

Gli argini mobili delle nuove forme di genitorialità

Valeria Montaruli

La Cassazione sez. un., 8 maggio 2019, n.12193, ha detto una parola decisiva sulla questione relativa alla *vexata quaestio* della trascrizione dell'atto di nascita relativo al figlio di due padri.

Il caso è noto. La coppia di papà aveva fatto ricorso alla maternità surrogata, volgarmente detta 'utero in affitto', in Canada, dove questa pratica è legale. I giudici della Corte di Trento avevano riconosciuto l'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero che accertava il rapporto di filiazione tra cittadino italiano (genitore cosiddetto intenzionale) e un minore, nato all'estero da maternità surrogata, così riconoscendo come papà sia il genitore biologico, che il partner con cui ha condiviso il progetto di genitorialità. La questione è approdata alle SS.UU. della Corte di cassazione che hanno affermato la contrarietà al nostro ordine pubblico internazionale del riconoscimento di un rapporto di filiazione legittimamente costituito all'estero in seguito a gestazione per altri.

La questione è già balzata agli onori della cronaca in più occasioni. Le prime pagine dei quotidiani riportarono la notizia dell'iscrizione all'anagrafe, da parte della sindaca Appendino, della nascita da due donne di un neonato nato in Italia, ma concepito in Danimarca mediante fecondazione eterologa. La portata innovativa di tale iscrizione stava nel fatto che, per la prima volta, era stata registrata al Comune la nascita avvenuta in Italia da due madri. Seguì poi la trascrizione da parte del Comune di Roma dell'atto di nascita di una neonata nata in Canada da due padri, replicando il precedente di Trento vagliato dalla Cassazione. Molte corti (per citarne alcune: Roma, Napoli, Milano, Genova Pistoia, Perugia) hanno ordinato la trascrizione di atti di nascita da coppie di mamme o di papà.

Tale prassi, nel solo caso delle due madri che hanno fatto ricorso alla fecondazione eterologa all'estero, venne confermata da due sentenze della Corte di Cassazione.

Le Sezioni Unite non hanno rimesso in discussione questa posizione, distinguendo tra la pratica della fecondazione eterologa usata da due aspiranti madri e quella, cui devono necessariamente ricorrere due papà, della maternità surrogata, che comporta l'uso dell'utero di una donna che a ciò si presta per soldi o solo in cambio di un rimborso spese.

Sembra voler spaccare il capello in quattro, ma in realtà c'è una bella differenza. La legge sulla fecondazione assistita è stata sotto vari aspetti demolita o ritoccata dai numerosi interventi della Corte costituzionale, non ultimo in tema di fecondazione eterologa, dal 2014 consentita a coppie eterosessuali coniugate o conviventi. Non è stato invece toccato il divieto di ricorso alla pratica della gestazione per altri, bollata come inaccettabile mercimonio del corpo della donna e come contraria alla dignità della persona umana, non solo dal pensiero di matrice femminista e cattolica, ma, con una pronuncia di pochi mesi fa, anche dalla Corte costituzionale. Infatti, il ricorso alla maternità surrogata in Italia è un reato, anche se di fatto i presunti responsabili sono stati sempre assolti.

Sta di fatto che la maternità surrogata è consentita dietro compenso in 18 Stati degli USA, nonché in Armenia, Cambogia, Russia, Ucraina e altri Paesi dell'est europeo, mentre è consentita in condizioni di gratuità in alcuni Stati europei, come l'Inghilterra, il Belgio, i Paesi Bassi, la Danimarca e la Grecia. Fino al 2015, l'India era una delle principali destinazioni per le coppie eterosessuali e omosessuali che volevano ricorrere alla gpa, perché la gpa retribuita era legale. Ma diversi scandali legati allo sfruttamento delle madri surrogate hanno portato il Governo a limitare la maternità surrogata solo alle coppie di cittadini indiani e a vietare la pratica alle coppie di stranieri. In ogni caso, i bambini nati da gpa all'estero hanno spesso vissuto per anni come figli legittimi di genitori rispetto ai quali non hanno alcun legame biologico.

Comunque la si pensi sulla questione di principio, resta aperto il problema dello *status* da attribuire a bambini nati da queste nuove tecniche di procreazione medicalmente assistita, non solo in Paesi del Terzo mondo. *'The baby is there'*, dice la Corte di Strasburgo, che di recente ha

affermato che la Cedu impone il riconoscimento anche della relazione col genitore intenzionale privo di rapporto genetico col minore. Le Sezioni Unite ne hanno tenuto conto e hanno affidato la salvaguardia dei rapporti familiari del minore ricorrendo all'ancora di salvataggio dell'adozione in casi particolari, che nelle coppie omo-affettive è nota come 'stepchild adoption'. L'annoso dibattito parlamentare da cui è scaturita la legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, ha portato alla espunzione dall'originaria proposta di legge della contestata disposizione sulla 'stepchild adoption', comunque ampiamente praticata dai tribunali, e ormai avvallata dalla Corte di Cassazione. Qualche perplessità nasce dall'uso di un istituto pensato per altri fini, ma tant'è, questi sono gli strumenti che abbiamo allo stato dell'arte attuale.

Insomma, gli studiosi e gli operatori del diritto si dibattono tra la necessità di salvaguardare i principi fondamentali del nostro ordinamento e le istanze poste da un rapido mutamento sociale, che impone la creazione di nuovi strumenti per far fronte a scenari inediti sul versante dei rapporti di filiazione. Tra questi le difficoltà di riconoscimento dei diritti dei singoli e quindi dei minori ad avere una famiglia, anche quando il legame con i genitori non è biologico, ma, secondo un'espressione in voga, dà luogo ad una genitorialità sociale.

A ben guardare, non vi è nulla di nuovo in questo dilemma. Si ripropone, infatti, l'antica frizione tra principio di legalità e principio di salvaguardia della comunità degli affetti e dei rapporti consolidati, che negli anni '80 ha diviso l'opinione pubblica nel noto caso di Serena Cruz, in cui la minore fu sottratta alla coppia affidataria che aveva aggirato la legge sull'adozione.

Piuttosto, l'elemento di novità nasce dal fatto che il processo di cambiamento dei modelli familiari e di genitorialità è stato ed è talmente veloce e dirompente, dunque difficile da metabolizzare, che spesso ha utilizzato come grimaldello ed elemento di stimolo verso il cambiamento la nascita di nuovi istituti giuridici (in materia familiare e con riferimento alla genitorialità), mentre tradizionalmente la trasformazione degli istituti giuridici era conseguente a modifiche ormai consolidate del costume sociale. Tanto si è verificato nel 2006, quando il legislatore affermò il principio della bigenitorialità, rispetto a una consuetudine sociale ampiamente recepita dalla giurisprudenza, ancorata ad una concezione stereotipata dei ruoli di genere, anche con riferimento alla maternità e alla

paternità. La riforma della filiazione del 2012 – 2013 ha compiuto un ulteriore passo in avanti, archiviando definitivamente un modello di famiglia patriarcale che privilegiava i rapporti di filiazione legittima e dando piena attuazione al principio dell'uguaglianza giuridica di tutti figli, nati nel matrimonio o fuori del matrimonio. Da quel momento, con la sola eccezione del ritocco alla legge sull'adozione portato nel 2015 con la cosiddetta legge sulla continuità affettiva, il legislatore su questo tema ha avuto una battuta di arresto.

Si sollecita da varie parti un intervento chiarificatore del legislatore, che tuttavia difficilmente arriverà a breve: forse per quieto vivere, la politica ha scelto di non intervenire, demandando alla giurisprudenza il delicato compito di operare il concreto bilanciamento degli interessi in gioco.

Così i giudici hanno consapevolmente e responsabilmente assunto un ruolo di supplenza. Massima è dunque la frizione tra la visione tradizionale che collega la genitorialità all'esistenza di una coppia eterosessuale e una diversa concezione che giunge a sganciarla dal dato biologico della procreazione e, conseguentemente, dal requisito della diversità di sesso tra i genitori e a valorizzare la cosiddetta 'genitorialità sociale'.

Nessuno dubita, tuttavia, che il faro illuminante in siffatto groviglio di istanze è il principio del superiore interesse del minore, che costituisce un *leitmotiv* sia nella giurisprudenza internazionale e sovranazionale dei diritti, che nella giurisprudenza interna. Esso ha avuto origine nella tradizione giuridica anglo – americana, in un'accezione diversa rispetto a quella europea, nell'ambito di un dibattito in cui i minori non erano visti come titolari di diritti, ma come soggetti deboli da proteggere. In quest'ottica, il miglior interesse era considerato espressione di un'istanza protettiva di tipo paternalistico. Nella tradizione europea è invece acquisito il riconoscimento del minore come titolare di diritti, atteso che la titolarità dei diritti dipende dall'essere persona e tuttavia, per i minori essa va coniugata con il dovere - potere protettivo delle figure genitoriali. Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'interesse superiore del minore in genere agisce come criterio per valutare la correttezza dei provvedimenti di pubblici poteri in vario modo limitativi della responsabilità genitoriale.

La Corte costituzionale offre, per la concreta valutazione dell'interesse del minore in una dimensione di tipo affettivo e relazionale, i parametri relativi alla durata del rapporto instauratosi con il minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita, oltre che della rilevanza del legame biologico, contenuto nel rimando alle 'modalità del concepimento e della gestazione', in linea con la copiosa giurisprudenza di Strasburgo sul concetto di vita familiare.

Insomma, la parola è passata ai giudici, che dovranno di volta in volta trovare complessi equilibri tra l'esistenza di istituti e di regole inderogabili finalizzati alla tutela dei diritti fondamentali dei soggetti minorenni considerati come categoria, e un approccio flessibile nell'individuazione della soluzione più idonea per lo sviluppo esistenziale del singolo minore di cui ci si occupa.

Sembra che in questa materia il rigore dei principi in tema di illiceità e invalidità degli atti debba essere opportunamente attenuato dalle valutazioni relative alla tutela del minore, la cui nascita a seguito di un progetto genitoriale portato avanti sia pure con mezzi illeciti, in termini civilistici si pone come un fatto compiuto, di cui l'operatore del diritto si deve fare carico. Sulla scia del noto saggio di Zagrebelsky¹, il diritto di famiglia e della persona si declina sempre più come 'diritto mite', non secondo la comune accezione buonista, ma perché la sua efficacia sta proprio nella duttilità degli strumenti di cui dispone l'operatore del diritto per far fronte alle molteplici, se non illimitate peculiarità dei casi concreti, senza mai sconfinare nell'arbitrio. In questo risiede la delicatezza, ma anche il fascino di questa materia.

La rapidità del cambiamento e la fantasia della vita disegnano argini mobili al fiume in piena del dilagare delle nuove tecnologie in ambito procreativo, che apre a scenari difficilmente compatibili con i limiti della legalità.

¹ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi ed.