

Riconoscimento degli effetti del provvedimento straniero di adozione del minore e ordine pubblico internazionale
(Nota a sentenza SS.UU. 31/03/2021, n. 9006)

Rita Russo

Sommario: 1. *Permessa.* - 2. *Il caso.* - 2.1. *Rimessione alle Sezioni unite.* - 3. *La sentenza SS.UU. 31/3/2021, n. 9006.* - 4. *La condizione negativa dell'accordo di maternità surrogata.* - 5. *Considerazioni conclusive.*

1. Premessa

La Suprema Corte aggiunge un altro tassello al mosaico, ancora invero incompleto, del riconoscimento nell'ordinamento nazionale dei legami limping (zoppicanti), vale a dire di quelle relazioni familiari che poggiano su un titolo giuridico che in Italia non avrebbe potuto formarsi, ma che in altri Stati esteri è consentito.

Queste relazioni zoppicanti sono il risultato della diversità degli ordinamenti giuridici nazionali poiché i criteri di collegamento variano da paese a paese, così come la concezione di ordine pubblico; a ciò si aggiunga che mentre alcune relazioni familiari nascono zoppicanti per effetto del c.d. turismo procreativo, come avviene quando gli aspiranti genitori risiedono in uno Stato la cui legislazione proibisce una determinata pratica procreativa (ad es. la gestazione per conto terzi) e si recano all'estero per aggirarla, altri legami si formano in perfetta armonia con la legislazione del paese di residenza abituale delle parti e diventano zoppicanti solo quando gli interessati decidono di trasferirsi, anche temporaneamente, in un altro paese con una legislazione più restrittiva.

L'art 64 della legge 218/1995 (legge DIP) prevede, tra le condizioni per il riconoscimento del provvedimento straniero, quale norma di chiusura, che le disposizioni (del provvedimento) non producano effetti contrari all'ordine pubblico, sicché dando una interpretazione ampia del concetto di ordine pubblico gli effetti di questi provvedimenti difficilmente potrebbero riconoscersi e sicuramente non potrebbero riconoscersi gli

effetti di provvedimenti conseguenti a turismo procreativo, in quanto frutto di un comportamento che può qualificarsi come elusivo, in frode alla legge nazionale.

In entrambi i casi però si pone un problema di tutela dei soggetti deboli della relazione e cioè i minori, cui non si può imputare né di avere aggirato la legge nazionale né la prevedibilità delle conseguenze di un trasferimento in un paese ove il loro *status* potrebbe non essere riconosciuto; e sebbene, almeno in astratto, tutti concordano sulla necessità di tutelare gli interessi dei minori a prescindere dal giudizio sulla condotta dei genitori, spesso il disvalore che -a torto o ragione- è attribuito al comportamento di quest'ultimi refluisce anche sul riconoscimento dello *status*. Inoltre, e ciò riguarda un profilo diverso ma non meno importante rispetto al riconoscimento dello *status*, l'ordinamento nazionale deve porsi il problema della tutela della relazione familiare di fatto: pur non volendo riconoscere gli effetti di atti che costituiscono uno *status* in contrasto con i principi di ordine pubblico, se la relazione familiare si è già consolidata non si può interferire con essa, se non per le stesse gravi ragioni per le quali lo Stato può ingerirsi in una relazione familiare legalizzata¹.

In questo contesto, la Corte di Cassazione esamina una vicenda relativa agli effetti di un provvedimento estero di adozione, il cui riconoscimento in Italia è chiesto da cittadini stranieri stabilmente residenti all'estero, che riguarda un minore, anch'esso cittadino dello Stato estero, ed individua un punto di equilibrio tra le esigenze di ordine pubblico e di tutela delle relazioni familiari.

2. Il caso

Il caso riguarda un cittadino italiano, naturalizzato statunitense, che ha chiesto all'ufficiale di stato civile italiano la trascrizione dell'atto di nascita del figlio minore, ove si certifica che il bambino è figlio adottivo suo e del suo coniuge, come da pronuncia (*adoption order*) di una Corte degli U.S. Si tratta quindi di una coppia omosessuale maschile che ha regolarmente

¹ Corte EDU Paradiso e Campanelli c. Italia, 27/1/2015 e sullo stesso caso Corte EDU Grande Camera, 24/1/2017 entrambe in *hudoc.echr.coe.int* La Corte riconosce che può essere tutelata anche la vita familiare di fatto tra uno o due adulti ed un minore, pur in assenza di un legame biologico o di un chiaro fondamento normativo, purché sussistano però legami personali genuini (relazione familiare *de facto*) sebbene concludendo, nel caso di specie, che sei mesi di convivenza tra i genitori committenti, entrambi privi di legame biologico con il minore, ed il neonato non sono stati sufficienti ad instaurarli.

contratto matrimonio all'estero e che ha adottato un minore, con il consenso preventivo dei genitori biologici e dopo un'indagine effettuata dai *Social Service Law*, agenzia pubblica equiparabile ai nostri Servizi Sociali. L'ufficiale dello stato civile ha rifiutato la trascrizione, mentre la Corte d'appello di Milano, dopo avere verificato la regolarità della procedura di emissione dell'*adoption order* (e cioè le condizioni previste dalle lettere a-f dell'art. 64 legge DIP) ha ritenuto che il riconoscimento degli effetti dell'adozione non contrasti con l'ordine pubblico internazionale, la cui definizione non può essere desunta esclusivamente sulla base dell'assetto normativo interno nel sistema plurale di cui è partecipe il nostro ordinamento²; la Corte di merito osserva inoltre che l'attuale limitazione legislativa interna all'accesso all'adozione piena stabilita da parte solo delle coppie coniugate non si configura come opzione costituzionalmente obbligata. La decisione della Corte d'appello è stata impugnata con ricorso per cassazione dal Sindaco di Milano nella sua qualità di ufficiale del Governo. Si contesta, in particolare, la nozione di ordine pubblico internazionale adottata dalla Corte d'Appello di Milano, ritenendo che debbano esservi inclusi anche principi derivanti dalla legge ordinaria, specie se riguardanti i limiti di accesso alla filiazione ed alla costituzione degli *status*.

2.1. La rimessione alle SS.UU.

La questione è stata rimessa alle Sezioni unite per valutare la compatibilità degli effetti del provvedimento straniero con i principi di ordine pubblico, tenendo conto che si tratta nella fattispecie di un provvedimento giurisdizionale estero fondato sull'accertamento del consenso preventivo dei genitori biologici, cioè una procedura in parte diversa da quella dell'adozione nazionale ove il consenso o il dissenso dei genitori biologici è del tutto irrilevante, poiché il presupposto della dichiarazione dello stato di adottabilità è l'oggettivo abbandono morale e materiale del minore.

La base dell'adozione in questo caso è invece consensuale, come prevede la legge americana, ma non si tratta di una mera cessione dello *status filiationis* perché, come rilevano le sezioni unite, il provvedimento non è fondato soltanto sull'acquisito consenso dei genitori biologici ma anche

² Cass. sez. un. 08/05/2019, n.12193 in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)* 2019, 3, I, 1062.

sul risultato di un'indagine svolta secondo le prescrizioni normative della legge interna (*Social Services Law*).

Altro rilievo di particolare importanza è che non vi è stato un accordo di gestazione per conto terzi o *surrogacy*, anch'esso legale in molti Stati degli U.S.A. ma vietato in Italia e considerato contrario all'ordine pubblico.

3. La sentenza SS.UU. 31/3/2021, n. 9006

La Corte richiama la definizione di ordine pubblico internazionale, che non coincide con l'ordine pubblico interno, come elaborata in precedenza dalle stesse Sezioni unite³. I principi di ordine pubblico internazionale, si osserva, non hanno soltanto la funzione di limite all'applicazione della legge straniera ed al riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri, ma anche quella di promozione e garanzia di tutela dei diritti fondamentali della persona attraverso i principi provenienti dal diritto dell'Unione Europea, delle Convenzioni sui diritti della persona cui l'Italia ha prestato adesione e con il contributo essenziale della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei diritti umani.

Alla definizione di questo concetto concorrono non soltanto il sistema dei principi e valori derivanti dalla Costituzione ma anche quelli desumibili dalle leggi ordinarie quando "*come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale*", sottolineandosi "*la rilevanza della normativa ordinaria, quale strumento di attuazione dei valori consacrati nella Costituzione*" e l'esigenza di valorizzare l'interpretazione della legge che "*dà forma a quel diritto vivente dalla cui valutazione non può prescindere nella ricostruzione dell'ordine pubblico in un determinato momento storico*". Il tutto con la precisazione, resa dalla Suprema Corte in altra occasione, che il limite dell'ordine pubblico deve essere applicato solo con riguardo agli effetti dell'atto straniero nell'ordinamento, mentre è preclusa al giudice qualsiasi valutazione sul merito del rapporto giuridico dedotto⁴.

Si afferma quindi, ripercorrendo i passi della elaborazione giurisprudenziale di questi anni, che l'orientamento sessuale di per sé non incide sulla idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale. Il *best interest of the child*, coincidente con il diritto a

³ Cass. civ. sez. un., 05/07/2017, n.16601 in DeJure- Giuffrè, conf. Cass. 12193/ 2019 cit.

⁴ Cass. civ. sez. I, 14/08/2020, n.17170 in DeJure- Giuff

mantenere la stabilità della vita familiare consolidatasi all'estero con entrambe le figure genitoriali adottive, deve guidare il giudice nella decisione, mancando rilievi scientifici sulla inidoneità genitoriale di una coppia formata da persone dello stesso sesso. Vero è che nel nostro ordinamento l'unione matrimoniale così come prevista nell'art. 29 Cost. è una relazione eterosessuale e costituisce il modello di relazione familiare fornito, allo stato attuale, del massimo grado di tutela giuridica, ma in relazione agli *status* genitoriali essa non costituisce più, soprattutto dopo la riforma della filiazione, il modello unico o quello ritenuto esclusivamente adeguato per la nascita e la crescita dei figli minori e conseguentemente deve escludersi che ciò possa essere ritenuto un limite al riconoscimento degli effetti di un atto che attribuisce la genitorialità adottiva ad una coppia omoaffettiva, peraltro unita in matrimonio all'estero.

La Corte conclude pertanto nel senso che non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo *status* genitoriale secondo il modello dell'adozione piena o legittimante, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare del figlio minore adottivo sia omogenitoriale, ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione.

3. Le questioni affrontate dalle SS.UU.

La sentenza in esame offre un completo panorama sui percorsi logici e giuridici che la giurisprudenza segue per conciliare i contrapposti interessi tra il diritto alla relazione familiare e la tutela del miglior interesse del minore con la necessità di preservare i principi fondamentali dell'ordinamento interno, in armonia e coerenza con il quadro dei principi eurounitari.

Non si tratta qui di stabilire se sussiste il diritto di adottare della coppia omosessuale, perché l'adozione è uno strumento di protezione del minore in stato di abbandono e non un diritto degli adulti, quali che siano i loro orientamenti sessuali, ma piuttosto verificare come ed entro che limiti può tutelarsi una relazione familiare formatasi all'estero, riconoscendone gli effetti all'interno dell'ordinamento italiano.

Il punto di equilibrio, che efficacemente la sentenza individua, deve tener conto anche del divieto di trattamenti discriminatori per cui una coppia non può essere esclusa dall'adozione per il solo fatto dell'orientamento sessuale⁵.

In Italia l'adozione piena (legittimante) di minorenni non è esplicitamente vietata alle coppie dello stesso sesso; la esclusione deriva in via di fatto dalla scelta legislativa di riservare questa forma di adozione alle coppie coniugate, poiché le coppie omosessuali non possono contrarre matrimonio, pur potendo unirsi civilmente; resta però salva la possibilità dell'adozione in casi particolari ex art 44 legge 184/1983, che infatti è stata sinora utilizzata per proteggere gli interessi dei minori nati a seguito di pratiche di maternità surrogata⁶. Inoltre, anche a seguito della riforma della filiazione operata dalla legge 219/2012 deve ormai ritenersi consolidato nell'ordinamento un principio di carattere generale, opportunamente richiamato dalle Sezioni unite, in virtù del quale il matrimonio non è più il presupposto della costituzione dello *status filiationis* e quindi non può ritenersi che il divieto di accesso al matrimonio precluda la genitorialità legalmente riconosciuta.

La sentenza è quindi armonica con la giurisprudenza della Corte EDU in materia di divieto di trattamenti discriminatori e adozione, e in genere con la giurisprudenza della nostra Corte costituzionale in materia di filiazione.

La Corte di Strasburgo, in particolare, ritiene che sebbene il diritto di adottare non sia incluso come tale tra i diritti garantiti dalla Convenzione, i rapporti tra un genitore adottivo e un figlio adottivo sono di regola della stessa natura dei rapporti familiari protetti dall'articolo 8 della Convenzione⁷. Il diritto alla tutela della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU non è assoluto, poiché è consentita l'ingerenza da parte dello Stato, purché giustificata dalla necessità di operare un bilanciamento con altri interessi, su base legale e secondo il criterio di proporzionalità. Ciò significa che non sempre e non necessariamente la legge dello Stato in cui è stata emessa la sentenza che costituisce uno *status* deve prevalere sulla legge dello Stato chiamato a riconoscerla, ma occorre verificare se questa ingerenza nella vita privata è effettivamente necessaria in una

⁵ Corte EDU Grande Camera, 19/2/2013 X e altri c. Austria in www.echr.coe.int

⁶ Cass. sez. un. 12193/2019, cit.

⁷ Corte EDU 28/06/2007 Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo, in www.echr.coe.int

società democratica; in questo giudizio ha una particolare importanza il fatto che siano state seguite in buona fede le norme dello Stato ove è avvenuta l'adozione, mentre ove l'adozione fosse stata il risultato di attività illecite (es. traffico di minori), il mancato riconoscimento potrebbe essere giustificato. Questo è un punto chiaramente trattato nella sentenza delle Sezioni unite e sul quale l'ordinanza di rimessione aveva sollecitato l'attenzione: la procedura di adozione secondo le leggi dello Stato estero garantiva un passaggio di oggettiva valutazione dell'interesse del minore che non è stato semplicemente "ceduto" da una famiglia all'altra, poiché la idoneità ad adottare della coppia è stata valutata dai servizi sociali. Da escludere quindi la violazione dei principi sulla indisponibilità degli *status* e sulla necessità di conformare ogni provvedimento giudiziale amministrativo sulla valutazione del *best interest* del minore.

4. La condizione negativa dell'accordo di maternità surrogata

L'altro punto cruciale della sentenza è l'esame della condizione negativa, e cioè l'accordo di *surrogacy*.

L'eventuale sussistenza di un accordo di maternità surrogata porrebbe un reale problema di compatibilità con l'ordine pubblico, perché nel nostro ordinamento le pratiche di gestazione per conto terzi sono vietate, così come in genere le pratiche di procreazione medicalmente assistita (PMA) per coppie non eterosessuali.

Invero, non tutti i divieti contenuti nella legge n. 40/2004 sono considerati di ordine pubblico; non lo è ad esempio il divieto di accesso alla PMA da parte di coppie omosessuali femminili ove una delle due partorisca il bambino⁸, ma lo è invece il divieto di ricorrere alle pratiche di maternità surrogata, che vale per tutti ed a prescindere dall'orientamento sessuale, anche se -per evidenti ragioni biologiche- il divieto colpisce in particolare le coppie omosessuali maschili⁹.

⁸ Cass. civ. sez. I, 30/09/2016, n.19599; Cass. civ. sez. I, 15/06/2017, n.14878 in DeJure- Giuffrè

⁹ Cass. civ. sez. un. n. 12193/2019, cit. "il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, non esclude peraltro la possibilità di conferire comunque rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione".

Nella sentenza in esame la Corte appare ben consapevole che anche questa è una questione molto discussa perché, se da un lato la Corte costituzionale ha definito questa pratica come contrastante con la dignità umana¹⁰, d'altro canto con una sentenza più recente ha affermato che seppure gli interessi del minore devono essere bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore, in prospettiva il legislatore dovrà assicurare una tutela al minore *“attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino”*¹¹.

La questione in esame però non ha per oggetto la valutazione della riconoscibilità dello *status* acquisto all'estero a seguito di pratica di maternità surrogata, quanto piuttosto la verifica che si tratti di una effettiva adozione e non di un procedimento che muove da un accordo di maternità surrogata. La verifica è positiva nel senso che non risulta alcun accordo di maternità surrogata e del resto stupirebbe il contrario; nei paesi in cui la *surrogacy* è legale non è necessario ricorrere alla adozione perché il rapporto parentale si costituisce direttamente con il genitore intenzionale. Così, ad esempio nello Stato della California, il rapporto legale di filiazione si costituisce tra il minore e il soggetto che, stipulando in qualità di committente il contratto di gestazione per conto terzi, si è reso responsabile della sua nascita, anche se non ha trasmesso al nascituro il proprio patrimonio biologico¹².

5. Considerazioni conclusive

La questione si riduce alla pretesa contrarietà all'ordine pubblico internazionale del riconoscimento degli effetti di un rapporto di filiazione (adottiva) tra un minore e una coppia omosessuale. Qui però non possono individuarsi ragioni ostative di ordine pubblico, perché -come si è detto- neppure la legge italiana contiene un divieto esplicito di adozione per le coppie omosessuali, la cui relazione pur formalizzabile (in Italia) solo con

¹⁰ Corte Cost. 18/12/2017 n. 272 in www.cortecostituzionale.it

¹¹ Corte Cost., 09/03/2021, n.33 in www.cortecostituzionale.it

¹² È quanto avvenuto ad esempio nel famoso caso *Menesson*, di recente oggetto anche di un *advisory opinion* da parte della CEDU. Sul punto si rinvia a R. Russo, *Il caso Mennesson, vent'anni dopo*, in www.giustiziainsieme.it/it/europa-e-corti-internazionali

l'unione civile e non con il matrimonio, costituisce comunque una relazione familiare, ed è quindi difficile individuare quelle ragioni di ingerenza necessarie in una società democratica che consentono di giustificare un trattamento diverso senza incorrere nella violazione del divieto di trattamento discriminatorio¹³.

De jure condendo peraltro, se il monito ultimo della Corte costituzionale verrà ascoltato dal legislatore, si dovrà riconoscere l'accesso delle coppie omosessuali alla adozione piena, quantomeno al fine di sanare la precarietà della condizione giuridica dei minori nati all'estero con pratiche di maternità surrogata.

¹³ Corte EDU 24/6/2010, Schalk e Kopf c. Austria; 19/2/2013 X e altri c. Austria in www.echr.coe.int; Corte Cost. 14/4/2010 n. 138 in www.cortecostituzionale.it