

DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

PIENI DIRITTI PER LE BAMBINE E I BAMBINI CON DUE MAMME O DUE PAPÀ

Posted on 22 Marzo 2021 by [Antonio Rotelli](#)

Con due pronunce, la Corte costituzionale è tornata a occuparsi del tema dei diritti dei bambini e delle bambine che hanno due madri o due padri. La prima sentenza (n. 32/2021) è relativa al riconoscimento legale avanzato dalla madre intenzionale di due bambine, concepite all'estero e nate in Italia, nell'impossibilità di ricorrere all'adozione in casi particolari. Ciò era stato determinato dalla rottura della relazione tra le due donne, a seguito della quale la madre legale si rifiutava di prestare l'assenso richiesto dalla legge per procedere all'adozione, nonostante il progetto di genitorialità fosse stato comune, la procedura di fecondazione medicalmente assistita avesse coinvolto anche la madre intenzionale e le due mamme insieme avessero esercitato le funzioni genitoriali per cinque anni.

La seconda sentenza (n. 33/2021) riguarda, invece, un bambino con due papà, nato in Canada mediante il ricorso alla gestazione per altri.

In questo caso, la questione di costituzionalità ha messo in dubbio il principio espresso dalle Sezioni unite civili nella sentenza n. 12193/2019, secondo cui un provvedimento straniero che riconosca il rapporto di genitorialità tra un bambino nato in seguito a gestazione per altri e il padre intenzionale non può essere riconosciuto, perché contrario a un principio di ordine pubblico posto a tutela di valori fondamentali come la

dignità della gestante e l'istituto dell'adozione, espressi dal divieto di "surrogazione di maternità" previsto dalla legge n. 40/2004.

La Corte costituzionale ricorda che, in termini analoghi alle Sezioni unite, ha definito la pratica della gestazione per altri un'offesa intollerabile alla dignità della donna e un atto che mina nel profondo le relazioni umane (sentenza n. 272/2017).

Tuttavia, secondo la Corte, si tratta di valutare «se il diritto vivente espresso dalle Sezioni unite civili, alla luce della complessità della vicenda, sia compatibile con i diritti del minore sanciti dalle norme costituzionali e sovranazionali invocate dal giudice a quo».

Le due sentenze pur presentando delle differenze nelle conclusioni, derivanti dalle diverse tecniche con le quali le bambine e il bambino sono venuti al mondo, possono essere lette congiuntamente con riferimento alle motivazioni che sono una il rafforzativo dell'altra quanto al principio di dover garantire i superiori interessi dei minorenni, che è posto al centro delle argomentazioni della Corte.

Nella sentenza relativa alle due mamme, il Giudice delle leggi ricorda l'importanza del principio del rispetto dei superiori interessi dei minorenni in tutte le vicende che li riguardano, sancito dalla Convenzione di New York, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Convenzione europea dei diritti umani e rammenta, nella sentenza sul bambino con due papà, che la Corte costituzionale ha riformulato tale principio, con riferimento all'art. 30 Cost., come ricerca sempre della «soluzione ottimale "in concreto" per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior "cura della persona"» (sentenza n. 11/1981).

Il rispetto dei superiori interessi dei minori è considerato dai giudici particolarmente forte nelle relazioni familiari, in particolare nel rapporto di filiazione che incide in maniera determinante sulla costruzione dell'identità personale dei bambini e delle bambine, incluso quando il rapporto genitoriale esista di fatto e sia consolidato nella pratica di vita quotidiana con una persona che non abbia con i bambini né un legame biologico, né giuridico.

Ciò pone, secondo i giudici, la necessità di assicurare la «permanenza dei

legami affettivi e familiari, anche se non biologici» che hanno i bambini e riconoscerli giuridicamente «al fine di conferire certezza nella costruzione della identità personale», esattamente come stabilito dalle Corti europee con cui quella costituzionale ravvisa sul punto l'esistenza di una «forte sintonia».

La convergenza dei parametri costituzionali e sovranazionali, secondo la Corte costituzionale non lascia dubbio «che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita (nel caso oggetto del giudizio a quo, ormai da quasi sei anni) da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata».

Da un'altra prospettiva, nella sentenza n. 33 la Corte aggiunge che, esclusa l'esistenza di un diritto di due persone a diventare genitori, l'articolo 30 della Costituzione impedisce di sottrarsi alla responsabilità di assumersi gli obblighi di accudimento, mantenimento e educazione verso i bambini, alle persone che li hanno voluto e fatti nascere.

In questo modo, nell'intreccio tra le motivazioni delle sentenze numero 32 e 33 viene rimarcato che i legami genitoriali e familiari che il bambino ha sviluppato fanno parte integrante della sua stessa identità e l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale.

La questione di diritto emerge, quindi, unicamente come tutela dell'interesse del minore «a che sia affermata in capo a la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali», poiché l'interesse non «potrebbe ritenersi soddisfatto dal riconoscimento del rapporto di filiazione con il solo genitore "biologico" come è accaduto nel caso dal quale è scaturito il giudizio a quo».

Nella sentenza n. 33, la Corte approfondisce anche il tema dell'inesistenza nell'ordinamento di principi "tiranni", per cui la garanzia degli interessi dei minorenni deve essere bilanciata con gli altri interessi coinvolti, alla luce

del criterio di proporzionalità.

Il «punto di equilibrio» frutto del bilanciamento, che la Corte Costituzionale fa proprio nel caso dei due papà, deriva interamente dalla consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, la quale è ritenuta in linea con l'«insieme dei principi sanciti in materia dalla Costituzione italiana».

Si riconosce, da una parte, la possibilità per lo Stato di disincentivare il ricorso alla gestazione per altri, considerata lesiva della dignità altrui, impedendo la trascrizione di atti civili stranieri o provvedimenti giudiziari che riconoscano sin dalla nascita del bambino lo statuto di padre o madre al genitore intenzionale – e in questo modo si conferma il principio di diritto elaborato dalle Sezioni unite civili.

Si riconosce, dall'altra parte, la necessità di riconoscere giuridicamente il legame di filiazione con entrambi i componenti della coppia che nella vita quotidiana si prendono cura del bambino «esercitando di fatto la responsabilità genitoriale».

Questo problema di bilanciamento non sembra porsi, invece, nella sentenza n. 32, in quanto la Corte afferma che la scelta di una coppia di donne di ricorrere all'estero alla fecondazione medicalmente assistita, eludendo il divieto previsto in Italia, non è in contrasto con principi costituzionali, come non lo è – viene ribadito - la possibilità per le coppie omosessuali di accogliere figli.

Sulla base della diversa rilevanza costituzionale che hanno le varie tecniche con cui i bambini possono venire al mondo, la Corte giunge a due conclusioni parzialmente diverse, ma che riconoscono in entrambi i casi una lacuna normativa nella tutela degli interessi dei minorenni.

Le bambine nate da fecondazione medicalmente assistita praticata da due donne «versano in una situazione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo», rilievo che era già emerso nella sentenza n. 230 del 2020 della Corte.

Con riferimento al bambino con due papà, invece, la Corte ritiene che «il possibile ricorso all'adozione in casi particolari costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del

tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati», in considerazione anche del fatto che essa «è in effetti assai distante» dalle peculiarità della situazione in esame e «non attribuisce la genitorialità all'adottante».

Da qui nascono due moniti rivolti al legislatore diversamente formulati.

Quello della sentenza n. 32 richiama la discrezionalità del legislatore al dovere di colmare «al più presto» il vuoto di tutela «di incompressibili diritti dei minori» assicurando il «riconoscimento dei legami stabili del minore, nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale».

Le opzioni legislative tra cui il Parlamento può scegliere sono più d'una purché sia assicurata «la pienezza dei diritti connessi alla filiazione», che rappresenta «un fine costituzionalmente necessario».

Tra queste opzioni le principali e preferibili sono, ad avviso di chi scrive, la trascrizione degli atti di nascita formati all'estero recanti l'indicazione dell'esistenza di due mamme legali o la possibilità di formarlo con questa indicazione direttamente in Italia quando i bambini nascono direttamente nel nostro Paese. Entrambe queste soluzioni garantiscono meglio e fin dalla nascita tutti i diritti dei minorenni se confrontate, per esempio, al ricorso all'adozione piena e legittimante.

Nella sentenza n. 33, invece, il monito rivolto al legislatore considera come sia «ormai indifferibile l'individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore». Al legislatore spetta operare il «difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati», ovvero individuando le soluzioni che assicurino integralmente i diritti di bambini e bambine.

La Corte parla di «ventaglio (di) opzioni possibili» alle quali il legislatore potrebbe rifarsi, ma – escludendo la possibilità di trascrivere gli atti di nascita o i provvedimenti giudiziari stranieri – sembra di poter affermare che indichi la soluzione nel ricorso all'adozione piena. Infatti, afferma che il riconoscimento giuridico del rapporto genitoriale con il padre intenzionale «dovrà essere assicurato attraverso un procedimento di

adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino».

Questo può voler dire che l'indicazione di un «ventaglio di opzioni» sia riferibile, ragionevolmente, non alla soluzione in sé, ma alle caratteristiche che deve avere il procedimento giudiziario per realizzare l'obiettivo indicato.

Da quanto illustrato fin qui, le due sentenze appaiono rimediare, in via di principio, all'irragionevole disparità di trattamento che esiste tra i bambini nati dall'unione di un padre e una madre e i bambini nati dall'unione di due madri o di due padri, però in concreto la dichiarazione di inammissibilità delle questioni di costituzionalità rischia di non garantire effettivamente il loro diritto a una famiglia e a due genitori legalmente riconosciuti, in attesa che il legislatore compia le sue scelte.

L'inscindibilità del momento del riconoscimento con quello della garanzia dei diritti inalienabili, chiaramente imposta dall'articolo 2 Cost., è una questione che prevedibilmente verrà riproposta a tutte le Corti a cui questi bambini e bambine si rivolgeranno da subito per chiedere la garanzia di tutti i diritti che gli spettano e i giudici non potranno che risolverla mediante un esercizio attento dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata delle disposizioni vigenti, alla luce proprio dei principi costituzionali chiariti dalla Corte costituzionale nelle sentenze numero 32 e 33.