

*Una riflessione a più voci
sulla sentenza Cass. SS.UU. n. 38162/2022*

Maria Acierno

Negli ultimi 10 anni, la giurisprudenza di legittimità, grazie alla spinta proveniente dalla profonda mutazione dei modelli relazionali della società ed alle preziose sollecitazioni della giurisprudenza di merito, ha dovuto, nella totale inerzia legislativa (seppure con la felice eccezione della riforma della filiazione), cercare e trovare risposte alle numerose istanze di riconoscimento giuridico delle relazioni tra coppie adulte e minori fondate sull'attuazione di progetti genitoriali, resi possibili grazie alle tecniche di p.m.a. effettuate all'estero ma non consentite nel nostro ordinamento interno.

La legge sulle unioni civili (n. 76 del 2016) si è limitata a fornire alle coppie omoaffettive uno statuto di tutele analogo ma non sovrapponibile a quello che governa le unioni coniugali, escludendo dall'intervento legislativo tutto l'ambito della filiazione. Anche a causa di questa scelta l'attuale dibattito più che ragionare sui modelli familiari o "arcipelago delle famiglie", si concentra proprio sulle nuove relazioni genitoriali; sul loro destino; sulla compatibilità con le regole di diritto positivo che regolano la filiazione; sulla concreta possibilità di adeguare i modelli di genitorialità sociale voluti per allargare l'ambito della genitorialità adottiva, a queste nuove e sempre più diffuse esperienze di legami genitoriali.

Il Forum che la nostra rivista ospita esprime davvero un amplissimo ventaglio di opzioni e soluzioni che vanno dalla massima apertura verso le nuove genitorialità sociali od intenzionali da realizzarsi attraverso il riconoscimento giuridico pieno dello *status filiationis* alla necessità di trovare un equilibrato bilanciamento tra queste istanze sempre più diffuse ma espressive di una proiezione dei desideri della coppia adulta, i diritti del minore a non essere né mercificato né privato di assetti relazionali ed affettivi ormai stabili e, ove coinvolti, i

limiti di ordine pubblico determinati dall'assetto dei valori fondanti il nostro ordinamento, ancorché fortemente permeati dalla promozione dei diritti fondamentali proveniente dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dalla CEDU e dalle Convenzioni internazionali sui diritti delle persone.

Tutte le riflessioni sono accomunate da un punto di partenza condiviso: la sentenza delle S.U.n.38162 del 2022 che ha ribadito l'incompatibilità con i nostri principi di ordine pubblico internazionale del riconoscimento del provvedimento giudiziale che, in una coppia omogenitoriale maschile, attribuisca lo status di genitore anche al partner (o coniuge) che ha condiviso il progetto generativo realizzato mediante la gestazione per altri, senza fornire il proprio gamete maschile (cd. genitore sociale ed intenzionale). Questa contrarietà, tuttavia, si accompagna con il riconoscimento del diritto (alle condizioni stabilite dalla legge n. 184 del 1983) del genitore sociale di poter adottare il minore con il quale si è già stabilita una relazione a contenuto genitoriale, secondo il modello più flessibile tra quelli regolati dall'art. 44, l. n. 184 del 1983, ovvero quello disciplinato nella lettera d), così come riconfigurato all'esito dell'ampio intervento ermeneutico della giurisprudenza di merito e di legittimità.

Quasi in tutti gli interventi è emersa l'esigenza di un bilanciamento tra la netta contrarietà ai principi di ordine pubblico internazionale del ricorso alla gestazione per altri e la necessità di non privare il minore di una relazione a contenuto genitoriale. In molti contributi si è sottolineato come si debba pervenire anche attraverso l'intervento di adeguamento della Corte Costituzionale, già intrapreso con la sentenza n. 79 del 2022, ad un rafforzamento del modello di genitorialità adottiva disegnato dall'art. 44 lettera d), l. n. 184 del 1983 in modo da scongiurare un regime di tutele discriminatorio per i minori che sono nati e cresciuti in coppie omoaffettive tanto più che è *jus receptum*, l'illegittimità di una distinzione della idoneità o capacità genitoriale fondata sulla natura eterosessuale od omoaffettiva del nucleo genitoriale.

Le S.U., come sottolineato in molti interventi, hanno partecipato all'operazione di adeguamento e tendenziale equiparazione dello statuto dei diritti del minore adottato ex art. 44 lettera d) l. n. 184 del 1983, sottolineando che il previsto consenso del genitore esercente la

responsabilità genitoriale non debba essere considerato alla stregua di un diritto potestativo, rimesso all'esclusivo arbitrio di chi lo esercita così da impedire, in caso di grave conflittualità nella coppia omogenitoriale, l'accesso alla genitorialità adottiva e privare il minore di una relazione che concorre a formare la sua identità. Al contrario è stato ritenuto che in caso di dissenso si debba verificare quale sia la soluzione più coerente con il benessere e l'equilibrato sviluppo del minore.

Questo percorso non è completo, mancando uno strumento giuridico, allo stato, che consenta al minore di far riconoscere, anche fuori dell'iniziativa degli adulti, il proprio diritto alla bigenitorialità, pur all'interno di un modello adottivo quale quello previsto dall'art. 44 lettera d) l. n.184 del 1983 ma, come emerso dalla qualità dei contributi ospitati nel forum, il laboratorio di pensiero, impegno e ricerca di soluzioni equilibrati è in fieri e anche questo aspetto, affrontato marginalmente dalle S.U. con un richiamo alla tutela esclusivamente rimediale e risarcitoria, diverrà oggetto di dibattito.

Anche a causa delle rilevate insufficienze del modello adottivo prescelto dal diritto vivente si è sviluppata una posizione, in dottrina ed in giurisprudenza, che ritiene adeguato ad una piena tutela del minore soltanto il riconoscimento dello status filiationis mediante la trascrizione dell'atto di nascita estero.

Questa posizione, espressa nell'ordinanza interlocutoria che ha generato l'ultimo intervento delle Sezioni Unite, è contenuta in uno dei contributi, nel quale, ad una serrata critica della soluzione elaborata dalla giurisprudenza delle S.U., in particolare per il giudizio netto di contrarietà ai principi di ordine pubblico internazionale., si accompagna una valutazione non negativa della gestazione per altri. La decisione di collaborare al progetto generativo fornendo la gestazione viene considerata, fuori dai casi in cui non si fondi su un vero e proprio sfruttamento economico, come un frutto dell'autodeterminazione individuale al pari di altre che può essere giustificata anche da motivi solidali. Si richiama una corrente di pensiero femminista, alla quale, tuttavia, si contrappone un'altra forte posizione del tutto contraria, che valorizza l'autodeterminazione femminile fuori dell'ambito ritenuto ristretto della maternità.

Chiudono il quadro delle diverse angolazioni dalle quali può e deve essere esaminata la sentenza delle S.U., le riflessioni provenienti dal mondo delle scienze umane, espresse anch'esse con grande efficacia nel nostro Forum.

In particolare, la lente della psicoanalista ci ha posto di fronte alla materia viva delle relazioni alle quali ci sforziamo di dare una connotazione giuridica; ci ha invitato a riconoscere nel limite una manifestazione del senso di responsabilità e, conseguentemente, a darvi valore; a rifuggire da considerazioni fondate sull'ordine naturale delle cose ma a non confondere un desiderio con un diritto come sovente accade, “quando le aspettative entrano in conflitto con i limiti che la corporeità impone (invecchiamento, mortalità, radice biologica del genere)” a considerare le relazioni familiari come una risorsa ed a mantenere una posizione di neutralità che si fondi sul riconoscimento dell'alterità e della fallacia di ogni tentativo di ridurre i mutamenti reali all'interno di una costruzione ideologica delimitata.

Questa prospettiva corrisponde agli intenti del Forum: fornire un quadro aperto, plurale, problematico nella consapevolezza che non finiscono con questa sentenza le situazioni che richiederanno l'intervento del diritto pur nel vuoto della legge e che, per affrontarle, occorre conservare un approccio che non ne trascuri la complessità.