiasi ipotesi di conflitto di interesse con il minore. Nel procedimento *ex art.* 44 l. n. 184 del 1983 è, infatti, il giudice chiamato a valutare che la richiesta di adozione coincida con il preminente interesse del minore e non sia sorretta da altri scopi con questo configgenti, dovendola in tal caso respingere, e che il mancato assenso di uno o di entrambi i genitori corrisponda all'interesse del minore, ritenendosi in caso contrario che l'autorità giudiziaria possa comunque accogliere l'istanza di adozione *ex art.* 44 se il mancato assenso proviene da un genitore non esercente la responsabilità genitoriale. In tale contesto la pretesa nomina di un curatore speciale per il minore, in virtù di una presunzione assoluta circa l'esistenza di un conflitto di interessi tra il genitore biologico e il figlio, costituirebbe una disparità di trattamento con i procedimenti di cui all'art. 44, comma 1, lett b) e lett. d), attivati da persone che non siano conviventi in una coppia omoaffettiva e assumerebbe chiaro carattere discriminatorio sulla base dell'orientamento sessuale, essendo sorretta dal pregiudizio che il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino. La nomina di un curatore speciale risulterebbe giustificata solo se, esclusa ogni valutazione aprioristica, venisse accertata in concreto l'esistenza di un conflitto di interessi tra il minore e il genitore biologico.

Si segnala che il Tribunale per i minorenni di Bologna<sup>34</sup>, nel caso di

---

*speciale dal momento in cui la situazione d'incompatibilità si è determinata, non può più essere prospettata nelle ulteriori fasi del giudizio al solo fine di conseguire la declaratoria di nullità degli atti processuali compiuti in seguito ad una situazione non denunciata".*

34. Trib. Bologna, ord. 10 novembre 2014, in Nuova Giur. Civ., 2015, 5, p. 387 e ss, con nota di FERRARI, I legami omogenitoriali formati all'estero all'esame del giudice delle leggi: come tutelare l'interesse del minore?. La vicenda all'esame dei giudici bolognesi riguardava una coppia di donne unite in una stabile relazione affettiva. Ognuna di loro aveva concepito negli Stati Uniti attraverso l'inseminazione artificiale da donatore sconosciuto un figlio e aveva adottato reciprocamente l'una il figlio biologico dell'altra, ottenendo sul minore che non avevano concepito una corrispondente responsabilità genitoriale che si aggiunge a quella del genitore naturale. La coppia, dopo una lunga convivenza e una fase di domestic partnership, aveva contratto matrimonio nel 2013 nello Stato di Washington e si era trasferita a vivere in Italia, dove la madre adottiva della bambina (in possesso di cittadinanza italiana e statunitense), aveva presentato, in data 26 marzo 2014, ricorso al Tribunale per i minorenni di Bologna, ai fini di ottenere il riconoscimento della sentenza straniera, che le aveva attribuito lo status di genitore adottivo. Il Tribunale aveva ritenuto di non poter procedere al riconoscimento della sentenza straniera, in quanto questa non corrispondeva ai modelli di genitorialità prescritti dalla legge n. 184 del 1983, che, sia per l'accesso all'adozione legittimante (art. 6) sia per l'accesso alla specifica ipotesi di adozione in casi particolari del figlio del coniuge (art. 44, lett. b), si riferiva ad un paradigma di matrimonio fondato sull'unione tra due soggetti di genere opposto. Tale ostacolo veniva ritenuto insormontabile, alla luce del diritto vivente della Corte di Cassazione e lesivo del best interest of the child, sicché i giudici bolognesi ritenevano necessario rimettere la questione alla Corte costituzionale, giudicando costituzionalmente illegittimi gli artt. 35 e 36 della l. n. 184/1983, nella parte in cui impediscono di valutare al giudice l'interesse del minore con riguardo all'adozione co-

una coppia omoaffettiva sposatasi all'estero ed ivi convivente che aveva ottenuto l'adozione della figlia biologica della partner, ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli articoli 35 e 36 della legge n. 184 del 1983 nella parte in cui impediscono il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato l'adozione di un minore, figlio biologico di una donna, in favore della partner della stessa a lei unita da matrimonio nello Stato di Washington. La Corte Costituzionale<sup>35</sup> ha dichiarato inammissibile la questione, in quanto il giudice *a quo* ha erroneamente trattato la decisione straniera come un'ipotesi di adozione da parte di cittadini italiani di un minore straniero (c.d. adozione internazionale), mentre si trattava del riconoscimento di una sentenza straniera, pronunciata tra stranieri.

Al contrario la Corte d'appello di Milano<sup>36</sup> in un caso analogo a quello sottoposto all'attenzione dei giudici bolognesi, ha ordinato per la prima volta nel nostro Paese la trascrizione nei registri dello Stato Civile, in base al disposto di cui all'art. 28 del DPR 396/2000, dell'ordinanza del giudice spagnolo che ha dichiarato l'adozione piena, con effetti legittimanti, di una minore da parte della propria madre sociale nell'ambito di una coppia di donne attribuendole anche il doppio cognome. Pur rilevando l'impossibilità di disporre la trascrizione del matrimonio celebrato in Spagna fra le due madri e, per conseguenza, del divorzio nel contempo intervenuto fra le due donne, la Corte ha ritenuto meritevole di accoglimento la domanda di trascrizione del provvedimento spagnolo di adozione della minore, riconoscendo così una adozione *piena*, o *legittimante*, e non soltanto una adozione cd. "*in casi particolari*", con conseguente instaurazione di un rapporto genitoriale del tutto identico a qualsiasi altro rapporto genitoriale (anche nei confronti, ad es., dei parenti della madre sociale, che vengono così riconosciuti pienamente nonni e zii della ragazzina). La stessa decisione è stata recentemente assunta dalla Corte d'appello di Napoli<sup>37</sup> nel caso di due donne che erano ricorse alla

---

parentale, quando questa si fonda su un coniugio improduttivo di effetti giuridici ab interno.

35. Corte Costituzionale, ord. 7 aprile 2014, n. 76, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

36. Corte d'Appello di Milano, 16 ottobre 2015, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); in *Fam. e dir.*, 2016, 3, p. 271 e ss. con nota di TOMMASEO.

37. Corte d'appello di Napoli, 30 marzo 2016, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it). Le due donne, entrambe di cittadinanza francese e una *jure sanguinis* anche italiana, legate da una stabile e continua relazione, avevano contratto matrimonio secondo la legislazione francese. Nell'ambito di un progetto familiare condiviso, che contemplava la filiazione e le relative responsabilità genitoriali, erano entrambe ricorse alla pratica di inseminazione artificiale, l'una in Belgio, l'altra in Spagna, partorendo una bambina e un bambino. I minori erano stati allevati dalle due donne, da loro considerate entrambe mamme, ed erano cresciuti come fratelli. Le ricorrenti avevano accudito e allevato il figlio biologico dell'altra, considerandolo come proprio. Alla luce di ciò il Tribunale francese aveva dichiarato l'adozione piena e legittimante in favore del genitore sociale del figlio biologico dell'altra. La Corte d'Appello di Napoli ha

fecondazione eterologa all'estero e avevano ottenuto in Francia il provvedimento giurisdizionale di adozione legittimante ciascuna in favore della figlio biologico dell'altra.

Occorre prestare estrema attenzione al variegato quadro di provvedimenti giurisprudenziali<sup>38</sup> di merito che può dare luogo, a seconda del giudice territorialmente adito, a una possibile disparità di trattamento, sulla quale appuntare la riflessione giuridica attenendo alla tutela degli interessi giuridici di minori.

A seguito del principio di diritto che si è venuto ad affermare presso il Tribunale per i minorenni di Roma e che potrebbe essere applicato anche da altri organi giudiziari per risolvere casi analoghi, il genitore sociale, che voglia vedere riconosciuta nel preminente ed esclusivo interesse del minore il suo rapporto con il figlio biologico del proprio partner, potrebbe ottenere solo un provvedimento di adozione *ex art. 44 l. n. 184 del 1983*, mentre il genitore sociale che abbia ottenuto all'estero un provvedimento di adozione del minore, figlio biologico del proprio partner, può mediante la sua trascrizione in Italia vedere riconosciuta una adozione piena e legittimante con tutte le conseguenze di legge che ne discendono.

Evidente è la disparità di trattamento che subirebbe il minore a seconda delle modalità con cui viene riconosciuto il rapporto con il genitore sociale (ricorso contro il diniego dell'ufficiale di stato civile di procedere alla trascrizione del provvedimento straniero di adozione o ricorso *ex lege n. 184 del 1983*). L'art. 44, comma 1, lett. d) si presenta come un contenitore vuoto che viene riempito di volta in volta dalla giurisprudenza a seconda delle fattispecie concrete e della tipologia di legami di fatto che si vogliono tutelare, ma non sembra in tale contesto la soluzione giuridica migliore per tutelare in modo completo i diritti del minore nato e cresciuto all'interno di una coppia omoaffettiva, presentandosi più come un rimedio temporaneo utilizzato in mancanza di un altro strumento più adatto e adeguato. Si impone, pertanto, un attento

---

ritenuto non contrastante con l'ordine pubblico internazionale il riconoscimento del provvedimento straniero, ordinandone la trascrizione.

38. Occorre tra l'altro segnalare il decreto della Corte d'appello di Torino, 04 dicembre 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015 5, p. 441 e ss., con nota di FRANCO, che ha ordinato la trascrizione dell'atto di nascita, formato in Spagna, di un minore nato da due madri mediante la fecondazione artificiale, non ritenendo sussistente alcuna contrarietà con l'ordine pubblico. Osserva la Corte che nel caso in questione non si tratta di introdurre *ex novo* una situazione giuridica inesistente, ma di assicurare la copertura giuridica ad una situazione di fatto in essere da diverso tempo, nell'esclusivo interesse di un bambino che è stato cresciuto da due donne che la legge spagnola riconosce entrambe come madri. Assume rilievo determinante la circostanza che la famiglia esista non tanto sul piano dei partners ma con riferimento alla posizione, allo status e alla tutela del figlio.

intervento del giudice di legittimità ovvero del legislatore, che chiarisca se il minore, cresciuto all'interno di una coppia omoaffettiva, possa vedere riconosciuto il suo legame con il genitore sociale nella forma dell'adozione piena e legittimante o solo nella forma dell'art. 44 della l. n. 184 del 1983, indipendentemente dal fatto che sia stato pronunciato all'estero un provvedimento di adozione nei confronti del genitore sociale, non essendo ammissibile che un minore venga discriminato in ragione del progetto procreativo sulla base del quale è nato.

## 5. Riflessioni conclusive

La breve analisi delle pronunce qui menzionate dimostra la necessità sempre più sentita sia a livello nazionale che internazionale di riconoscere il rapporto affettivo di fatto, se stabile e duraturo, instauratosi tra il genitore sociale e il minore al fine di garantire il *best interest of the child*.

Tale tendenza è confermata dalla recente pronuncia del Tribunale di Reggio Emilia<sup>39</sup>, che ha riconosciuto il danno parentale sofferto dalla co-madre per la morte del figlio biologico della convivente, e dalla ordinanza della Corte d'appello di Palermo<sup>40</sup>, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 337 *ter* cod. civ. nella parte in cui non consente al giudice di verificare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore mantenere rapporti significativi con il proprio genitore sociale (nella specie la *ex partner* dello stesso sesso del c.d.

---

39. Trib. Reggio Emilia, 2 marzo 2016, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), ha riconosciuto, per la prima volta, ai fini del risarcimento del danno per lesione del diritto alla vita parentale, la relazione genitoriale fra una co-madre ed il figlio biologico della compagna, nato nell'ambito di una precedente relazione eterosessuale. I genitori del ragazzo si erano separati molto presto e la madre biologica aveva intrapreso una relazione affettiva e di convivenza con un'altra donna. Il Tribunale ha accertato, a mezzo di prove testimoniali, la sussistenza di un vero e proprio rapporto genitoriale instauratosi fra il ragazzo, rimasto vittima a diciotto anni di un sinistro stradale, e la convivente della madre biologica, la quale sin dalla più tenera età del bimbo si era presa cura di lui, svolgendo funzioni del tutto analoghe a quelle di un genitore.

40. Corte d'appello di Palermo, ord. 31 agosto 2015, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it). Il nuovo art. 337 *ter* c.c. dispone infatti che, in caso di patologia o assenza del matrimonio, il minore ha diritto di mantenere rapporti continuativi "con ciascuno dei genitori" e di "conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale", attribuendo al giudice il potere di adottare i provvedimenti relativi alla prole "con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa". Contrariamente a quanto ritenuto dai giudici di primo grado, i giudici d'appello hanno valutato la norma troppo rigida per consentire al giudice di considerare la posizione di soggetti diversi da quelli elencati e, non ritenendo possibile una interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata di tale articolo, hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 337 *ter* cod. civ. per contrasto con gli [artt. 2, 30, e 31 Cost.](#) nonché con l'art. 117, comma 1, Cost. con riferimento anche all'art. 8 CEDU come interpretato dalla Cedu "in materia di riconoscimento del diritto dei genitori e dei figli, nonché di altri soggetti uniti da relazioni familiari di fatto, a mantenere stabili relazioni, anche nell'ipotesi di crisi della coppia, avuto riguardo sempre al preminente interesse del minore".

genitore biologico). Il giudice *a quo* ha ritenuto impossibile un'interpretazione costituzionalmente orientata stante la rigidità della stessa che prevede un elenco tassativo di soggetti, impedendo di prenderne in considerazione altri.

Vale la pena ricordare che su una questione simile si era pronunciata un mese prima dell'ordinanza palermitana la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Nazarenko*<sup>41</sup>. Il ricorrente, a seguito del disconoscimento richiesto dalla *ex* moglie e della conseguente cessazione della paternità, era stato privato del diritto di mantenere contatti con la figlia. La Corte di Strasburgo ha condannato la Russia per violazione dell'art. 8 CEDU, il quale impone allo Stato di esaminare caso per caso se è nell'interesse del minore mantenere contatti con una persona che, a prescindere dal legame biologico, si sia a lungo presa cura di lui. L'automatica esclusione dell'uomo dalla vita della minore dopo la cessazione di paternità a causa della rigidità della normativa interna, che prevede una lista esaustiva di soggetti ammessi a frequentare il minore, lede, per i giudici di Strasburgo, il diritto al rispetto della vita familiare dell'uomo.

Nell'ottica della tutela del *best interest of the child* si muove il diritto, alla faticosa ricerca di nuove regole per il riconoscimento dei rapporti di filiazione instauratosi *de facto*. Il *favor affectionis* (filiazione di fatto) viene così a prevalere e a sostituirsi al *favor veritatis* (filiazione naturale), così come quest'ultimo si è a sua volta sostituito al *favor legitimitatis*<sup>42</sup>. Non può quindi che essere crescente l'attenzione prestata dai giudici al legame affettivo che si crea tra il genitore sociale e il figlio biologico dell'altro convivente in ragione del fatto che, oltre ai legami di sangue, meritano piena tutela giuridica anche e soprattutto quelli d'amore nel preminente ed esclusivo interesse del bambino.\*

*\* Nelle more della pubblicazione di questo articolo è intervenuta in data 22 giugno 2016 l'attesa sentenza della Corte di Cassazione in materia di stepchild adoption (n.12962/2016).*

*Con detta pronuncia la Corte ha rigettato il ricorso del Procuratore Generale avverso la sentenza n. 7127/2015 della Corte di appello di*

---

41 Corte Europea dei diritti umani, 16 luglio 2015, *Nazarenko c. Russia*, n. 39438/13, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int) in dottrina si veda CAMPIGLIO, L'accertamento dello stato di figlio: criteri sovranazionali e norme italiane, in *Famiglia e diritto*, 2016, 3, p. 313 e ss.

42. Così IRTI, Digressioni attorno al "mutevole" concetto di ordine pubblico, *Nuova Giur. Civ.*, 2016, 3, p. 481 e ss. .

*Roma, che a sua volta aveva rigettato l'appello del PM minorile, confermando la sentenza di primo grado di accoglimento della domanda di adozione di una minore proposta dalla convivente della madre ai sensi dell'art. 44, 1° comma, lett. d) della legge n. 184/1983. La sentenza e le conclusioni del PG sono reperibili sul sito dell'ADMI : <http://www.donnemagistrato.it>*