

Nota critica a SS. UU. n. 38162 del 30 dicembre 2022 in tema di riconoscimento dello status di filiazione del minore nato all'estero con la gestazione per altri

Fabrizio Filice

Sommario : *1. Introduzione.-2. L'ordine pubblico internazionale.- 3. Il controllo limite della dignità della donna e punti critici della decisione.*

1. Introduzione

Con questa sentenza la Corte di cassazione ha affermato, come principio di diritto vincolante nell'ordinamento, che la pratica della maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane. Ragion per cui non sono trascrivibili in Italia il provvedimento giudiziario straniero, né a maggior ragione l'originario atto di nascita, che indichino quale genitore del bambino, oltre a quello biologico, anche il genitore d'intenzione, nonostante lo status di filiazione sia stato riconosciuto nello Stato nel quale si è dato corso, in conformità alla legge nazionale, alla pratica della surrogazione.

Il percorso metodologico attraverso il quale la Corte arriva a questa soluzione, però, pone importanti interrogativi sul ruolo e sui limiti della giurisdizione quando essa affronta tematiche che chiamano in causa il diritto all'autodeterminazione riproduttiva delle donne. Interrogativi al momento rimasti sottotraccia nell'opinione pubblica, anche a causa della faziosità e della violenza verbale che ha assunto il dibattito politico-mediatico su questo tema, ma che devono invece essere ben visibili all'analisi giuridica.

2. L'ordine pubblico internazionale

La prima questione interpretativa che si intende focalizzare riguarda il

controvertibile uso che la Corte fa dell'ordine pubblico internazionale, a cominciare dall'impostazione schiettamente "pan-penalistica" scelta per la sua ricognizione.

Un'impostazione secondo la quale il dato normativo fondamentale per inquadrare la questione anche dal punto di vista del diritto internazionale è una norma di diritto penale interno: la fattispecie incriminatrice dell'articolo 12, comma 6, legge 40 del 2004, che punisce chiunque realizza in qualsiasi forma, in Italia, la surrogazione di maternità.

Questa norma, secondo la Corte, non sarebbe solo una norma penale interna ma anche una norma di ordine pubblico internazionale.

Un'affermazione già in linea di principio problematica, se si ha riguardo alla dottrina internazionalista secondo la quale la normazione penale nazionale, in ragione dell'elevata discrezionalità politica interna che sta alla base della scelta dei beni giuridici ai quali conferire tutela penale, non sarebbe di per sé idonea a fondare una pretesa di ordine pubblico internazionale.

L'ordine pubblico internazionale è un concetto che richiama, piuttosto, l'insieme dei principi costituzionali coordinati, per il tramite delle disposizioni che prevedono cessioni di sovranità in favore di ordinamenti sovranazionali (in particolare gli articoli 10, 11 e 117), con i principi e i diritti di libertà previsti, nelle aree di rispettiva inerenza, dalla Convenzione europea dei diritti umani, dalla Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea e dai numerosi trattati internazionali e fonti onusiane che regolano la materia dei diritti umani e quella dei diritti umani delle donne, compresi i diritti riproduttivi.

Questo era del resto già stato affermato dalla Cassazione con la sentenza n. 23319 del 23/08/2021, ove si era ritenuta legittima la trascrizione in Italia dell'atto di nascita formato all'estero relativo a un minore figlio di madre intenzionale italiana e di madre biologica straniera, "non essendo contrario all'ordine pubblico internazionale il riconoscimento di un rapporto di filiazione in assenza di un legame biologico, quando la madre intenzionale abbia comunque prestato il consenso all'impiego da parte della partner di tecniche di procreazione medicalmente assistita, anche se tali tecniche non sono consentite nel nostro ordinamento".

Non solo, anche la nota Sezioni unite n. 12193 del 2019 – che già aveva concluso per il divieto di riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero con il quale sia accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il suo genitore non biologico –, per arrivare a fondare tale conclusione sulla citata fattispecie penale italiana, aveva debitamente distinto la questione dell'ordine pubblico internazionale da quella dell'ordine pubblico interno, ammettendo chiaramente (§ 12.1) che l'apertura al diritto sovranazionale e il recepimento dei principi introdotti dalle convenzioni internazionali cui il nostro Paese ha prestato adesione, oltre a influire sull'interpretazione della normativa interna, ha anche determinato un'interpretazione del concetto di ordine pubblico internazionale caratterizzata da un sempre più marcato riferimento ai valori giuridici condivisi dalla comunità internazionale e alla tutela dei diritti fondamentali, al quale fa inevitabilmente riscontro un affievolimento dell'attenzione verso quei profili della disciplina interna che, pur previsti da norme imperative, non rispondono ai predetti canoni comunitari ed europeisti.

La Sezioni unite del 2019, in sostanza, aveva sì concluso per il divieto di riconoscimento della genitorialità intenzionale da maternità surrogata, ma sulla base di un contro-limite interno eccepito dallo Stato nazione Italia *contro* la comunità internazionale e l'ordine pubblico da essa espresso. E infatti, per questa via, era giunta ad affermare che l'ordine pubblico (chiaramente quello interno) deve essere valutato non solo alla stregua dei principi fondamentali della nostra Costituzione coordinati con le fonti internazionali e sovranazionali, ma anche alla luce del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, fra i quali rientra per l'appunto il divieto, penalmente sanzionato, di realizzare la surrogazione nei confini italiani.

La Cassazione aveva così volutamente rovesciato il rapporto di gerarchia delle fonti dando priorità alla sovranità nazionale (per questo è corretto parlare di una prospettiva tecnicamente “sovranista”) e alla sua produzione normativa interna, in questo caso di tipo penalistico, rispetto ai principi e ai diritti riconosciuti dalla comunità internazionale e dalle fonti sovranazionali dei diritti umani.

L'ordine pubblico internazionale non è quindi invocabile per giustificare quella che è chiaramente un'operazione di resistenza identitaria espressa da uno Stato in nome e in forza della propria

sovranità, seguendo una direttiva nazionalista la quale sta d'altra parte ispirando un più ampio movimento politico transfrontaliero, anche in Europa, nel quale alcuni Stati (ad esempio la Polonia e l'Ungheria e, appena fuori dai confini dell'Unione, la Turchia) rivendicano, proprio in nome della propria identità nazionale, il diritto di respingere una serie di principi giuridici europei di nuova generazione (in parte già espressi dalla Convenzione di Istanbul del 2011 e attualmente oggetto di un progetto di direttiva dell'Unione che mira a estenderne ulteriormente i contenuti) collegati ai diritti umani delle donne (non solo quelli di carattere antidiscriminatorio ma anche quelli di carattere riproduttivo) e all'accettazione del genere e dell'identità di genere come caratteristiche personali meritevoli di tutela, con conseguente contrasto agli stereotipi sui ruoli di genere tradizionalmente attribuiti a uomini e donne, e ai dogmi del binarismo di genere e della etero-normatività.

L'ordine pubblico internazionale quindi non c'entra, anzi.

Basta, per rendersene conto (come se ne è resa perfettamente conto la Sezione unite del 2019), guardare al testo della norma che lo disciplina.

L'articolo 16 della legge 218 del 1995 (che ha riformato il sistema di diritto internazionale privato precedentemente stabilito dalle disposizioni preliminari al codice civile) delimita il funzionamento delle norme di diritto internazionale privato stabilendo che l'apertura a valori giuridici estranei all'ordinamento interno non può avvenire in contrasto con l'ordine pubblico internazionale il quale però, da un lato, deve appunto intendersi quale insieme dei principi fondamentali fissati dal diritto internazionale, comunitario e dei diritti umani; e, dall'altro lato, ha un'estensione comunque più ristretta rispetto a quella dell'ordine pubblico interno. La valutazione di compatibilità della legge straniera non deve infatti essere condotta con riferimento al suo contenuto difforme dalla normativa nazionale (in questo caso consistente nella legalizzazione e nella regolamentazione di una tecnica procreativa che è invece vietata in Italia) ma solo con riferimento agli effetti, i.e. al risultato concreto che l'applicazione della legge straniera produrrebbe sull'ordinamento italiano. Non è quindi la condotta di maternità surrogata, penalmente sanzionata in Italia, a costituire il riferimento fattuale dell'eventuale lesione dell'ordine pubblico internazionale, ma solo l'effetto che essa è

destinata a produrre in Italia, consistente nel riconoscimento dello status di filiazione.

Al fine di formulare una valutazione di ordine pubblico internazionale la Corte avrebbe dovuto chiedersi se nei principi fondamentali fissati dal diritto internazionale e comunitario, e quindi nel contesto del diritto euro-unitario e dei diritti umani, sia rinvenibile non già un divieto di alcune tecniche mediche di procreazione assistita, qual è la surrogazione di maternità, bensì un divieto di riconoscimento dello status di filiazione del minore generato legalmente in uno Stato estero con una tecnica di procreazione non riconosciuta, o vietata, dallo Stato di stabilimento o di residenza abituale del minore e del suo nucleo familiare.

Così reimpostata la questione, potrebbe porsi il dubbio che non sia il riconoscimento dello status di filiazione intenzionale ma il suo assoluto impedimento a profilarsi, sempre di più, come contrario all'ordine pubblico internazionale.

La giurisprudenza della Corte E.D.U. (casi *Menesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11; *Labassee c. Francia*, n. 65941/11; *D. c. Francia*, ricorso n. 11288/18 e, da ultimo, *D.B e altri c. Svizzera*, ricorsi nn. 58817/15 e 58252/15) è costante nell'affermare che il mancato riconoscimento delle sentenze e la mancata trascrizione dei certificati di nascita che accertano in capo al minore nato da maternità surrogata lo stato di filiazione da entrambi i genitori, biologico e intenzionale, costituiscono un'interferenza nel diritto al rispetto della vita privata e sono contrari al superiore interesse del minore. Seguendo la linea convenzionale molti Paesi dell'Unione ammettono ormai sistematicamente la trascrizione degli atti di nascita e il riconoscimento delle sentenze di accertamento dello status dei figli nati da gestazione per altri, purché redatti all'estero e in conformità alla legge del Paese di nascita; e ciò senza contare che alcuni Paesi dell'Unione ammettono e regolano anche al loro interno la maternità surrogata a certe condizioni (ad esempio, Belgio, Cipro, Grecia, Paesi Bassi e Portogallo).

La linea di tendenza perseguita dalla comunità internazionale ed europea è quindi chiaramente quella della libera e piena circolazione del riconoscimento dello status di filiazione intenzionale così come di quello biologico.

Una linea di tendenza, questa, che si rinviene anche nella recente proposta di regolamento sulla *Parenthood* approvata dalla

Commissione europea il 7 dicembre 2022, espressamente volta ad armonizzare a livello dell'Unione le norme di diritto internazionale privato in materia di filiazione.

Uno degli aspetti chiave della proposta è che la filiazione accertata in uno Stato membro dell'Unione dovrebbe essere riconosciuta in tutti gli altri Stati membri senza nessuna procedura specifica.

Al netto dei dubbi interpretativi emersi già in sede di primo commento sull'applicabilità di tale principio anche ai casi in cui le decisioni giudiziarie o gli atti dello stato civile che accertano (o comprovano) la filiazione siano stati redatti non in Paesi membri ma in Paesi terzi (alcuni commenti rinvengono infatti una soluzione negativa a tale quesito nell'articolo 3 della proposta), è comunque indubbio che la filiazione intenzionale da maternità surrogata, se accertata nei Paesi membri dell'Unione che consentono e disciplinano questa tecnica procreativa, sarebbe destinata a circolare liberamente e senza restrizioni all'interno dell'Unione, il che finirebbe inevitabilmente per porre un problema di ragionevolezza del trattamento discriminatorio del minore nato da gestazione per altri in un Paese terzo rispetto a quello, egualmente nato da gestazione per altri, in un Paese membro. Ed è con tutta probabilità questa la ragione per cui l'approvazione di questa proposta ha già trovato la strada sbarrata dai sonori "no" anticipati da alcuni Paesi, non a caso gli stessi che notoriamente hanno ingaggiato, come si diceva, una battaglia sovranista e identitaria (alcuni di essi hanno annunciato di voler uscire anche dalla Convenzione di Istanbul) contro la sfera dei diritti umani che toccano il genere e i diritti riproduttivi delle donne.

3. Il contro-limite della dignità della donna e punti critici della decisione

La ricostruzione, nei termini che precedono, dell'ordine pubblico euro-unitario e della sua linea di tendenza sull'evoluzione dei diritti riproduttivi autorizza a ricollocare la *ratio decidendi* seguita dalla Corte, dal contesto dell'ordine pubblico internazionale a quello dei contro-limiti posti a tutela della sovranità nazionale sui temi riproduttivi e sui temi di genere.

E qui arriviamo alla seconda problematica interpretativa sollevata dalla decisione, che inerisce a una lettura pericolosamente (a parere di chi scrive) regressiva del riferimento costituzionale nel quale viene

individuato il contro-limite al *mainstream* euro-unitario, i.e. il concetto di dignità della donna.

La Corte non li menziona espressamente ma è chiaro che i parametri costituzionali ai quali si riferisce nella motivazione sono gli articoli 31 e 37. L'articolo 31 assegna alla Repubblica il compito di agevolare la formazione della famiglia e di proteggere la maternità. L'articolo 37, nel regolare i rapporti economici, riconosce l'essenziale funzione familiare della donna e si impegna ad assicurare alla madre e al bambino una speciale e adeguata protezione.

Il problema è quale lettura si dà di queste disposizioni, esistendo al riguardo almeno due alternative teoriche con conseguenze molto diverse tra loro.

La prima lettura è quella tradizionale, apparentemente in linea con il loro tenore testuale e sostenuta dai giuristi conservatori come argomento "originalista", secondo la quale la protezione riservata dalla Carta alla donna è inscindibilmente connessa alla sua funzione di madre e mai disgiuntamente dal bambino. La differenza sessuale della donna, consistente nella capacità riproduttiva del suo corpo, rende quindi la donna funzionalmente madre ed è solo se e quando esercita tale funzione (non quindi in quanto "madre in potenza" ma solo in quanto "madre in atto") che la donna, insieme al suo bambino, diviene soggetto meritevole di una speciale protezione. Più che di dignità della donna, questa lettura sottende una "dignità di funzione" (la funzione materna) della donna.

Una seconda opzione, certamente più avanguardista e in linea con l'emergente *gender mainstreaming* europeo, propone invece una lettura indiretta del dettato costituzionale, ricavandone il senso anche dal suo non detto (una sorta di lettura costituzionale "*writing between the lines*" contrapposta al "*written record*").

Secondo questa impostazione il riferimento alla donna in quanto madre avrebbe prima di tutto il significato di nominare espressamente la differenza sessuale, appunto richiamando la capacità riproduttiva del corpo femminile. E il concetto di protezione – soprattutto la "speciale protezione" di cui parla l'articolo 37 – sarebbe da intendersi come un implicito riconoscimento dello sbilanciamento dei rapporti economici e di forza che, nella famiglia italiana così come nella società e nell'economia, pongono tuttora la donna in una situazione di subalternità rispetto all'uomo, dal che l'esigenza di una protezione speciale (che andrebbe quindi intesa come un riferimento alle "azioni

positive”) per correggere tale squilibrio con una tendenziale affermazione della parità di genere in tutti settori, privati e pubblici.

In questa chiave di lettura il disposto costituzionale assumerebbe un significato molto diverso per il quale la donna, in ragione della propria differenza sessuale che deriva dalla sua capacità riproduttiva, deve essere protetta da ogni tipo di discriminazione, di violenza e di abuso, in sede privata come in sede pubblica, e deve essere sostenuta nella sua ricollocazione familiare, sociale ed economica su un piano di totale parità con gli uomini, *via* una graduale espunzione dall’ordinamento di tutte le normative e le prassi, anche quelle amministrative e giudiziarie, che minano tale aspirazione alla parità.

Un’interpretazione del principio di dignità della donna in chiave “anti-subordinazione di genere” (si vedano al riguardo l’impostazione gius-filosofica di Letizia Gianformaggio e, più recentemente, i lavori della costituzionalista Barbara Pezzini) alla quale può quindi essere correlata anche l’affermazione della totale autonomia riproduttiva della donna nel decidere *se, quando e come* dare corso, con il proprio corpo, al processo riproduttivo.

I corollari che derivano da questa seconda lettura sono tutti nel segno dell’autodeterminazione riproduttiva delle donne: dall’educazione sessuale delle ragazze e dei ragazzi con il contrasto agli stereotipi di genere, al libero accesso ai contraccettivi, sino al diritto a una interruzione della gravidanza libera e sicura e all’accesso alla pillola abortiva RU-486.

Quale delle due letture scelga la Corte nell’ergere intorno alla “dignità della donna” una barriera di ordine pubblico (interno, come abbiamo visto, e non internazionale) contro il riconoscimento dello status di filiazione da maternità surrogata, non potrebbe emergere più chiaramente che dal passaggio motivazionale che riporto qui di seguito: *“L’operazione che tende a cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto, riducendo la prima a mero servizio gestazionale e il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente, costituisce una ferita alla dignità della donna”* (§ 16).

È chiarissima, in questo passaggio, non solo la scelta della Corte per la “dignità di funzione” della donna in luogo della dignità della donna in

sé e per sé, e quindi l'inequivocabile avallo della prima, e non della seconda, lettura dei riferimenti costituzionali.

Ma soprattutto è chiarissimo che la Corte riconosce la dignità della donna in modo contestuale e inseparabile dal principio della "indisponibilità riproduttiva della donna" in luogo di quello della sua "autodeterminazione riproduttiva".

La donna non ha la facoltà di decidere autonomamente del processo riproduttivo. La donna, una volta divenuta gestante, non può *"cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto"*.

Questo è un divieto imposto alla donna prima che ad altri. La finzione narrativa grazie alla quale questo passaggio tende a sfuggire all'opinione pubblica (una finzione resa possibile dalla violenza della campagna politico-mediatica contro le persone l.g.b.t.q.i.a. + che, anche dall'Italia, hanno concluso la pratica della surrogazione in altri Paesi, una campagna aggressiva e a tratti apertamente omo-lesbo-bi-transfobica) consiste nell'imputare la "colpa" di questa ferita inferta alla dignità della donna, non alla gestante ma alla coppia di uomini che, nel caso di specie, hanno voluto "essere genitori ad ogni costo".

Una finzione narrativa che tradisce un atteggiamento ancora una volta paternalista e patriarcale nei confronti (non solo delle donne in genere ma anche e soprattutto) delle due donne che hanno scelto liberamente di partecipare al progetto gestazionale per altri, la prima donando il gamete (pratica usualmente ammessa per gli uomini senza nessuno scandalo) e la seconda portando avanti la gestazione.

Queste due donne "spariscono" dalla motivazione della decisione. Non ci sono. Vengono degradate a uno stato di minorità assoluta, incapaci di scegliere (se hanno scelto, hanno fatto la scelta sbagliata), incapaci di capire (hanno pensato di scegliere liberamente ma non hanno capito di essere state strumentalizzate dalla lobby l.g.b.t.) e, per questo, incapaci di decidere se e come utilizzare il proprio corpo riproduttivo.

Il rischio di avallare un tale percorso decisionale (prima ancora che motivazionale) è quello di creare tutte le premesse per la riaffermazione da parte delle sovranità nazionali di un serrato controllo dello Stato sulla facoltà riproduttiva delle donne. Una virata "sovranista" sul corpo delle donne che appartiene notoriamente

all'attuale volontà politica e che gode già di un precedente importantissimo, la sentenza americana *Dobbs v. Jackson* del giugno 2022, che ha escluso il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza dall'alveo dei diritti costituzionalmente garantiti sulla scorta di argomentazioni analoghe e in larga parte sovrapponibili a quelle di questa sentenza.

Affermare infatti, su base assiologica, l'illegalità dell'operazione *"che tende a cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto"* significa – e non potrebbe essere più chiaro leggendo questa frase – affermare l'illegalità ontologica dell'interruzione volontaria della gravidanza prima ancora che della maternità surrogata; perché se in questa viene "cancellato" il rapporto tra la donna e il bambino, nell'aborto viene invece "cancellato" uno dei due membri di questo rapporto, il concepito.

Se alla donna, una volta divenuta gestante, viene sottratta l'autodeterminazione riproduttiva e viene imposto dalla sovranità nazionale il divieto di "cancellare" il rapporto tra i due membri di una relazione pur preservando l'esistenza di entrambi (e anzi con l'intenzione di assicurare al bambino una famiglia che lo desidera, che lo amerà e lo proteggerà, così incarnando prospettivamente il superiore interesse del minore sin dal suo concepimento), come potrebbe esserle riconosciuto il diritto di "cancellare" questo rapporto eliminando definitivamente l'esistenza di uno dei due membri della relazione?

Per questo alla società civile dovrebbe essere chiaro che questa sentenza potrebbe rappresentare un allineamento politico-giuridico piuttosto chiaro al movimento globale che ha raggiunto, prima dell'Europa, gli Stati Uniti e che vuole cancellare il margine, peraltro ancora molto parziale e incerto, di autonomia riproduttiva della donna che molti Paesi occidentali sono giunti a riconoscere negli ultimi cinquant'anni dopo lacerazioni politiche e civili esasperate.

La ragione per cui questo passaggio storico-politico non pare essere emerso in tutta la sua insidiosità nel dibattito pubblico consiste nella compattezza e nella trasversalità dell'opinione pubblica contro la gestazione per altri, anche in quei settori di società e di impegno civile che hanno invece sostenuto (e dicono di continuare a sostenere) il

diritto all'interruzione volontaria della gravidanza e l'autonomia riproduttiva delle donne con la sola eccezione, però, della maternità surrogata.

Le argomentazioni normalmente addotte da questo centro di opinione contro la pratica della surrogazione sono molto diverse da quelle scelte dalla sentenza. O meglio, c'è una parte di opinione pubblica, e anche filosofica, molto vicina (concettualmente più che politicamente) a quella della Chiesa nel declinare la differenza sessuale delle donne quasi esclusivamente come "maternità in atto" e quindi nel conferire un valore biologicamente (prima ancora che religiosamente) sacrale ed essenzializzante alla maternità, con la conseguenza di sottrarne la libera disponibilità alla donna in concreto (la gestante surrogata della gestazione per altri, così come la gestante che voglia interrompere la gravidanza).

A questo *coté* intellettuale fa da *pendant* una politica italiana conservatrice che, su base regionale prima ancora che nazionale, da anni rende in concreto difficilmente accessibile alle donne l'interruzione alla gravidanza mediante sottintesi incentivi ai medici obiettori e la mancata messa a disposizione della RU-486.

Ed è a questo contesto di opinione che la sentenza della Corte potrebbe essere accostata, quando intesse un nodo gordiano inscindibile tra dignità della donna e indisponibilità del proprio corpo riproduttivo, se non alle regole stabilite dall'ordine pubblico (interno) e dalla sovranità nazionale, che sono quelle di una maternità esclusivamente funzionale alla creazione della famiglia nucleare basata sulla coppia eterosessuale.

C'è poi un'altra parte di opinione, laica, che pur continuando a sostenere il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza accetta (e anzi invoca) una limitazione all'autonomia riproduttiva delle donne con riferimento alla gestazione per altri.

Il principale argomento addotto da questa opinione è quello dello sfruttamento (il c.d. argomento della *exploitation*) che deriverebbe dalla "economicizzazione" (intesa come suscettibilità di valutazione economica) del processo gestazionale. Una commercializzazione del corpo femminile che, secondo questa impostazione, sarebbe ineliminabile nella pratica della surrogazione indipendentemente dalla regolamentazione in concreto vigente nel Paese in cui vi si è dato corso.

Anche questa impostazione presenta però stridenti criticità filosofiche e rischia per questo di diventare una pedina importante sulla scacchiera globale in cui le sovranità nazionali stanno giocando la loro partita per riportare, scacco dopo scacco, l'autonomia riproduttiva delle donne sotto il pugno di controllo dei sovranismi.

A rendere strutturalmente debole e poco solida questa prospettiva è prima di tutto la sua impostazione deliberatamente generalista, per la quale vi è un aprioristico rifiuto di analizzare dettagliatamente la regolamentazione legislativa e contrattuale del caso concreto, con la pretesa di formulare una valutazione di contrarietà all'ordine pubblico, interno o internazionale, dell'accordo contrattuale di GPA senza una previa analisi, attenta e rigorosa, delle sue clausole e della normativa di riferimento.

D'altra parte, scendere nel dettaglio di tale analisi restituirebbe contesti normativi e fattuali diversissimi tra loro e certamente non suscettibili di essere appiattiti in un'unica valutazione sommaria che li comprenda tutti.

Una cosa sono quei Paesi in cui l'accesso alla maternità surrogata è consentito senza filtri e sulla base di accordi privati sostanzialmente de-regolamentati. Paesi nei quali, soprattutto se si aggiunge un elevato tasso di disoccupazione e di povertà media delle famiglie, diventa estremamente concreto il rischio che le donne siano indotte a prestarsi ad accordi di GPA dallo stato di indigenza o di bisogno in cui versano loro e le loro famiglie (si veda il caso dell'India, in cui proprio a seguito dell'emergere di un contesto di questo tipo la legislazione in materia di GPA è stata modificata in senso restrittivo nel 2015).

Di fronte a questo genere di situazioni – che non potrebbero d'altra parte essere rilevate se non a partire dall'esame dei contratti, della legislazione locale e dai dati demografici disponibili – sarebbe del tutto legittima, per chiunque, l'invocazione di un contro-limite di ordine pubblico interno e anche di ordine pubblico internazionale.

Molto diverse, però, sono le situazioni dei Paesi (alcuni dei quali, si è detto, anche all'interno dell'Unione) che prevedono la maternità surrogata regolamentandola come maternità altruistica, e quindi a titolo gratuito o con la possibilità di un rimborso non lucrativo alla madre surrogata.

E ancora diversi sono i casi (ad esempio alcuni paesi degli Stati Uniti, come la California e la Florida) in cui è ammessa anche la GPA a titolo retributivo ma con una serie di limitazioni e di filtri volti a

evitare che la pratica possa essere utilizzata profittando dello stato di indigenza o di bisogno.

In queste legislazioni (ad esempio quella californiana) l'aspirante madre surrogata deve avere già almeno un figlio, perché abbia già fatto esperienza di una maternità non altruistica e possa pesare il termine di raffronto con una maternità altruistica e quindi deputata alla separazione dal bambino. Dal punto di vista economico, le aspiranti madri surrogate e le loro famiglie devono già avere una soglia reddituale medio-alta, proprio ad evitare che siano indotte a aderire alla pratica da situazioni di bisogno economico; e la retribuzione viene comunque commisurata in modo tale da restituire una cifra indennitaria piuttosto che lucrativa e da non costituire, quindi, un'entrata patrimoniale straordinaria rispetto alla situazione economica di partenza, per evitare che la pratica sia utilizzata non solo approfittando dello stato di povertà altrui, ma anche incentivando il perseguimento di finalità strettamente lucrative.

Le aspiranti madri surrogate devono inoltre essere abilitate in seguito a una serie di colloqui psicoattitudinali nei quali vengono vagliate attentamente le motivazioni per le quali si sono indirizzate a questa scelta. Questa selezione serve per escludere dalla pratica le donne che rivelino tratti di vulnerabilità o di fragilità psicologica dovuta a caratteristiche caratteriali o a esperienze passate, e la cui salute psico-emotiva potrebbe essere a rischio; e a sostenere invece le donne che mostrino un'adesione in termini positivi al progetto, evidenziando un deliberato interesse per la maternità altruistica (aiutare gli altri a diventare genitori) e/o, nel caso di GPA richiesta da coppie omosessuali, condividendo l'impegno politico per la persone l.g.b.t.q.i.a.+ che in molti Paesi, tra cui l'Italia, non possono diventare genitori in alcun modo, essendo vietato nei loro confronti anche il ricorso all'adozione.

La congiunta applicazione di tutte queste limitazioni e filtri di ordine sociale, psicologico ed economico in seguito a rigorosi controlli qualificati, e la stipulazione di contratti assicurativi specifici (il che di norma determina anche il costo elevato dell'operazione nel suo complesso) porta a valorizzare la scelta non solo libera (in quanto non dettata da stati di bisogno) ma anche e soprattutto consapevole di tutte le persone che partecipano al progetto, a cominciare dalla donatrice del gamete e dalla madre gestante surrogata.

Nella valutazione di compatibilità o meno di un contratto di GPA con l'ordine pubblico, non dovrebbe quindi essere ammesso il prescindere del tutto da questi aspetti e l'obliterare ogni connotazione (legislativa, contrattuale, sociale ed economica) del caso concreto per affermare sbrigativamente che la GPA lede la dignità della donna e quindi l'ordine pubblico “*quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti*”.

Una sommarietà di valutazione che rende inconsistenti le basi di qualunque ragionamento politico e che dovrebbe essere addirittura inammissibile nel ragionamento giuridico, integrando un sostanziale rifiuto del Giudice di esaminare aspetti fondamentali del *thema decidendum*.

Il risultato di questa valutazione sommaria, dettata da pregiudizi e precomprensioni piuttosto che da un analitico ragionamento di sussunzione sul caso concreto, porta ancora una volta il rischio dell'eterogenesi dei fini.

Si obietta che tale sommarietà di valutazione è giustificata dal fatto che anche le forme più garantite di GPA non sfuggono alla commercializzazione del corpo delle donne, poiché anche nella modalità altruistica è previsto un rimborso per la madre surrogata e a maggior ragione nella modalità retributiva è prevista la riscossione di una somma di denaro, per quanto tarata su una finalità indennitaria piuttosto che lucrativa.

Nel mirino vi è quindi il fatto che una donna possa autodeterminarsi dal punto di vista riproduttivo anche sulla base di valutazioni economiche.

Anche in questo caso l'argomento rivela pericolose assonanze e affinità concettuali con il movimento antiabortista globale.

Le rilevazioni statistiche diffuse negli Stati Uniti in concomitanza con l'uscita della sentenza Dobbs¹ attestano, come linea di tendenza dal 2014 al 2019, che il 55% delle donne che sono ricorse all'interruzione di gravidanza era single, il 64% era in età universitaria e senza un'occupazione stabile e il 49% viveva sotto il livello di povertà. I dati del 2019 hanno rilevato che il 57% delle donne che ha interrotto la gravidanza aveva un'età tra i venti e trent'anni e il 60% aveva già almeno un figlio.

¹ Fonti: Guttmacher Institute, Characteristics of U.S. Abortion Patients in 2014 and Changes Since 2008; Centers for Disease Control and Prevention 2019, Abortion Surveillance Report.

Queste rilevazioni statistiche attestano chiaramente che nella scelta di interrompere la gravidanza l'aspetto economico ha, nella maggior parte dei casi, un peso significativo: se ad esempio non si è ancora terminato il percorso di studi o non si dispone di una occupazione stabile o di un'altra fonte di reddito, o si ha già un figlio e il reddito familiare non è sufficiente a mantenerne un secondo o un terzo.

Il punto è se viene riconosciuto nel concetto di autodeterminazione riproduttiva delle donne il diritto di includere, nel proprio processo di autonomia decisionale, anche valutazioni di ordine economico.

Perché anche in questo caso l'analogia è dietro l'angolo. Se non può essere ammesso che una donna, come una aspirante madre surrogata californiana, possa decidere se e come utilizzare il proprio corpo riproduttivo sulla base, anche, di valutazioni economiche, perché questo dovrebbe essere consentito a una donna che voglia abortire?

Ed ecco che si rientra nel pieno dell'argomentazione antiabortista in voga in Italia in questo momento in cui, da un lato, si ingaggia una feroce battaglia culturale contro la GPA (è infatti pendente un progetto di legge per la criminalizzazione della condotta di GPA realizzata dagli italiani anche all'estero, che verosimilmente trarrà una forte spinta propulsiva dalla sentenza in commento) e dall'altro lato si vorrebbe modificare la legge 194 rendendo attuale, così si dice, anche il diritto a "non abortire" e quindi destinando fondi pubblici al sistema organizzato dei centri pro vita, per le loro campagne antiabortiste e perché possano a loro volta elargire alle donne che vorrebbero abortire incentivi economici per non farlo.

E ciò senza contare che, dal punto di vista strettamente filosofico, l'atteggiamento di chi, uomo o donna, pretenda di difendere la dignità delle donne contro l'autodeterminazione liberamente espressa da altre donne, e imponendo a queste altre donne divieti e restrizioni sull'uso dei propri corpi, contribuisce a rafforzare lo schema sociale patriarcale, nel quale le donne che si discostano dagli stereotipi di genere della maternità egoistica e funzionalmente deputata alla famiglia nucleare e alla etero-normatività, vengono degradate a vittime inconsapevoli, eterne minorenni sul quale lo Stato può, e anzi deve, imporre la propria vigilanza e il proprio controllo.