

CHIAROSCURO

La Cassazione stoppa le “due madri”. Ma cede su adozione

VITA E BIOETICA

05-04-2020

Tommaso
Scandroglio



Le chiameremo Anna e Giada, nomi di fantasia. Le due donne, unite civilmente, volano all'estero e Anna si sottopone a fecondazione artificiale eterologa, pratica vietata in Italia alle coppie omosessuali ex lege 40. Ne nasce una bambina. La coppia fa ritorno in patria

e chiede all'ufficiale di Stato civile di registrare la minore come figlia di entrambe. L'ufficiale giustamente si rifiuta perché per il nostro ordinamento, al netto di non poche sentenze di segno contrario, un bambino non può essere figlio di due uomini o di due donne. Anna e Giada allora fanno ricorso al Tribunale di Treviso e perdono. Ricorrono quindi in appello e perdono nuovamente. Infine bussano alla porta della Corte di Cassazione e anche lì il ricorso viene rigettato.

Vediamo più nel dettaglio le motivazioni addotte dalle ricorrenti e quelle indicate dai giudici nella sentenza depositata venerdì 3 aprile. Per le ricorrenti, la signora Giada, sebbene non possa vantare nessun legame biologico con la bambina, dovrebbe essere considerata genitore al pari della partoriente Anna perché ha prestato il consenso alla fecondazione artificiale eterologa. In breve, sebbene Giada non sia madre biologica, può essere considerata madre intenzionale.

Le due donne hanno fatto presente ai media di essere rimaste deluse dalla sentenza «perché il consenso all'eterologa prestato da un compagno lo rende padre, quello dato da una compagna no». In altri termini, l'obiezione sollevata dalla coppia è la seguente: l'uomo che presta il suo consenso affinché la moglie o la compagna si sottoponga all'eterologa diventa genitore del bambino che nascerà, pur non essendo legato a quest'ultimo da nessun vincolo biologico/genetico, invece in una coppia lesbica ciò non è consentito alla donna che, al pari dell'uomo nella coppia eterosessuale, non è genitore biologico del minore. Una discriminazione bella e buona, in definitiva.

Vediamo come gli ermellini hanno tentato di superare questa obiezione. *In primis* i giudici hanno fatto riferimento all'art. 5 della legge 40 sulla fecondazione extracorporea che, come ricordato, vieta l'accesso a tale pratica alle coppie omosessuali e poi ad una serie di normative che «postulano che una sola persona abbia diritto di essere menzionata come madre nell'atto di nascita, in virtù di un rapporto di filiazione che presuppone il legame biologico e/o genetico con il nato». Ma per quale motivo una sola persona può figurare nell'atto di nascita come madre del nato?

Per rispondere, la Cassazione rinvia alla sentenza della Corte costituzionale 221/2019 la quale dichiara che «la legge prevede [...] una serie di limitazioni di ordine soggettivo all'accesso alla PMA [procreazione medicalmente assistita] alla cui radice si colloca il trasparente intento di garantire che il suddetto nucleo riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre». Tradotto: non è consentito a chi ricorre all'eterologa di mettere in piedi una "famiglia" con due madri o due padri, ma deve riprodurre il modello naturale di famiglia formata da un padre e una madre. Quindi un uomo, legato a una donna, può diventare, dal punto di vista giuridico,

padre di un bambino avuto tramite eterologa, ma così non può avvenire per una donna, legata a un'altra donna.

Fin qui, il ragionamento della Corte dal punto di vista del diritto è condivisibile (sul piano morale occorrerebbe aggiungere qualcosa, dato il gran pasticcio dell'eterologa). Poi però la Corte frana di fronte a questa ragionevole obiezione mossa dalla coppia ricorrente. I giudici rifiutano di riconoscere due mamme come genitori legittimi dei bambini nati con l'eterologa. Però acconsentono all'adozione gay nella forma della *stepchild adoption* (il partner adotta il figlio dell'altro partner). Non è contraddittorio? Gli ermellini fanno di nuovo proprie le parole della già citata sentenza 221 della Consulta laddove quest'ultima afferma che «nel caso dell'adozione [...] il minore è già nato ed emerge come specialmente meritevole di tutela [...] l'interesse del minore stesso a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate [...]. La PMA, di contro, serve a dare un figlio non ancora venuto ad esistenza a una coppia (o a un singolo), realizzandone le aspirazioni genitoriali. Il bambino, quindi, deve ancora nascere: non è, perciò, irragionevole - come si è detto - che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni "di partenza"».

In sintesi: nella *stepchild adoption* il bambino è già nato e, nella quasi totalità dei casi, già inserito da tempo in una coppia omosessuale. Sarebbe contrario al suo interesse toglierlo da quell'ambiente. All'opposto nella fecondazione artificiale il bambino non è ancora nato, non è inserito in nessuno contesto di coppia omosex e quindi è doveroso scegliere il meglio per lui, cioè che il piccolo abbia sin dall'inizio un padre e una madre. Questo ragionamento della Consulta da una parte mette in evidenza che, per i magistrati, l'omogenitorialità è una genitorialità di serie B (dato che l'optimum è che il minore cresca in una coppia eterosessuale), una genitorialità quasi da tollerare perché, ad esempio, non si può chiedere a una donna lesbica, legata a un'altra donna, di dividersi da quest'ultima e cercare un uomo affinché il figlio abbia un padre. Insomma: una scelta dettata da un compromesso necessitato, da una situazione di fatto - una coppia gay che ormai da tempo sta crescendo un bambino - che non si vuole cancellare, bensì addirittura legittimare.

Su altro versante però possiamo constatare che, per la Consulta e per la Cassazione, l'omogenitorialità non viene esclusa, ma viene indicata come soluzione buona, seppur non ottima. Qui sta il cedimento, inevitabile, dei giudici della Corte costituzionale e di quelli di Cassazione che si richiamano ai primi: non considerare anche l'adozione gay come inaccettabile proprio perché priva il minore della figura materna o paterna, così

come loro stessi avevano ammesso in sentenza. In tale prospettiva sposata dai giudici, l'esigenza di avere un padre deve cedere il passo al fatto che il bambino ormai da tempo vive all'interno di una relazione gay.

C'è inoltre un altro punto su cui la Cassazione scivola. La giurisprudenza italiana in più occasioni ha riconosciuto la doppia maternità acquisita all'estero. Vi sono infatti alcuni Paesi in cui due donne, che hanno avuto un bambino con l'eterologa, vengono riconosciute entrambe come madri del minore. Più di una volta i giudici hanno disposto che l'atto di nascita in cui due donne figurano entrambe come genitori del minore venisse riconosciuto anche in Italia. Da qui la palese incongruenza: due donne possono essere riconosciute in Italia come entrambe genitrici se questo status è stato acquisito all'estero, ma non possono essere riconosciute tali se, come nel caso di Anna e Giada, il riconoscimento viene chiesto per la prima volta in Italia?

I giudici adducono una doppia motivazione assai debole. In primo luogo, «in relazione ad atti validamente formati all'estero [...] è impellente la tutela del diritto alla continuità (e conservazione) dello "status filiazione" acquisito all'estero». In breve, qui riecheggia un'argomentazione già prima articolata: di fronte a una situazione - non più di fatto, ma di diritto già cristallizzata - è bene che i giudici la ratifichino. Insomma, non andiamo a mescolare troppo le carte, ma conserviamo lo status quo. La nostra obiezione è dietro l'angolo: dato che, per bocca degli stessi giudici della Cassazione, un bambino deve avere un padre e una madre, è necessario negare la qualifica di genitore a qualsiasi donna di coppia lesbica che non sia madre del nato, sia che questa figuri in un certificato di nascita redatto all'estero, sia che questa voglia così figurare in un certificato di nascita da redigersi in Italia; sia che la prima abbia ormai da tempo cresciuto il minore, sia in caso contrario.

Veniamo alla seconda motivazione per cui accettare in Italia un'omogenitorialità acquisita all'estero: tale omogenitorialità deve essere confermata anche sul suolo italico come segno della «manifestazione dell'apertura dell'ordinamento alle istanze internazionalistiche». In breve l'omogenitorialità formatasi in terra straniera deve essere accettata per fini strumentali, perché utile a dare un segnale di apertura agli altri Paesi. In conclusione, se tu donna di coppia gay, non madre biologica, sei riuscita ad essere qualificata come genitore al di fuori dell'Italia, sarai considerata tale anche qui da noi, altrimenti non c'è nulla da fare. Il ragionamento appare contraddittorio e dunque discriminatorio.

Infine i giudici tentano di superare anche la seguente obiezione: abbiamo visto che l'omogenitorialità acquisita all'estero è stata riconosciuta più volte qui in Italia, ma solo

quando si tratta di due donne. Nel caso di due uomini, no. Perché? L'omogenitorialità maschile deve passare per forza di cose attraverso la pratica dell'utero in affitto. Tale pratica, asseriscono i giudici, è lesiva della dignità della donna e quindi contraria all'ordine pubblico. Ne consegue che il certificato di nascita prodotto all'estero non può essere riconosciuto dal nostro ordinamento (però per la coppia gay maschile, così suggeriscono i giudici, c'è sempre la soluzione dell'adozione). In questo caso non vale più il presunto interesse del minore a continuare a vivere in una coppia gay, ma prevale l'interesse della donna a non essere sfruttata. Perciò l'eterologa senza utero in affitto è bene accettata e non contraria all'ordine pubblico, l'eterologa con utero in affitto no. Ma, a ben vedere, anche l'eterologa senza utero in affitto è lesiva della dignità di chi "dona" (cioè vende) i propri gameti. Si fa sempre un uso strumentale del corpo e delle funzioni generative delle persone.

Detto tutto ciò, ci domandiamo: cosa sta dietro a questi carpiati doppi della Cassazione? Crediamo che, su un primo fronte, si celi l'intento di non sconfessare l'operato dei giudici di merito che in questi anni hanno dato semaforo verde alla *stepchild adoption*, all'adozione gay e al riconoscimento dell'omogenitorialità femminile formatasi all'estero e, invece, hanno acceso semaforo rosso alla filiazione derivata dalla pratica della maternità surrogata. Su un secondo fronte c'è però il proposito di non assecondare fughe in avanti sulla filiazione gay, ad esempio riconoscendo validità giuridica all'omogenitorialità formatasi in Italia.

Ultimissima riflessione. La presidente del collegio, nell'udienza del 9 gennaio, volle mettere a verbale un fatto non acquisito nei gradi di merito, fatto che verteva su un quesito: la cosiddetta madre intenzionale può vantare un legame genetico con la bambina? Infatti non si può escludere, ma non era il caso di Anna e Giada, che, nell'eterologa voluta da due donne, l'una metta l'ovocita e l'altra partorisca. In questo caso, qualche giudice potrebbe decidere, alla faccia della necessità che un bambino abbia un padre e una madre, che entrambe le donne avrebbero pieno diritto ad essere considerate come genitori del minore. Sarebbe l'uovo, anzi, l'ovocita di Colombo.