



Costituzionalismo.it

Fascicolo 3 | 2015

LE TRASFORMAZIONI DELLA FORMA DI STATO. RAPPRESENTANZA, GOVERNABILITÀ,
PARTECIPAZIONE

Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione

di SILVIA NICCOLAI

**MATERNITÀ OMOSESSUALE E DIRITTO DELLE PERSONE
OMOSESSUALI ALLA PROCREAZIONE
SONO LA STESSA COSA? UNA PROPOSTA DI RIFLESSIONE**

di *Silvia Niccolai*

*Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Cagliari*

ABSTRACT

ITA

Criticando l'espressione neutra 'genitorialità omosessuale', questo articolo propone di accostarsi in termini di differenza sessuale al tema della maternità lesbica e della paternità gay. La tesi sostenuta è che la rivendicazione universalistica dei diritti delle persone omosessuali alla procreazione e alla genitorialità nasconde il conflitto tra uomini e donne intorno al materno, e sacrifica gli interessi delle lesbiche (e in generale delle donne), mostrati come coincidenti con quelli dei gay, quando invece non lo sono. L'articolo si conclude avanzando alcuni suggerimenti in tema di riconoscimento dello status di co-madre e circa il regime delle adozioni, e proponendo una rilettura del divieto di surrogazione di maternità come principio generale in materia di filiazione, che protegge la qualità della relazione materna e il bene della genealogia femminile, mentre rafforza la libertà nelle scelte procreative.

EN

By criticizing neutral expressions like 'homosexuals' rights to procreate', this article proposes an approach in terms of sexual difference to lesbian motherhood and gay fatherhood. The main argument is that the universalist claim of homosexuals' rights to procreation hides the conflict between men and women on

maternal privilege, and sacrifices the interests of lesbians (and women in general), which are represented as coincident with those of gay men, while they aren't. The article concludes by advancing some proposals regarding the recognition of the status of co-mother and about the legal regime of adoption. It also proposes to read the ban on surrogacy as a general principle that protects the quality of the maternal relationship and the good of feminine genealogy and that strengthens freedom in reproductive choices.

MATERNITÀ OMOSESSUALE E DIRITTO DELLE PERSONE OMOSESSUALI ALLA PROCREAZIONE SONO LA STESSA COSA? UNA PROPOSTA DI RIFLESSIONE

di *Silvia Niccolai*

SOMMARIO: 1. *La maternità omosessuale nella cornice di un ‘senso libero dell’essere madre’*; 2. *Dalla maternità lesbica al diritto delle persone omosessuali alla procreazione: la retorica antidiscriminatoria al servizio del patriarcato*; 3. *Restituire la genitorialità omosessuale al conflitto tra i sessi*: 3.1 *Rivalsa maschile: la maternità è surrogabile*; 3.2 *Anche la Madre è creata dalla Legge: se la madre lesbica fa la comparsa in un grande racconto di misoginia*; 3.3 *Di nuovo figli (al posto della figlia)*; 4. *Ricominciare dall’a b c: non ogni differenza è uno svantaggio*; 5. *Brevi suggerimenti al legislatore.*

1. La maternità omosessuale nella cornice di un ‘senso libero dell’essere madre’

In queste pagine propongo un approccio alla discussione intorno alla ‘omogenitorialità’ che tenga presenti le posizioni del femminismo italiano (non di rado lesbico, sia pure non dichiarato) detto ‘della differenza sessuale’. L’idea di ‘diritto’, e la visione del rapporto tra persona, o soggettività, e, come preferirei chiamarla, esperienza giuridica, che quelle posizioni coltivano¹, offrono significative occasioni di riflessione in questa materia; il punto di osservazione della differenza sessuale, mi pare, aiuta soprattutto in due importanti direzioni. Una è quella di distinguere, all’interno del dispositivo neutro ‘genitorialità omosessuale’ la posizione delle lesbiche da quella dei gay; l’altra è quella di disfare la seduzione della retorica ‘buonista’ degli ‘eguali di-

¹ Ho in altra occasione cercato di individuarle (cfr. S. Niccolai, *Controversia, disciplina dell’esperienza*, in A. Buttarelli, F. Giardini, *Il pensiero dell’esperienza*, Baldini&Castoldi Dalai, Milano, 2008, p. 265 ss.) come fondate su una contestazione delle premesse di certo legicentrismo statualista e sul recupero di una visione del diritto vicina alle dottrine italiane dell’esperienza giuridica. L’ormai classica (ma, come vedremo, non datata) esposizione delle visuali del pensiero della differenza risale al volume collettivo della Libreria delle Donne di Milano, *Non credere di avere dei diritti*, Rosenberg&Sellier, Milano, 1987.

ritti per tutti siccome siamo tutti uguali’, da cui quel dispositivo si alimenta, che può celare il timore di mettere in campo e di guardare momenti di conflitto. Tutte e due le cose, distinguere e non aver timore delle cose controverse, sono dopotutto il cuore del contributo che i giuristi possono dare alla convivenza, salvaguardandone il carattere aperto.

Occorre forse che io ricordi, sia pure rapidamente, che il fondamentale, e più caratteristico, contributo del pensiero della differenza sessuale è la *valorizzazione del materno*, che significa valorizzazione della genealogia femminile e, anche, della relazione madre-figlia (intesa come tipo, sebbene non astratto e riproducibile, di relazione, non necessariamente come la relazione tra ciascuna figlia e sua madre). Il femminismo che richiamo, dunque, è imperniato sull’asimmetria, o eccellenza, del femminile e vede la madre, meglio: la relazione materna, non come una creazione dell’ordinamento o della società, ma come creatrice di ordine e di mondo sociale. Si tratta di un femminismo che, pertanto, si è sempre opposto alle politiche della parità (considerate “il vero tetto di cristallo” messo alle aspirazioni delle donne²), e ai meccanismi istituzionali, normativi, simbolici tipici dell’approccio paritario, emancipatorio e antidiscriminatorio, con il loro corredo di visioni progressive della storia (“cattivo storicismo” altri lo ha chiamato) e costruttivismo sociale. Il pensiero della differenza sessuale mette invece in primo piano che il materno, e il legame madre-figlia, *non è costruito sociale*, che in esso si sperimenta “una autorità che non è potere”, e, pertanto, vi hanno corso sentimenti capaci di costruire mondo, coesione, non sul presupposto del potere da esercitare su altri o da subire o comunque da controllare: di quei sentimenti il legame materno dà esempi e mostra pratiche che ne fanno risorse a disposizione di tutti³.

² “Se c’è un invisibile tetto di cristallo che ha bloccato molte donne secondo me è l’ideale paritario tra i sessi che inevitabilmente trattiene i loro desideri e giustifica la loro paura di spingersi oltre”: L. Muraro in un articolo apparso su *Via Dogana. Rivista di pratica e politica delle donne*, n. 98/2011.

³ “... Quali che siano i nomi o i mezzi o i surrogati, come sua origine propria il bene di vedersi riconosciute/i nella propria esistenza singolare e non in funzione di altro o di altri, questo bene si produce nella relazione materna. In questa relazione, probabilmente, si radicano altri beni di natura finissima, come l’autorità e la fiducia. (...) nella relazione materna non si dà né ingiustizia né giustizia, non può darsi perché quella relazione precede anche il formarsi del bene della giustizia.” (L. Muraro, *Non è da tutti. L’indicibile fortuna di nascere donna*, Carocci, Roma, 2011, p. 96).

L'attenzione a dire che il legame materno non è un fatto sociale⁴, e la contestazione, che percorre tutto il pensiero della differenza sessuale, del costruttivismo filosofico e sociale e del 'falso storicismo' che legge la storia come piano progressivo⁵ hanno la funzione di presidiare una acquisizione, che ha suscitato e suscita molte resistenze, ossia che la differenza sessuale, dunque la differenza femminile, è originaria e costitutiva⁶. Nel loro complesso, le posizioni del pensiero della dif-

⁴ “A un certo punto del maschile darsi da fare, in epoca relativamente recente, quando si formò l'ideale del progresso, la nozione di 'società', senza più rapporto con le pratiche femminili del passato, ha cominciato a dilatarsi diventando onnivora. Nel pensiero politico dei progressisti spuntò la pretesa che tutti i rapporti e tutte le manifestazioni dell'umano fossero rapporti *sociali* e fenomeni *sociali*, e, come tali, oggetto di indagine scientifica e di possibili cambiamenti ad opera del potere politico. Ma la relazione di una figlia con sua madre non è un rapporto sociale: è storia, è civiltà, ma non è un rapporto sociale. Ed ecco quindi che sparisce dalle vedute progressiste (...) non più presa in considerazione. (...) Il mistero delle genealogie femminili è stato così dimenticato. Ma le genealogie hanno continuato a intrecciare il loro filo: il loro mistero non è mai andato veramente perduto, solo dimenticato, perciò possiamo tornare a percepirlo nella sua forma più semplice, modulare potremmo dire: una bambina che va nel mondo dando la mano a sua madre.” (L. Muraro, *Non è da tutti*, cit., p. 79-80, corsivi nell'originale).

⁵ Il nesso tra 'progressismo' e una concezione di impronta maschile che annoda politica e diritto intendendoli come strumenti di una lotta per il potere e per una società 'più giusta' è sottolineata da L. Muraro, *Non è da tutti*, cit., p. 21-23. Costruttivismo sociale e concezioni progressive della storia, insieme alla riduzione del diritto al *social engineering*, sono i tradizionali alleati del pensiero e dell'azione che si autodefiniscono 'progressisti'. Il richiamo del pensiero della differenza sessuale contiene, in questi suoi snodi, un utile monito a non scambiare ogni azione fatta in nome del 'progresso' e della 'giustizia' con un movimento di libertà e/o che abbia valore o interesse per le donne.

⁶ Affermare che “La differenza sessuale è una differenza umana originaria” (*Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 152), mi pare opportuno soffermarsi a chiarirlo, è l'unico modo, su un piano teorico, per non ridurre la condizione di donna alla complementarità, dunque alla superfluità, nei confronti del maschile (o dunque per evitare di equiparare la differenza femminile a qualunque altra differenza all'interno di un genere umano non altrimenti articolato, neutro-universale). Assumere coscienza (quali esseri umani) della nostra differenza ci dà la consapevolezza di poter *differire*, ossia di avere il potere di operare il cambiamento: di qui il senso politico della differenza sessuale. Rivendicarne il carattere originario e costitutivo significa vederla come la condizione che rende possibile una dialettica, transitiva, tra la persona e la realtà data. La differenza sessuale è così al tempo stesso dato di realtà (anzi: essa è necessità, come il pensiero della differenza sostiene) e premessa di trascendenza. Nonostante l'influenza di certo strutturalismo (De Saussure, Lacan) il pensiero italiano della differenza sessuale ha, a mio avviso, da un lato una forte contiguità con il pensiero critico della scuola di Francoforte, specialmente nella declinazione marcusiana, e, dall'altra parte, vi cennerò tra breve (cfr. *infra* nt. 7) riconoscibili radici nel coscientialismo cattolico, e costituisce parte integrante e forse la più viva di una peculiare tradizione italiana, che in filosofia, nell'accademismo globalizzato, va sotto il nome Italian Thought e

ferenza sessuale rimandano alla convinzione che gli esseri umani hanno qualcosa che non è manipolabile, che è loro (la loro nascita sessuale). Questa dimensione di autonomia, dunque di libertà e di forza⁷, è anche la condizione che li tiene prossimi alla necessità della reciproca relazione, ai limiti delle possibilità umane e alla parzialità che caratterizza ogni esperienza⁸. Se si pensa che la storia è interamente macchi-

nel diritto si è chiamato *Mos Italicus*. Il pensiero della differenza sessuale è d'altro canto accusato di essenzialismo, o di insufficiente aggiornamento culturale rispetto alle teorie del genere e *queer*, proprio perché si richiama alla differenza sessuale, affermando che essa esiste. Le teorie decostruttive e performative del genere lo giudicano apertamente un fondamentalismo a base eterosessista (il giudizio risale come è noto al pur problematico pensiero di J. Butler). Tuttavia sarebbe interessante chiedersi se proprio le teorie costruttiviste, e decostruttive, del genere, che contestano la consistenza e 'verità' della persona umana come tale, non siano state e non siano una manifestazione, estrema della resistenza ad accettare il carattere originario della differenza femminile; una manifestazione estrema anche nel senso che, pur di non ammettere che le donne sono qualcosa d'altro e lo sono di per sé, cioè che i sessi sono due, il pensiero 'ufficiale' ha preferito andare nel senso che lo stesso essere umano non è niente e non 'ha' un sesso (se non come costruzione sociale) e che tutte le differenze sono equipollenti. È per questa via che il pensiero *queer* può ripresentarsi come erede della tradizione illuministica, fautrice dell'universalismo. Invece, la critica del pensiero della differenza all'universalismo, nonostante abbia suoi intensi rimandi alla concezione classica dell'eguaglianza (il *suum cuique tribuere*) rappresenta un persistente ostacolo alla comprensione di quel pensiero da parte di ogni mentalità che si sia imbevuta alla tradizione illuminista. Soggiungo infine che, rispetto alla differenza sessuale originaria, anche la differenza di orientamento sessuale è una che viene seconda. Solo valorizzare la prima permette alle donne di individuare un terreno di rapporto non basato sulla 'comune oppressione' ma 'innamorandosi delle donne e riconoscendo se stesse con gioia nelle altre donne' (cito, con modifiche, da *Non credere di avere dei diritti*, p. 43). Basata sulla differenza sessuale, "la politica femminile... non è mai stata la raccolta delle buone coscienze o delle rappresentazioni giuste di sé. È stata dagli inizi e rimane una guerra contro ciò che divide la donna dalla sua simile privandola della sua fondamentale risorsa di libertà che è l'appartenenza al genere femminile. Non era, come si è detto, una guerra contro gli uomini, ma era e rimane una guerra contro l'intromissione maschile nei rapporti fra donne e delle donne con il mondo. L'intromissione maschile, come sappiamo, non impedisce fra donne l'accumunamento generico sul perdente. Impedisce il rapporto valorizzante, la stima, l'autorità." (*Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 186).

⁷ Questa convinzione di fondo segna anche un punto di contatto tra il femminismo italiano della differenza e il coscienzialismo cattolico, di grande importanza anche nella nostra cultura giuridica, attento a denunciare la 'de-individualizzazione' dell'esperienza contemporanea (il pensiero va naturalmente a Giuseppe Capograssi). Per un approfondimento di questo punto v. se vuoi S. Niccolai, *Aborto: l'ambigua liberazione dalla 'natura'*, in corso di pubblicazione in *Medicina nei secoli*, numero monografico a cura di C. Lalli, 2016.

⁸ "Non si tratta di opporre il valore di essere donna al valore di essere uomo. Essere donna piuttosto che essere uomo, o viceversa, in sé non ha valore. La differenza sessuale è una parzialità, un segno di finitezza, il segno più forte che il pensiero porta del suo essere corpo." (*Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 186). Il pensiero della differenza sessuale

nata da rapporti di potere, del resto, è impossibile dar credito al desiderio di esistenza libera di *chiunque*⁹. Le donne, in particolare, il cui sesso è stato sin troppo, e quasi per definizione, manipolato dai costrutti sociali, proprio riconoscendosi come donne a partire da un movimento proprio, che le riferisce ad altre donne, possono interrompere, per sé e per tutti, la presa, il sortilegio della manipolazione, che costituisce l'in sé del potere (patriarcale, comunque eteronormativo)¹⁰, con un movimento che d'altronde, per istituirsi, richiede una dialettica, un 'conflitto relazionale' (con sé, con la propria nascita sessuata, con l'altra e con l'altro)¹¹. Per questo si può dire che quando ci si interroga

insegna a diffidare di definizioni e battaglie neutre, perché esse sempre assolutizzano quella che in realtà è solo (e altro non può essere che) una parte dell'esperienza umana, illudono le persone di potersi sganciare dai limiti della condizione umana, che sono in primo luogo limiti di conoscenza.

⁹ Per dare credito a un desiderio di 'esistenza libera', per esprimere 'fiducia nella altre che [hanno] lo stesso desiderio, occorre pensare "che la storia non è macchinata sino in fondo dai rapporti di forza." (L. Muraro, *Non è da tutti*, cit., p. 97.) L'autorità femminile, concetto chiave del pensiero della differenza sessuale, va intesa dunque come un paradigma dalle molteplici implicazioni che scaturiscono nel loro complesso dalla esortazione a tener presente che ciascuna donna riceve autorizzazione alla propria libertà dalla forza che le proviene da una visione valorizzante di sé, coltivabile a condizione di saper dare valore a altre donne, e quindi a se stessa. In questo contesto ideativo affonda le sue radici, come è noto, la figura della madre simbolica, e perde molta importanza (se non diviene controproducente) la legge esteriore (dettata da una autorità eteronoma che come tale dà misura al desiderio femminile trattenendolo e conformandolo al già dato).

¹⁰ E che consiste nel "cominciare subito a farsi giustizia (...) nel senso di vedere la realtà con criteri indipendenti dai valori dominanti" (L. Muraro, *Non è da tutti*, cit., p. 66). "Sentire dentro di me, a partire da me, che le donne esistono di per sé stesse, non come seconde, o pari, o complementari agli uomini" (*ib.*, p. 68). Con questo cambio di atteggiamento "si smette di stare sotto le misure sociali e di restare fissati al potere, per diventare tu quello che riconosce o non riconosce valore, cioè autorità, secondo la tua misura." (*Ib.*, p. 95.) "Io penso che la libertà femminile consista concretamente nel poter fare di una condizione umana imposta, come quella femminile, un'occasione di esistenza più grande": L. Cigarini, *La politica del desiderio*, cur. I. Dominijanni, Pratiche editrice, Roma, 1995, p. 121.

¹¹ "[Le differenze antropologiche] passano tra esseri già costituiti nella loro identità umana. Tali sono le differenze di passato culturale, di origine geografica, di status sociale, di età. Queste differenze ci mettono in una precisa tensione dialettica con l'altro da sé, che chiamano e respingono, ed è sul filo di questa tensione che passa, come un equilibrista, l'apporto valorizzante del principio di identità. Non è così per la differenza sessuale, che di reale ha ben poco, così poco che forma l'oggetto per eccellenza del fingere. "Trucco" chiamiamo noi donne i cosmetici, con parola che segnala l'ironica consapevolezza di quello che facciamo quando diamo risalto all'aspetto femminile. La differenza sessuale passa tra 'due' che non hanno identità senza questa differenza. Che, a sua volta, dall'identità umana prende realtà: realtà storica, culturale. La differenza sessuale fa differire da sé un identico

intorno al valore assegnato al materno in un dato tempo o in una data società ci si interroga su qualcosa che coinvolge la libertà di tutte e di tutti.

In un libro ancora recente, Luisa Muraro ha individuato, come grande immagine di libertà femminile e conquista duratura dei movimenti femministi della seconda metà del secolo scorso, quella della *madre sola, la donna che ha figli fuori del matrimonio*, matrice di enorme cambiamento sociale e simbolico: “la maternità fuori dal matrimonio, [che] per secoli, sino al tempo della mia giovinezza, faceva della futura madre una reietta sociale: ora non più, in molti paesi è finita con questo abominio patriarcale e negli altri finirà.”¹² Crescono anche le madri che non dichiarano la paternità della loro creatura neonata: un fenomeno che parla di un “desiderio di maternità indipendente”, dove si mostra “una potenza che ha sempre accompagnato l’umanità, la potenza materna, la cui natura è quel voler bene in forza del quale qualcosa può essere: detto filosoficamente, è il possibile vero e proprio la cui essenza sta nel voler bene.”¹³

Per chi guarda le cose con gli occhi della differenza sessuale, che danno valore alle espressioni di libertà e autorevolezza femminile, simili manifestazioni di senso ‘indipendente’ della maternità, che spesso emergono dagli apparentemente umili fatti di cronaca, mostrano l’insorgere (o il tornare, o il persistere) del senso delle donne circa una propria libertà e un proprio potere che non ha bisogno di autorizzazio-

essere umano e lo fa essere se stesso: donna, uomo. Per l’essere umano identificarsi e differire sono la stessa cosa, se una ‘cosa’ simile potesse darsi. Non si dà infatti come tale, ma come invito, ora consolante, ora disperante, a riprendere la ricerca del senso di sé. Essa si vive come necessità di mediazione, esistenziale e culturale, non fra due entità, non fra un sé e un altro sé, mediazione bensì creatrice di identità personale, fra un sé e un non ancora, o un non più, o un forse mai sé. La filosofia ci insegna che ogni differenza tra due esige, per la sua stessa pensabilità, che si pensi un terzo, rispetto al quale i due si commisurano tra loro. Ma non c’è il terzo della differenza di essere donna/uomo. O meglio, esso altro non è che il riprodursi della differenza stessa, come cimento dell’identità umana personale la quale vi conquista quello che le è proprio, che è di non aver bisogno di riempirsi di sé per essere”. (L. Muraro, *Oltre l’uguaglianza*, in Diotima (cur.), *Oltre l’uguaglianza. Le radici femminili dell’autorità*, Liguori editore, Napoli, 1995, p. 105 ss., p. 126).

¹² L. Muraro, *Non è da tutti*, cit., p. 96.

¹³ L. Muraro, *Non è da tutti*, cit., p. 111-113, corsivi nell’originale.

ne (esterna, proveniente dal potere riconosciuto) ma ne riceve dalle azioni e dal giudizio, spesso dalla parola, di altre donne¹⁴.

2. Dalla maternità lesbica al diritto delle persone omosessuali alla procreazione: la retorica antidiscriminatoria al servizio del patriarcato

La maternità delle donne lesbiche certamente appartiene alle manifestazioni di un senso indipendente dell'essere madre (dell'essere donna), con cui si mostra e si pratica la capacità femminile di creare esistenza sociale. Tuttavia, mi pare che la maternità lesbica rischi, anche, di risolversi nel segno contrario, per come ci giunge narrata e raffigurata, e cioè all'interno (e come costola?) di una generica, universalistica, rivendicazione delle "persone omosessuali" alla procreazione, una rivendicazione altamente ideologizzata e interamente costruita, dai movimenti che la avanzano, nella logica paritaria e neutra¹⁵ che accompagna il discorso antidiscriminatorio.

Gli esiti di questa, così costruita, rivendicazione, sono due: primo, una forte tendenza a *fare della maternità una cosa analoga alla paternità (fondendole così entrambe nella 'genitorialità', appunto), e, precisamente, a fare della maternità un fatto sociale, analogamente a come è sempre stata la paternità* (secondo millenarie tradizioni la madre è colei che partorisce, fatto 'naturale', il padre è il 'marito della madre' o colui che con gesti e atti congruenti si assume la paternità: fatto sociale¹⁶). Secondo, una altrettanto forte tendenza *a mettere sullo*

¹⁴ Segnalarle è di volta in volta l'operazione che stabilisce, da parte di ciascuna, "il vincolo di riconoscenza e di riconoscimento verso le sue simili, [che] costituisce per ogni donna l'essenziale del suo legame sociale" (*Non credere di avere dei diritti*, p. 172).

¹⁵ La parola 'madre' non compare del resto (schermata dalle neutralizzanti parole 'genitori' e 'genitorialità'), e per esempio, nei titoli dei saggi raccolti in *Omogenitorialità, filiazione, orientamento sessuale e diritto*, cur. A. Schuster, Mimesis, Sesto S. Giovanni (Mi), 2011; *Buoni genitori*, di C. Lalli, Il Saggiatore, Milano, 2009, ha come sottotitolo "mamme e papà gay" ma nei titoli dei paragrafi si parla di "Padri" e "Genitori" soltanto ('gay' del resto è parola che richiama l'omosessualità maschile, nonostante, non casualmente, del resto, tenda a 'universalizzarsi' a sua volta per descrivere anche quella femminile).

¹⁶ Personalmente, credo peraltro che la paternità possa essere molto di più e di diverso del mero 'fatto sociale' su cui oggi tanto si insiste per sostenere configurazioni puramente 'intenzionali' della genitorialità che ne spostano i contenuti sul piano comportamentistico (anche un uomo sa mettere i pannolini, cambiare il ciucciotto). Questo qualcosa di più e di diverso l'ho trovato espresso dalla parola poetica di un grande scrittore: "Alcune volte gli

sfondo sia la madre sia il padre in favore del protagonismo della coppia genitoriale (o della ‘famiglia’). Entrambe le tendenze disegnano una grande egida universalizzante¹⁷ che neutralizza, rendendola irrilevante, la differenza sessuale, e attraverso la quale riemerge corporalmente una aspirazione che non si saprebbe altrimenti chiamare se non come di tipo patriarcale. Al cuore di questa dinamica si colloca, a mio giudizio, un conflitto sul materno, fatto dell’aggressione, da parte degli uomini, e della rinuncia, da parte delle donne (meglio: di alcuni e di alcune che parlano per essi e per esse), nei confronti del materno, per ciò che esso addita e rende possibile pensare, e cioè che l’esperienza (e la libertà) umana *precede* l’ambito normativo e sociale e non ne è interamente creata, istituita, definita e manipolata, ed esiste, invece, come potenzialità di trasformare l’esistente.

Le due tendenze che ho evocato sono certamente enfatizzate dalla *retorica antidiscriminatoria che accompagna la rivendicazione della genitorialità omosessuale*, e che pone su questa materia le sue classiche stimate. Esse, per citare qui quelle sole che sono più direttamen-

capitò dentro il piacere che lo inondava di colpo di avvertire una nostalgia potente di paternità. Riservava alla ragazza un lato dell’amore che non aveva nulla a che fare col sesso occasionale e non era comune fra estranei: una natura parentale.” (Amos Oz, *Non dire notte*, 1994, trad. it. Feltrinelli, 2007, p. 108). Cito queste parole perché vi avverto l’evocazione di qualcosa che va perduto per tutti dalla assai prosaica riduzione della paternità, e della maternità, a un piano di operazioni pratico meccaniche, ciò che mi pare l’inevitabile portato dell’insistenza sulla sua natura ‘sociale’. Quando al significato della riduzione operazionistica della vita umana, su ciò ci ha messi in guardia, sin da molto tempo fa, la riflessione marcusiana intorno a *L’uomo a una dimensione* (1964, trad.it. Einaudi, Torino, 1966).

¹⁷ Il diritto antidiscriminatorio nasce con una costitutiva componente universalistica e neutralizzante (v. anche *infra* la nt. 18 e 20), ma il fatto che per un lungo periodo esso abbia protetto categorie o gruppi quali le donne o le minoranze razziali ha reso percepibile questo tratto solo a quella parte del pensiero femminista, quello cui mi sto ispirando, che si è preoccupato di denunciare la portata riduttiva di una concezione meramente emancipatoria della libertà femminile, che ‘limita’ le conquiste possibili alla libertà femminile al mero raggiungere ciò che esiste e cioè i diritti, le libertà e i modi di vivere già riconosciuti, assegnandole la funzione di confermare la bontà e il valore di questi ultimi (v. Clara Jourdan o Annarosa Buttarelli in numerosi importanti interventi apparsi nel corso del tempo sulla Rivista *Via Dogana*, ma v. anche alcune attente critiche delle politiche americane dei ‘diritti civili’, che ne hanno denunciato la funzione di trasformare le disuguaglianze in una mera questione di status (R. Goluboff, *The Lost Promise of Civil Rights*, 2008). È stato con l’emergere del tema dei diritti delle persone omosessuali che il diritto antidiscriminatorio ha abbracciato esplicitamente una prospettiva universalistica. Per una discussione più approfondita di questo tema mi permetto di rimandare a S. Niccolai, *Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio*, in *Dir. e Soc.*, 2014.

te collegate alle tendenze che ho descritto, sono *neutralizzanti*, insistono da sempre nel senso della *fungibilità tra i sessi* (come lavoratori, come genitori, uomini e donne sono uguali¹⁸) e della *irrilevanza della differenza sessuale* (riducendola semmai a una differenza di ruoli di genere, cioè di ruoli sociali, come tali ritenuti intercambiabili e in questo modo ‘curabili’ delle loro differenze¹⁹), e, spesso lo si è notato, la-

¹⁸ Sono gli arcinoti e ripetitivi paradigmi della giurisprudenza ‘di genere’ della Corte di Giustizia della Ue (a partire da, e solo per citare un esempio, *Commission vs France*, 1988, Caso C-212/88). Va anche ricordato che, sinora, ‘il dato biologico della gravidanza, parto e allattamento’ ha giustificato, come non discriminatorie, le tutele accordate alle donne nel lavoro. *Quid* con l’avvento della surrogazione di maternità? Sulla posizione della Corte di Giustizia (nei casi *C.D. v St e Z e Government Department v The Board of Management of a Community School*, C-167/12 e 36/12), v. E. Caracciolo di Torella, P. Foubert, *Surrogacy, Pregnancy and Maternal Rights. A Missed Opportunity for a more coherent Regime of Parental Rights in the UE*, in *Europ. L.R.*, 2015, p. 52 ss., le quali considerano ‘elusiva’ la posizione della Corte, che non ha ritenuto discriminatorio per motivi di sesso il diniego del datore di lavoro di concedere il congedo per maternità alla madre committente. V. sul punto anche *infra* la nt. 39.

¹⁹ Le espressioni “diritto antidiscriminatorio” e “politiche di genere” sono state a lungo intese, specialmente nel contesto italiano, e almeno sinché il diritto antidiscriminatorio europeo non è andato, appunto, oltre le direttive ‘di genere’, come due espressioni pressoché sinonimiche e che alludevano a interventi volti a realizzare la parità tra donne e uomini. Tuttavia, la contiguità tra diritto antidiscriminatorio e ‘genere’ denota, al contrario, la costitutiva componente universalistica e neutralizzante del primo. Nell’articolo fondativo di J. W. Scott, *Gender: a Useful Category of Historical Analysis*, in *The Am. Hist. Rev.*, 1986, p. 1053 ss., si legge precisamente che nell’ambito dei Women Studies americani dei primi anni 1970, l’introduzione del termine ‘gender’ fu dovuta alla “preoccupazione di reagire a un discorso femminista altrimenti “too narrowly and separately focused on women”, vale a dire che il termine (e il bagaglio teorico che si porta dietro) ebbe la funzione di reintrodurre (logicamente, del resto, in una prospettiva di parità) l’uomo. Sebbene per una lunga fase usato come sostituto o equivalente di ‘donne’, il termine ‘gender’ serve soprattutto “to suggest that information about women is necessarily information about men, that one implies the study of the other”. Il ‘gender’ è concetto costruttivista, e decostruttivo, radicato nello strutturalismo, specialmente psicanalitico (Lacan), ed è “a way to refer to the entirely social origins of the subjective identities of men and women”. Scott pone in questo suo importante scritto (recentemente ripubblicato in italiano da P. Di Cori, *Genere Politica Storia*, Roma, Viella, 2013) anche altre proposizioni classiche della materia: maschile e femminile non sono caratteristiche ‘inherent’ ma costrutti ‘fictional’; l’identità sessuale è socialmente costruita; il genere è “human agency” che si esprime performativamente; il genere è una interfaccia del potere (“il genere è implicato nella costruzione o concezione del potere stesso”). La linea di frattura tra il femminismo americano e quello franco-italiano della differenza sessuale corre appunto intorno al paradigma filosofico-sociologico del ‘genere’; come ho già ricordato (*supra*, nt. 6) al pur problematico approccio di J. Butler il pensiero femminista della differenza sessuale appare un ‘fondamentalismo’ che ha al suo centro l’eterosessismo (rinvio alla *Introduzione* del 1999 all’edizione Routledge, 2007, di *Gender Troubles*).

vorano in sostegno di uno status quo, o di interessi ‘governanti’ (dare alle donne gli stessi diritti degli uomini nel lavoro onde fare di tuttata società una risorsa per l’economia²⁰; calare sugli immigrati la mentalità lavoro-centrica che si presume tipica dell’uomo occidentale²¹), anziché essere mosse dal basso, dallo spontaneo desiderio e dalla capacità di uomini e donne di rimodellare i termini delle loro relazioni “attraverso una negoziazione a tutto campo delle rispettive posizioni, così come dei loro compiti e desideri”²².

Quanto alla prima delle due tendenze che ho appena evocato (*la maternità che diventa paternità*), posso ricordare l’insistenza, da parte di chi rivendica i diritti delle persone omosessuali alla genitorialità, affinché anche per le madri lesbiche, per le coppie lesbiche, e anche per le coppie etero debba essere l’aspetto sociale, intenzionale, il *fare* o il piano comportamentistico a definire la genitorialità onde si *istituisca un nuovo principio neutro, non discriminatorio, per cui ciascuno è genitore dell’essere che accudisce, che cresce, che nutre*²³. Perché?

²⁰ Ho discusso questo punto nel mio *Changing Images of Normal and Worthy Life*, in S. Niccolai, I. Ruggiu (cur.), *Dignity in Change. Exploring the Constitutional Potential of EU Gender and Anti-Discrimination Law*, EPAP, Fiesole, 2010, cui mi permetto di rinviare per riferimenti V. comunque, in argomento, almeno gli studi di Paola Villa, in particolare *La Strategia europea per l’occupazione e le pari opportunità tra uomini e donne*, in M.R. Rossilli (cur.), *I diritti delle donne nell’Unione europea. Cittadine migranti schiave*, Ediesse, Roma, 2009, p. 163 ss.

²¹ È la posizione di A. Somek, *Engineering Equality*, OUP, 2012.

²² I. Praetorius, *Il reddito di base incondizionato nell’economia post-patriarcale*, in S. Burchi e T. De Martino (cur.), *Come un paesaggio. Pensieri e pratiche tra lavoro e non lavoro*, Iacobelli, Roma, 2013, p. 33 ss. Esempio: sono state le donne italiane a lamentarsi del regime nostrano dell’età pensionabile condannato dalla Corte di Giustizia come discriminatorio, o non è stata la Commissione europea a vedervi la violazione di un ordine pubblico ideale il cui perno è la parità? Vedi sulla sent. del 2008 della Corte di Giustizia in causa C-46/87 il commento di F. Angelini, *Il principio della parità retributiva nel lavoro pubblico*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 7/2009.

²³ Per la presentazione e la discussione di questo ormai classico argomento v. S. F. Appleton, *Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples Era*, in *Boston Univ. L.R.*, 2006, p. 27 ss., spec. p. 275 ss. Come è noto, e come tornerò a ricordare anche nel testo, il problema di come istituire legalmente i legami genitoriali è fortissimo per le coppie omosessuali, ma specialmente per quelle gay, che trovano notevoli ostacoli nelle tradizionali presunzioni di paternità e maternità, le quali possono viceversa giocare a favore delle lesbiche (poiché il padre è sempre stato il marito della madre, dove è ammesso il matrimonio omosessuale ciascuna componente della coppia diviene madre dei figli nati all’altra in costanza di matrimonio; altrimenti può estendersi alla convivente stabile di fatto la presunzione, osservata nel diritto americano, per cui l’uomo che vive con la madre quando il figlio è piccolo e lo cresce ne è il padre). Il *favor* per le donne, non solo quello verso le coppie eterosessuali, implicato dalle tradizionali presunzioni di paternità,

Perché, si afferma, quel *fare, quel fatto sociale* quello è l'unico trait-d'union che accomuna tanti modi possibili di avere figli, e consente di mettere in secondo piano l'asimmetria che intercorre tra le donne, da una parte, che possono partorire i loro figli, e gli uomini, dall'altro lato, che non lo possono, con tutte le conseguenze a loro carico ne derivano (dai problemi relativi alla regolamentazione della posizione della madre surrogata a quelli relativi all'istituzione del legame genitoriale in capo al compagno del padre). Quel fare, quel fatto sociale che servirebbe a neutralizzare le differenze che discriminano, è sempre stato necessario e sufficiente alla *paternità, non alla maternità. Attraverso di esso, come dicevo, la maternità diventa paternità, 'funziona' come essa e non è destinata a denotare alcunché di diverso e peculiare* (analogamente a come, lo si è detto tante volte, la neutralità apparente del discorso antidiscriminatorio ricostituisce le scale di valore dominanti).

Quanto alla seconda tendenza, quella a *sostituire padre e madre con la coppia genitoriale*, vanno in questo senso diverse e complesse spinte, che però la delincono chiaramente: quando si tratta di affidare un bambino (alla madre portatrice che lo rivendica, o alla coppia che lo ha commissionato?) le corti si affidano, sulle due sponde dell'oceano, al criterio del *best interest* del bambino²⁴. Decade, perché

determina, specialmente nel dibattito d'oltreoceano, un'intensa concentrazione sulla ricerca di presunzioni non discriminatorie (e cioè non favorevoli alle donne né *straight oriented*).

²⁴ In argomento, e con particolare riguardo al tema della maternità surrogata e agli orientamenti delle Corti italiane, v. di recente la ricostruzione di M. Distefano, *Maternità e interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in *Genius*, 2015/1, p. 160 ss. Se, quando si leggono le scelte delle Corti sull'affido ai genitori intenzionali o alla madre surrogata o, in generale, intorno ai diritti coinvolti nella maternità surrogata, o in generale nella fecondazione assistita, si desse risalto alla natura eterosessuale oppure omosessuale maschile o omosessuale femminile delle coppie di genitori intenzionali di volta in volta interessate, si noterebbe che i 'pregiudizi' e gli 'stereotipi' 'sessisti' tendano a tradursi, in realtà, in consistenti vantaggi per le donne: sono le madri lesbiche, almeno nel nostro paese, le protagoniste delle aperture giurisprudenziali a favore delle 'famiglie omosessuali'. Coerentemente coi suoi classici approcci nei confronti del diritto (valorizzato come strumento che può recepire trasformazioni emergenti dal basso, dalla concreta realtà delle relazioni interpersonali, de-mitizzato e guardato con diffidenza come tecnica riformatrice dall'alto) il pensiero della differenza sessuale suggerisce di dare importanza a simili mutamenti che, per il fatto di avvenire a piccoli passi e prefigurare esiti che sfuggono a un piano o programma generale, sono invece sempre considerati 'non abbastanza' dall'atteggiamento riformatore, o ridotti a segnali del bisogno dell'imprescindibile intervento del legislatore. (V. C. Jourdan, *Due donne (o due uomini) e le loro creature*, in www.libriadelledonne.it, 4 giugno 2015.) Personalmente condivido la

ritenuta discriminatoria, l'idea che il *best interest* del bambino richieda l'eterosessualità della coppia genitoriale, ma *si preserva e anzi si consolida l'idea che al bambino sia utile, faccia bene, avere due genitori, stabilmente uniti in una relazione giuridicamente rilevante che li renda entrambi responsabili verso di esso*. Meglio la coppia gay della madre 'portatrice' single, in altri termini; oppure: meglio due madri lesbiche che una sola madre²⁵. Il focus sul bambino si porta dietro la famiglia, i movimenti che rivendicano il diritto delle persone omosessuali alla genitorialità hanno fatto i conti col fatto che la 'famiglia' è tradizionalmente il luogo in cui si crescono i figli e hanno sviluppato tutte le dimostrazioni possibili non solo che una coppia omosessuale è un *equivalente* della coppia eterosessuale (in particolare perché può 'offrire' entrambi i 'ruoli', paterno e materno, di nuovo ridotti a un agire, e che, paradossalmente, vi tornerò, riemergono come stereotipi), ma che *la familiarità è la destinazione naturale, lo svolgimento più appropriato, delle relazioni sessuali, anzi affettive* (si parla del resto ormai preferibilmente non di sessualità gay, ciò che è considerato

prima visione, che porta a valorizzare la giurisprudenza e il piano dialettico del processo, ma dubito che la giurisdizione possa essere un fiore che spunta nel deserto: essa è naturalmente condizionata, nei suoi esiti, dalle correnti maggioritarie del pensiero e del discorso pubblico, dai contenuti che ispirano le legislazioni (o anche il *soft law*), come pure dalle strategie di *litigation* promosse dai grandi gruppi di interesse. Per questo penso che sia molto importante che il legislatore non abdichi al ruolo che gli è proprio, di indirizzo, impegnandosi a offrire alla giurisdizione un piano coerente e accuratamente meditato di principi. Da questo punto di vista nascono i rapidi suggerimenti che espongo nella parte finale di questo lavoro, che criticano la scelta del legislatore italiano, nell'accingersi a normare le relazioni omosessuali, di trascurare il tema della relazione materna e di abbracciare un paradigma neutro che altre legislazioni hanno già superato.

²⁵ Mentre il primo esempio è ipotetico, il secondo rinvia a *E.B. v France*, 22 gennaio 2008, Corte europea dei diritti dell'uomo. In questo caso una donna lesbica, che intendeva adottare un bambino senza il desiderio concorrente della propria convivente, si era vista rifiutare l'autorizzazione ad adottare dalle autorità nazionali. La Cedu risolve a favore della donna, insistendo sul carattere discriminatorio del peso dato dalle autorità nazionali alla omosessualità della ricorrente, ma sottolineando che "l'atteggiamento del partner ha rilievo e non è discriminatorio valutarlo": se le autorità nazionali nel negare l'adozione si fossero basate solo sulla mancanza di *commitment* della partner, non sarebbero incorse nella condanna per discriminazione. Se ne ricava che le persone omosessuali che ambiscono a diventare genitori farebbero meglio a presentarsi come coppie, stabili e possibilmente regolari. (Per diversa lettura v. G. Repetto, *Figli irriconosibili. Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. Schillaci (cur.), *Omosessualità, uguaglianza, diritti*, Carocci, Roma, 2014, p. 150 ss.) Tutti conosciamo la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti che, da *Windsor* a *Obergefell*, compone un interminabile *elogio della famiglia*.

stigmatizzante, ma di ‘affettività’ omosessuale). La genitorialità residua come funzione della coppia, è resa possibile (laddove si aderisce all’idea che all’infante servano ‘ruoli’ di riferimento diversi) dalla coppia, ha nella coppia il suo presupposto e la sua condizione di esistenza; in questa coppia, che astrae dalla differenza sessuale, riemerge non a caso *un modello normativo dell’identità femminile (e invero anche di quella maschile, forse di quella omosessuale, che par cedere ogni suo lato contestativo*²⁶) di sapore prettamente patriarcale: la mamma accudisce, il papà ti porta fuori: poiché le coppie omosessuali garantiscono entrambi i ruoli, esse sono equivalenti alle coppie etero²⁷. In questo contesto si delinea una famiglia edipica, paterna: oggi si sostiene che la persona diventa tale nella famiglia, la nascita retrocedendo a mero dato biologico²⁸.

²⁶ Secondo il filosofo e scrittore spagnolo Paul P. Preciado, per esempio, “Negli ultimi anni la sessualità gay è passata dallo stato di subcultura marginale a uno spazio codificato, regolamentato e catturato dai linguaggi del capitalismo neoliberista. Ormai si può smettere di pensare l’opposizione in termini di eterosessualità/omosessualità e cominciare a riflettere in termini di tensione tra gli usi normativi e dissidenti delle tecniche di produzione della sessualità con cui noi tutti, assolutamente tutti, dobbiamo fare i conti.” (*Letteratura per viaggiare*, apparso su *Internazionale* del 9-7-2015.) Ringrazio Nora Racugno per la segnalazione di questo articolo.

²⁷ È il precetto che anche i mezzi di comunicazione sono sollecitati a tener presente quando trattano temi legati alla genitorialità omosessuale. “Tra i luoghi comuni che influenzano le opinioni contrarie alle adozioni (o alla generazione mediante tecniche di fecondazione) da parte di coppie dello stesso sesso il più frequente è che un bambino ha bisogno di una figura maschile e di una femminile, come condizione fondamentale per la completezza dell’equilibrio psicologico. Questa affermazione è però contraddetta dalla letteratura scientifica. Secondo gli studi dell’American Psychoanalytic Association, dell’American Academy of Child and Adolescent Psychiatry e dell’American Academy of Psychiatry, i genitori omosessuali sono competenti esattamente come quelli eterosessuali e l’uguaglianza di sesso tra i partner non pregiudica minimamente lo sviluppo psicologico e psicosessuale dei figli. Anche l’Associazione italiana di psicologia si è espressa a riguardo, affermando che né il numero né il genere dei genitori possono garantire di per sé le condizioni di sviluppo migliori per i bambini, *bensì la loro capacità di assumere questi ruoli e le responsabilità educative che ne derivano.*”, così nelle *Linee guida per un’informazione rispettosa delle persone LGTBI*, a cura dell’Unar, 2015, p. 17. Corsivi aggiunti. Da tempo è stato rilevato che la difesa della capacità delle coppie omosessuali di fornire i ruoli ‘paterno e materno’ rischia, assolutizzando le figure del padre e della madre, di “rendere eterno il modello di famiglia patriarcale ereditato dalla nostra cultura.” (Cfr. C. Jourdan, *Domande a Chantal Podio per il suo “In difesa di quale famiglia”?*, in *www.libreriadelledonne.it.*, 8 Gennaio 2005).

²⁸ V. il ragionare emblematico di A. Cadoret, *Genitori come gli altri. Omosessualità e genitorialità* (2002), trad. it. Feltrinelli, Milano, 2008, che si impenna sulla ‘famiglia’ come luogo di cui il figlio ha bisogno per passare dalla sua mera e insignificante nascita ‘biologi-

Un altro esempio di questa seconda tendenza al protagonismo della coppia genitoriale e della famiglia può essere tratto dal problema del diritto dei figli nati da fecondazione assistita di conoscere le proprie origini, un diritto che è stato una conquista degli adottati e che potrebbe parere ovvio estendere, per analogia, a chi è stato concepito artificialmente. Mentre alcune studiose esplorano le potenzialità di questa nuova *kinship*, cioè di una più ampia e fluida rete di parentele²⁹, gli studiosi pro gay tendono piuttosto a far notare che questo diritto, in realtà, attenta discriminatoriamente all'unità della famiglia omosessuale, nella quale è molto più probabile di quanto non sia in quelle eterosessuali, che il figlio concepito artificialmente capisca di esserlo, e vada alla ricerca delle proprie origini, che poi sono persone concrete, con cui si può entrare in contatto, risultandone gli equilibri familiari mobilitati e alterati. Questi studiosi sostengono che, affinché le coppie omosessuali non siano discriminate rispetto a quelle eterosessuali, occorrerebbe istituire dei registri 'attivi' per la conservazione dei dati biologici: i quali al compimento dei 18 anni avvertano tutti i nati da fecondazione assistita, siano essi figli tanto di coppie omosessuali, quanto di coppie eterosessuali, della loro origine (in tal modo si ristabilirebbe la 'parità' tra famiglia omosessuale e famiglia eterosessuale davanti al destabilizzante diritto dei figli alla conoscenza delle loro origini). Il minaccioso scenario è avanzato, è da credere, per sostenere l'opportunità di una seconda alternativa, che consiste nella proposta di restringere il diritto dei figli di coppie gay alla conoscenza delle proprie origini³⁰. Rinasce così una configurazione, che pareva superata, del preminente interesse della famiglia alla propria preservazione su quello dei figli (un interesse che, un tempo, limitava per esempio i diritti dei figli nati fuori dal matrimonio), una configurazione il cui stampo patriarcale mi parrebbe innegabile, essendo venata da una caratteristica intonazione verticale (l'interesse della famiglia alla propria

ca' a una piena esistenza sociale (e in questo senso 'umana'). Inutile sottolineare la svalutazione, che ne deriva, del materno, il quale segna la nascita.

²⁹ N. Cahn, *The New Kinship*, in *Georgetown Law Journal*, 2012, p. 367 ss.

³⁰ G. Cohen, *Sperm and Egg Donor Anonymity: Legal and Ethical Issue*, in *Oxford Handbook of Reproductive Ethics*, cur. L. Francies (draft 2015 reperibile su ssrn.com), in un contributo complessivamente dedicato a sostenere la necessità di mantenere il regime americano che, unico al mondo, consente (sebbene non imponga) l'anonimato dei donatori di gameti.

unità prevale su quello dei suoi singoli membri all'espressione della loro personalità)³¹.

Attraverso questo insieme di discorsi, la genitorialità omosessuale tende a narrare qualcosa di molto diverso dall'avvenire di una maternità indipendente riconosciuta dalla società con sguardo amoroso, valorizzante. Detto altrimenti: se un desiderio di maternità indipendente si muove, come credo, nella maternità lesbica, non è questo che ci viene restituito dal modo in cui se ne parla all'interno del discorso sul "diritto degli omosessuali" alla procreazione. Si avverte semmai, a me pare, in quel discorso, il lavorio di una invidia del materno e del potere procreativo delle donne (da parte degli uomini), da un lato, e quello di una profonda timidezza, perplessità o paura nei confronti del proprio potere materno e procreativo (da parte delle donne), dall'altro lato. Questo materno che non è al suo posto, che fa invidia o paura, va

³¹ È appena il caso di ricordare, mi pare, che il diritto dei figli alla conoscenza delle proprie origini ha giustificato la condanna dell'istituto del parto anonimo da parte della Corte europea dei diritti dell'Uomo (*O c Francia*, 13 febbraio 2003), con una decisione che è stata salutata da molti e da molte come un grande avanzamento di civiltà, che ha anche rappresentato una compressione di una forma possibile di libertà femminile nella procreazione, ma è stata criticata, semmai, per non avere fatto 'abbastanza' per tutelare i diritti dei figli (cfr. A. Renda, *La sentenza O c Francia della Corte europea dei diritti dell'uomo, un passo indietro rispetto all'interesse a conoscere le proprie origini biologiche*, in *Famiglia*, 2004, p. 1121 ss.). Diversamente da Strasburgo, la nostra Corte costituzionale ha, come è noto, con la sent. 425/2005, riconosciuto alla decisione della madre per l'anonimato il rango di una posizione costituzionalmente tutelata (in nome peraltro del diritto alla salute e come facoltà che può consentire a evitare il 'peggior male' dell'aborto), da bilanciare col diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Cfr. A.O. Cozzi, *La Corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, in *Giur. Cost.*, 2005, p. 4620 ss. Dopo il nuovo intervento di Strasburgo nel senso del rilievo fondamentale del diritto alla conoscenza delle proprie origini (*Godelli contro Italia*, 25 settembre 2012), con la sentenza 278/2013 la Corte costituzionale, introducendo una distinzione (che potrebbe essere foriera di sviluppi non irrilevanti se applicata alla maternità surrogata) tra genitorialità 'giuridica', rinunciabile, e genitorialità 'naturale' (irrinunciabile o la cui rinunciabilità ha minor pregio o rilievo della prima, almeno ai fini della questione in esame), ha, come è noto, giudicato incostituzionale l'irreversibilità dell'anonimato della madre sino a quel momento sancita dalla nostra legislazione, ma mantenuto il rilievo costituzionale dell'interesse di essa all'anonimato. Per una riflessione su questi esiti cfr. A. Ambrosi, *Interesse dell'adottato a conoscere l'identità della madre biologica 'versu' interesse della madre all'anonimato: un nuovo punto di equilibrio*, in *Studium Iuris*, 2014, p. 667 ss. Sul possibile incrocio tra i recenti percorsi del problema della legittimità del parto anonimo e la maternità surrogata v. invece, anche per rinvii, S. Favalli, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini: un dialogo decennale tra Cedu e Corte costituzionale italiana*, in *www.Forumcostituzionale.it* (13.12.2013).

in una con (è denotato da) un profondo investimento sulla capacità riformatrice, emendativa, curativa³² di meccanismi artificiali: la medicina, da una parte, l'ordinamento con le sue norme e le sue istituzioni, compresi gli apparati di controllo del linguaggio, dall'altra parte. Nelle rivendicazioni intorno alla genitorialità omosessuale questo movimento parallelo è continuo e vistoso: da una parte il materno viene negato, dall'altra parte, si accredita la visione secondo la quale per ogni problema la soluzione non può venire alle persone se non da fuori, dalla legge o dalla tecnica. Mantenendo il mio riferimento al pensiero della differenza sessuale posso ricordare che esso ha, del resto, molto riflettuto su come *al posto dell'ordine della madre ce ne sta sempre un altro, che è in competizione con esso, con lei*, che ha carattere artificiale e tende a istituirsi come alternativa alle relazioni e alla competenza dei viventi sulla loro esperienza concreta. È un ordine (disordinato) che procede in modo caratteristico tentando di sostituire il piano delle esperienze che suppongono il soggetto vivente con un piano di esperienze 'surrogate' (che è quanto affiora nel linguaggio, dove si parla di 'surrogazione' di maternità).

A mio avviso non è dunque certamente la 'famiglia tradizionale' la posta in gioco quando si ragiona di diritto delle persone omosessuali alla famiglia, ma il materno, e precisamente la pensabilità e la praticabilità di ciò che esso rappresenta, ossia relazioni tra esseri umani che non si riducano a potere (potere da contestare, da spodestare, da conquistare: in una, da esercitare per sé contro altri, come invece vuole tipicamente la retorica antidiscriminatoria); la possibilità, cioè, da un lato, di un 'ordine' che non sia il riflesso (e la celebrazione) del potere che norme e istituzioni hanno sulla vita delle persone e, dall'altro lato, di una libertà non 'misurata' da norme esterne e a queste consegnata. È il potere, del resto, meglio: una lettura delle relazioni umane e della società incentrata sul potere, non certo la libertà, ciò che viene salvaguardato, confermato e tenuto al centro da rivendicazioni che mentre

³² Uso questo termine non casualmente perché coloro che si pronunciano per la necessità di politiche pubbliche *gay friendly* (per esempio di politiche pubbliche educative e comunicative che rappresentino ai bambini l'esistenza di una pluralità di possibili modi di essere famiglia) lo fanno anche evocando la sofferenza psichica che il senso della propria diversità - derivante dalle pratiche sociali dominanti - introduce, o può introdurre, nelle famiglie omosessuali (cfr. D. Ehrensaft, *Just Molly and Me, and Donor Makes Three. Lesbian Motherhood in the Age of Assisted Reproductive Technology*, in *Journal of Lesbian Studies*, 2008, p. 161 ss., p. 176).

‘contestano’ i ruoli sociali di genere, esaltano la capacità delle ‘strutture’ (sociali, normative, linguistiche) di plasmarli. In tutto questo, affiora e riaffiora la portata conformativa, fortissima, della gabbia concettuale antidiscriminatoria in cui la ‘genitorialità omosessuale’ si è lasciata inscrivere. Quella gabbia concettuale non lascia soltanto il segno di una logica paritaria che costringe a rendere ogni piano di esperienza fungibile, equipollente, insignificante. Un ulteriore aspetto della retorica antidiscriminatoria è anche la peculiare, caratteristica concezione del potere e del diritto su cui si appoggia, una concezione, che per brevità mi limiterò qui a definire ‘realistica’ e che ha tante radici nello strutturalismo novecentesco, che riduce il diritto, da una parte, a un mero strumento del potere e ne fa dall’altra parte l’unico modo per affermare nuove relazioni di potere. Il diritto concepito come una mera tecnica di ingegneria sociale si rispecchia nel potere come unico modo di ordinare le relazioni sociali, diritto e potere sono due facce di una stessa medaglia; il pensiero antidiscriminatorio infatti ha tipicamente generato una prospettiva ‘anti-subordinazione’³³ in relazione alla quale coloro che oggi sono subordinati (dalle strutture sociali sorrette dal diritto) possono conquistare il potere da cui sono esclusi (modificando per mezzo del diritto le strutture sociali), con un movimento il cui esito inevitabile è però la conferma del cerchio potere-diritto: un magico ‘anello’ che conchiude in sé tutto ciò che all’essere umano è possibile realizzare (e che proprio per questo, in fondo, ed è nella natura umana del resto che sia così, riceve l’adorazione di molti).

3. Restituire la genitorialità omosessuale al conflitto tra i sessi

³³ In Italia la ha meglio di tutti evocata e rilanciata B. Pezzini, *L’eguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione* in *Scritti in onore di L. Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol.III, cur. G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Jovene, Napoli, 2009, p. 1141 ss. Il principio di pari dignità sociale contenuto nel nostro art. 3 Cost., che, insieme al secondo comma della disposizione, viene da Pezzini viene rilanciato come componente di una lettura in chiave ‘antisubordinazione’ del principio costituzionale di eguaglianza, rappresenta invece piuttosto, io riterrei, una importante affermazione, risalente alle matrici cattoliche della nostra Costituzione, della volontà che la persona e i suoi nessi sociali non siano mai assorbiti interamente dalla macchina regolatrice dello Stato apparato (o di chi per esso). Il principio rappresenta in altri termini, a mio avviso, un ancoraggio per contestare (e certo non per corroborare) ogni riduzione costruttivistica della esperienza umana e della vita sociale.

Recentemente, in parallelo con il profilarsi di un intervento del legislatore in materia di unioni omosessuali³⁴, si sono infittiti gli appelli a che le lesbiche, e in generale le donne, le ‘femministe’ prendano voce nel dibattito intorno alla famiglia e alla genitorialità omosessuale. Giudico qualche volta interessati, strumentali questi appelli. Come ai tempi in cui si sperava che le donne votassero DC, penso che oggi quello che ci si attende, con questi appelli, è che difendano la casa e la famiglia, esercitino il loro (presunto) tradizionale conservatorismo. Vi è infatti molta ignoranza nei confronti del pensiero femminile e delle prassi delle donne: “le donne sanno che la società degli uomini ha bisogno della loro presenza e non della loro libertà.”³⁵

Tuttavia ritengo che soltanto *reagendo alla tendenza all’universalismo neutro e facendo parlare il conflitto tra i sessi che nella maternità e nella paternità omosessuale si muove* non meno (se non di più) che nella genitorialità eterosessuale sia possibile fare della questione della ‘famiglia’ omosessuale un tema e una esperienza generativi di libertà, anziché di subalternità; e, anche, individuare nella lotta per i diritti delle persone omosessuali (che dovrebbe diventare un discorso intorno alle esigenze delle donne e degli uomini omosessuali) una dimensione pregevole e interessante per tutte le donne, laddove rischia altrimenti di essere, come tante altre, e in particolare come fu quella sull’aborto³⁶, una battaglia nel proprio interesse che gli uomini conducono *sul corpo delle donne* (e come vedremo è proprio il caso di dirlo), le quali li lasciano fare, scambiando una battaglia degli uomini per sé come una battaglia per le donne o per tutti. Forse, vi è l’idea che comunque convenga alle lesbiche allearsi coi maschi omosessuali per fare fronte comune, “massa critica”, rinviando a un domani, a dopo avvenuta la “conquista dei diritti”, la negoziazione di una differenza tra donne e uomini che si teme di mettere in primo piano perché la si considera divisiva e indebolente³⁷.

³⁴ Su cui v. *infra* il par. 5.

³⁵ *Non credere di avere dei diritti*, p. 172; non sarebbe questo l’unico caso in cui si fa appello a (e qualche volta si risponde alla chiamata de) la prima e non della seconda.

³⁶ Che si conclude “con una legge sull’aborto in cui si tiene conto, essenzialmente, delle esigenze sessuali maschili, della regolamentazione delle nascite, dell’ordine pubblico (mettere fine a un mercato clandestino)” e dove “Non c’è pensiero della sessualità femminile e nemmeno della salute femminile. Altrimenti le donne non sarebbero state *obbligate* a servirsi degli ospedali pubblici.” (*Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 73).

³⁷ Viceversa, “La politica della differenza sessuale non viene *dopo* la raggiunta uguaglianza tra i sessi ma sostituisce la politica dell’uguaglianza, troppo astratta e spesso con-

Che vi sia un profondo conflitto, tra i sessi, che contende intorno al senso e al valore della maternità, alla radice del modo in cui la ‘genitorialità omosessuale’ viene rappresentata e alla radice del tipo di rivendicazioni e di immagini in cui si traduce mi parrebbe quasi trasparente. Che convenga ignorarlo dubito, perché questo conflitto irradia interpretazioni molto sfavorevoli alle donne e che potrebbero esercitare condizionamenti durevoli.

3.1 Rivalsa maschile: la maternità è surrogabile

Vistoso è il conflitto degli omosessuali maschi contro le lesbiche (non hanno gli stessi problemi, le stesse esigenze, la stessa esperienza) nel quale ritornano molti motivi del più ampio conflitto tra uomini e donne³⁸.

Il capitolo più esplicito, e a mio giudizio anche il più sconvolgente, di questo aspetto del conflitto è la maternità surrogata, cui, ormai, di maternità viene anche negato il nome, diventando ‘consigliato’ (anche da autorità pubbliche, preposte al governo burocratico della parità e non discriminazione, quali in particolare, da noi, l’Unar) chiamarla ‘gestazione per altri’³⁹.

traddittoria, per combattere ogni forma di oppressione sessista dal luogo della libertà femminile conquistata e fondata sui rapporti sociali fra donne.” Occorre non dimenticare che “Non c’è un soggetto sociale neutro che possa volere e realizzare la fine di ogni discriminazione; la traduzione sociale del valore umano di essere donne, se non è fatta da donne, sarà fatta dagli uomini secondo i loro criteri. Criticare questi ultimi e tentare di modificarli in meglio a favore del sesso femminile, qualunque sia il risultato, non può colmare il buco di una mancata traduzione da parte delle donne stesse”. (*Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 180 e 181.) Il volume or ora citato è ricco di riflessioni su come l’adesione delle donne a una politica paritaria risalga a un ‘difetto di autorizzazione simbolica’, e, qualche volta, a disamore per il proprio sesso (avendo interiorizzato l’immagine misera del femminile che domina intorno a loro, alcune donne vedono in quelle politiche l’occasione di sfuggirvi).

³⁸ E al quale in certi tratti mi paiono appropriate, o quanto meno da tenere in considerazione, queste parole: “Gli individui di sesso maschile sono come rampolli che sporgono fuori dal *continuum* materno. Forse si sentono estromessi, esclusi... Se è così, bisogna dire che si sono rifatti. Approfittando della loro indipendenza fisica, hanno concepito e attuato rivalse di ogni tipo. Ma si vede che qualcosa continua a far loro male dentro e alimenta una misoginia oggi più insidiosa che in passato, perché non ha più le espressioni autorizzate né gli sbocchi offerti dal patriarcato.” (L. Muraro, *Non è da tutti*, cit., p. 101).

³⁹ Nelle già citate *Linee guida*, p. 18, l’Unar sconsiglia ai media di utilizzare l’espressione corrente ‘utero in affitto’, molto “diffusa” ma che “ha però un valore spregiativo, contiene in sé un giudizio negativo, sia sulla donna che porta avanti la gravidanza per altri sia su coloro che le chiedono di farlo. Giornalisticamente dunque è una locuzione

La madre surrogata reintroduce due dimensioni del femminile tipicamente riflesse dai costrutti patriarcali: ridotta a ‘fornetto’, a *mera dimensione biologica* (e qui, di nuovo, ‘gestazione’ anziché ‘maternità’ è scelta lessicale che la dice lunga), da una parte, o elevata a ‘santa’ che ‘ama rimanere incinta per donare un figlio a un’altra coppia’, dall’altra parte⁴⁰. Con la madre surrogata, santificata dalle retoriche

scorretta perché non è neutra, non lascia spazio all’indagine o alla formazione autonoma di una opinione”. L’adozione di descrizioni ‘neutre’ (o, meglio, asserite tali) della maternità surrogata ha anche l’effetto di corroborare un discorso intorno al fenomeno che non permette di distinguere i casi in cui a ricorrervi siano donne, o invece uomini, eventualità che potrebbe essere evitata adottando, tutto al contrario che definizioni ‘neutre’, descrizioni sessuate come quella di “maternità solidale tra donne” che proporrò in chiusura di questo lavoro. La riprendo da Clara Jourdan (*Sì alla maternità solidale, no all’utero in affitto!*, in www.librierialledonne.it, 13 novembre 2015) che ha suggerito l’espressione “maternità solidale” tenendo presente l’ipotesi di una donna che intenda aiutare un’altra donna a realizzare un desiderio di maternità al quale sia impedita per problemi fisici. In senso contrario all’affermarsi di una visione sessuata della maternità surrogata vanno le recenti decisioni della Corte di Giustizia della Ue che, fedelmente all’attitudine neutra che caratterizza la sua giurisprudenza antidiscriminatoria, ha ritenuto che negare il congedo di maternità alla donna che sia ricorsa alla maternità surrogata non rappresenta una discriminazione per sesso (le citavo *supra* alla nt. 18). Ciò ha un significato molto chiaro, che è quello di escludere che vi siano differenze giuridicamente rilevanti tra il caso in cui a ricorrere alla maternità surrogata sia una donna, per supplire a un proprio impedimento fisico, come accadeva in quei casi, o un uomo.

⁴⁰ Anche in un recente documento di Arcilesbica (*Utero in affitto: la parola alle donne*, in *Il Manifesto*, 5.11.2015, p. 14) è sottolineata la possibilità di una dimensione gratuita e solidaristica della maternità surrogata, in un contesto che tende a sottolineare il ‘primato femminile nel generare’. (Vi si legge: ‘La libertà del gesto sta nella sua gratuità.’) Il carattere ‘gratuito’ della maternità surrogata nulla o ben poco cambia quanto alle implicazioni simboliche del fenomeno, che vengo evocando nel testo, e rappresenta comunque un rimedio del tutto illusorio. Il macchinario organizzativo, tecnico, scientifico e normativo che circonda tutte le esperienze di fecondazione assistita, tra cui la maternità surrogata, pare fatto appositamente per lasciare alla ‘dimensione gratuita e solidaristica’, che richiede e postula concrete relazioni tra persone ben individuate, un ruolo del tutto residuale. La concretezza delle relazioni e delle persone è infatti uno dei più forti problemi per coloro che si rivolgono a madri ‘portatrici’, o a donatori di gameti, ed è verosimilmente per questo che la ‘genitorialità omosessuale’ tende a affidarsi a una dimensione tecnico-esperta che nega la spontaneità (v. anche *infra* nel testo). Sono fatti di realtà, ignorare i quali può significare collocare il discorso intorno alla maternità surrogata nel mondo delle fantastiche. Occorre anche tener presente che, come del resto viene fatto notare qualche volta anche nel dibattito pubblico (ricordo una intervista radiofonica a Paola Tavella nell’ambito di *Fahrenheit*, Radio 3, 22.12.2015), che le stesse legislazioni le quali, come quella britannica, ammettono la surrogazione di maternità solo se ‘gratuita’ vengono nei fatti aggirate dato che l’indennizzo, consentito, funziona in pratica come un compenso. Più interessante che fantasticare sulla maternità surrogata offerta da una donna a un uomo gratuitamente, sarebbe certamente ragionare intorno a che cosa è implicato nell’aspirazione (che è

pro gay, riemerge, accanto alla conferma e *all'enfatizzazione della 'libertà contrattuale' cara al liberismo dominante*⁴¹, la donna che rinuncia all'autogoverno sul proprio corpo, rimettendosi al contratto, alla dinamica di mercato che assegna un valore a qualcosa che essa può produrre, la donna dunque che ricava il valore di sé da una misura esterna e mai femminile (il denaro; il compiacimento del maschio, nel caso della donna che porta una gravidanza per una coppia gay). Ritorna a tutto campo, con la madre surrogata, la donna che vale perché è utile o perché è compiacente: *nessuna madre surrogata, anche quando 'lavora' per una coppia etero, si fa regolare dal desiderio di un'altra donna, assume il suo giudizio a misura*⁴²; non senza che riemerge, sgradevolmente, la maitresse (molte agenzie sono rette da donne che

anch'essa una fantasticheria, dato che 'ogni contratto si può sempre rompere': cfr. C. Jourdan, *Si alla maternità solidale*, cit. *supra* nota prec.) ad assoggettare la maternità a un contratto. In questa riflessione sarebbero utili gli insegnamenti, vecchi e nuovi, di C. Pateman (di cui si ricorderà *Il contratto sessuale*, 1988, trad. it. Editori Riuniti, Roma, 1997): "Dato che il capitale è a portata di mano, è oggi possibile, talvolta illegalmente, affittare o comprare come una merce qualsiasi cosa: dall'utero umano a parti del patrimonio dell'umanità, del vivente vegetale, dal servizio idrico municipale agli organi umani, al materiale genetico e agli animali geneticamente modificati. È necessaria una più ampia discussione sulle implicazioni di questa espansione della merce per la democrazia e su quali siano delle risposte democratiche aggiornate." (Il contratto sessuale *venticinque anni dopo*. *Democrazia, lavoro, reddito*, in *Come un paesaggio*, cit., p. 23 ss., p. 29).

⁴¹ Non a caso, per giustificare il fenomeno si ricorre anche all'argomento che la maternità surrogata può essere utile a donne che non vogliono sacrificare la carriera: cfr. P. Nicolas, *Straddling the Columbia: A Constitutional Law Professor's Musings on Circumventing Washington State's Criminal Prohibition on Compensated Surrogacy*, in *Univ. Of Washington School of Law Legal Studies Research Paper No 2014-26*, p. 1235 ss., p. 1280.

⁴² A meno che una donna si orienti alla maternità surrogata "per aiutare un'altra donna" che a sua volta coltiva un desiderio libero di maternità; nel qual caso si potrebbe riconoscere una espressione di "maternità solidale" (cfr. *supra* nt. 39). Aggiungo che l'idea della 'maternità solidale' (tra donne) scardina sia la narrativa sottesa alla espressione 'maternità surrogata' sia quella sottesa all'espressione "gestazione per altri", perché mette in primo piano una scelta libera nascente da una precisa relazione tra due donne (mi chiedo se l'espressione, non neutra, sarebbe approvata dall'Unar). Si tratta di qualcosa che nulla ha a che vedere col fenomeno che è caro alla opinione pro gay regolamentare e disciplinare, ovvero sia il fenomeno di cui sto discorrendo nel testo, di una maternità messa (di nuovo?) al servizio del desiderio maschile. In letteratura si riporta che le madri surrogate paiono preferir 'lavorare' per coppie gay, sia perché i gay si sono guadagnati la reputazione di essere clienti molto grati e desiderosi di corrispondere alla domanda di contatto emotivo che è spesso intensa da parte delle madri surrogate, sia perché non c'è in questo caso la competizione con un'altra donna nella vita del bambino. Un fenomeno analogo avrebbe luogo nelle adozioni. Cfr. sul punto S. F. Appleton, *Between the Binaries: Exploring the Legal Boundaries of Nonanonymous Sperm Donation*, in *Legal Studies Research Paper Series*, Washington Univ. in St. Louis School of Law, June 2005, p. 261 e nt. 199.

sono state madri surrogate e poi si sono messe in affari, avendo ‘un buon naso’ per scegliere le candidate⁴³).

Vi è poi il versante dell’aborto, che la madre surrogata rinuncia a esercitare a sua scelta, ma si impegna a esercitare a richiesta del o dei committenti: enorme è il peso degli interessi che premono a favore della ‘gestazione *pour autri*’ a che l’aborto non diventi mai un diritto fondamentale, pertanto non rinunciabile e non negoziabile⁴⁴. È quasi superfluo notare che, *riuscendo a porre condizioni all’aborto, i movimenti pro gay perpetuano e (quasi) realizzano una delle più classiche aspirazioni patriarcali* (cioè che la decisione della donna di abortire sia subordinata al consenso del padre), con la differenza che essi ricorrono, però, a una strategia discorsiva che accortamente, come dirò tra breve, banalizza l’esperienza abortiva. Nella battaglia dei gay contro la fundamentalizzazione del diritto d’aborto in quanto esso osterebbe alla costruzione di un diritto degli omosessuali alla procreazione, è anche riconoscibile il ritorno di una retorica che allude all’interesse della stirpe e alla sua prevalenza sul desiderio femminile.

Altro si potrebbe dire: le catene della cura, che un tempo sono state descritte parlando del fenomeno delle badanti, ora diventano le catene dei figli, nota essendo la ricerca da parte delle coppie committenti di mercati in cui la surrogazione costa meno, o è meno regolamentata: con la differenza però che quando è stato analizzato il fenomeno del

⁴³ “Many of the agencies are run by former surrogates who known for experience what it takes to be a surrogate, and thus have a good nose for quickly sifting would-be surrogates.” Così P. Nicolas, *op. cit.*, p. 1248, che poi si sofferma sulla tendenza della maggior parte delle cliniche a non accettare la maternità surrogata tradizionale coi suoi alti rischi di dar vita a ‘custody disputes’, preferendole la surrogazione gestazionale, e che svolgono un efficace ‘level of screening’ per evitare quelle dispute. A testimonianza di quanto poco la visione donativa, solidaristica e gratuita della maternità surrogata abbia piede, punto sul quale mi soffermerò poco oltre nel testo, si possono vedere le parole con cui Nicolas stigmatizza, quasi criminalizzandoli, gli ‘intended parents and surrogates’ che ‘circumvent’ le agenzie (le quali sono dunque le ‘garanti’ dell’ordine pubblico della procreazione assistita, un ordine nel quale le concrete relazioni tra le persone sono il pericolo da sedare).

⁴⁴ Per un’esplicita teorizzazione in questo senso v. G. Cohen, *op. cit. supra* nt. 30, p. 34 del paper (“L’aborto dovrebbe essere rinunciabile”). Su come gli uomini gay ottengano un risultato cui hanno aspirato inutilmente molti altri uomini, si ricordi per esempio il famoso intervento di Giuliano Amato negli anni ’80, quando ancora era viva la questione del ‘diritto’ delle donne ad abortire, nel senso che l’aborto dovrebbe essere sottoposto al consenso del ‘padre’ (*Un aborto di aborto*, in *L’Espresso*, n. 28/1989, p. 212-215; si ricorda anche U. Scarpelli, *Aborto e diritti del padre*, in *Mondo economico*, 1989, p. 11 ss.). Beninteso, il problema del diritto del padre a dare il consenso all’aborto è stato sollevato solo quando si è parlato di un ‘diritto’ delle donne ad abortire.

badantato, chi ha voluto attribuirlo a un ‘fallimento della rivoluzione femminista’⁴⁵ che non avrebbe saputo insegnare agli uomini occidentali ad assumersi il lavoro di cura, ha almeno sperato che una riforma dei comportamenti potesse andare nel senso di modificare un fenomeno avvertito come criticabile e dannoso. Mentre chi si accosta alle ‘catene dei figli’ lo fa per ammonire a non istituire legislazioni che vietano o limitano il ricorso alla maternità surrogata, perché, tanto, queste ultime non farebbero se non incoraggiare altri paesi a liberalizzare la pratica e renderla più conveniente⁴⁶. Mentre i comportamenti, le prassi e le motivazioni della donna che ricorre a una ‘badante’ sono stati letteralmente vivisezionati dalla letteratura, spesso in primo luogo da quella femminista accademica, i comportamenti e le prassi in cui si sostanzia il ricorso alla maternità surrogata e le motivazioni che vi soggiacciono non sono in questione, paiono non poter essere oggetto di un discorso che ne auspichi la modifica, perché, apparentemente, illuminati e resi buoni dal fine che perseguono (realizzare il desiderio di avere un figlio). Ancora, si potrebbe riflettere su come il mercato delle madri surrogate tenda a diffondere una considerazione non umana, ma oggettivante e strumentale, di esseri umani, cioè appunto le madri surrogate (potrebbe del resto essere diversamente, visto ciò di cui si tratta?), le candidate essendo selezionate in base a valutazioni non molto diverse da quelli con cui si potrebbe comprare un cane (preferisco questa perché, siccome lo ha già fatto altre volte, non mi creerà problemi all’atto del ‘rilascio’; una che è alla prima volta però costa meno, siccome c’è un po’ più di rischio; è meglio ricorrere alla surrogazione puramente gestazionale, cioè impiantare nel corpo di una l’ovulo fecondato di un’altra – ciò che richiede la sincronizzazione delle mestruazioni – sempre per abbattere il rischio che la ‘portatrice’ si affezioni al bambino)⁴⁷. Nella maternità surrogata si gioca qualcosa che certamente non riguarda ‘solo’ le donne o gli uomini omosessuali,

⁴⁵ Mi riferisco alla tesi sostenuta in *Donne Globali. Tate Colf e Badanti*, cur. B. Ehrenreich e A.R. Hochschild, trad. it. Feltrinelli, Milano, 2004.

⁴⁶ Su queste tesi v. M.Fries, *Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?*, in *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia, 2014 (draft su ssrn.com). Nel dibattito italiano, l’argomento secondo il quale si dovrebbe riconoscere in Italia ciò che è riconosciuto all’estero, pena il rischio di ‘turismo procreativo’ è stato dibattuto in relazione alla fecondazione assistita; su di esso v. le riserve di A. Barbera, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. del Dir., Annali VIII*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 263, e ivi ulteriori rimandi.

⁴⁷ Vedi la narrazione di P. Nicolas, *op. cit.*

ma investe l'intero valore dell'essere umano e del femminile (il che non stupisce dato che, parlando del materno, è dell'umano che si parla). La nozione di 'essere umano' subisce spinte alla gerarchizzazione, denotate dagli immaginari che vengono messi in campo e coltivati intorno alla genitorialità omosessuale, dove il gay che si ritiene paragonabile, se proprio deve paragonarsi a qualcuno, a Dio, si porta dietro il paragone tra la madre lesbica e la Vergine Immacolata, mentre l'esempio storico e mitico che legittima il ricorso alla madre surrogata è, come ormai noto a tutti, la serva di Abramo e Sarah, Hagar, la donna che è serva e/o serve a dare un discendente all'uomo⁴⁸. Il gay che ricorre alla maternità surrogata ha dunque a disposizione un immaginario che lo colloca al di sopra dell'umano e dovunque: anche Maria, per quanto Immacolata (e che è vista ora come modello psichico della madre lesbica quale vergine, ora della madre portatrice perché concepì senza un rapporto sessuale), ebbe un figlio da Dio padre, archetipo del padre biologico o dello 'sperm donor'⁴⁹, mentre la madre, surrogata,

⁴⁸ P. Nicolas, *Straddling the Columbia*, cit., p. 1282 e 1283 è una buona fonte di questi ritornanti paralleli. Certo, Nicolas sottolinea, bisogna chiarire che Hagar e le due serve di Rachel e Leah (le mogli sterili di Giacobbe) non erano 'libere' come le attuali madri surrogate, che agiscono per contratto ("These Biblical surrogates differ from modern-day surrogates in that the former were indentured servants and thus not free...", nt. 266. Da notare che 'indentured' vuol dire, peraltro, vincolato per contratto, che è la stessa condizione delle attuali madri surrogate). Quando al parallelo con Dio Padre e la Vergine Maria, l'argomento, riporta sempre Nicolas, *ib.*, nt. 267, è stato sollevato da coloro che si opponevano alla legge che intendeva vietare la surrogazione di maternità nel Kansas. Costoro hanno sostenuto che la proposta di legge "avrebbe avuto l'effetto di criminalizzare l'Immacolata Concezione, dal momento che l'Arcangelo Gabriele è in pratica un 'surrogacy broker' tra Dio e la Vergine Maria. (...) Peraltro" ragiona Nicolas, "la storia dell'Immacolata Concezione, dove Maria e Giuseppe crescono Gesù, suggerisce piuttosto che Maria non era una surrogata nel senso che intendiamo oggi, ma piuttosto che Dio era l'equivalente di un 'donatore di sperma'".

⁴⁹ Lo noto marginalmente, ma marginale non è affatto: un perno delle rivendicazioni dei 'diritti delle persone omosessuali' è la critica del carattere 'eterosessista' del linguaggio, ma chi porta esempi come quelli appena citati non pare sfiorato dell'idea che 'eterosessista' sia anche e forse soprattutto il linguaggio con cui si esprime l'esperienza religiosa, né tantomeno pare consapevole che questo linguaggio sia stato da tempo sottoposto a critica, e proprio dalla riflessione femminile, precisamente dalla teologia femminista che ha 'messo in discussione il consueto linguaggio monosessuale e andromorfico avvezzo a parlare di Dio al maschile". Anche da questo punto di vista affiora, nelle rivendicazioni pro-gay, una certa quale ignoranza/indifferenza verso le acquisizioni del pensiero femminile, nonostante che esso, e specialmente appunto in campo teologico, sia da riguardare come una sfida il cui rilievo culturale "è ormai tale da coinvolgere direttamente la filosofia e l'intera vita spirituale del nostro tempo", come si esprime G. Fornero, *Il femminismo cristiano e la filosofia radicale post-cristiana*, in *Dizionario di filosofia*, cur. G. Abbagnano, vol. IV/2, *La fi-*

sta comunque sotto, a servire. Possono essere sintomi dell'effetto scardinante della resecazione del legame materno, che ha una funzione importante di limite⁵⁰.

È curioso che, in un contesto straordinariamente concentrato, come quello delle rivendicazioni dei diritti degli omosessuali al matrimonio, alla procreazione e alla famiglia, nel sottolineare il carattere 'universale' dei diritti cui si aspira e il loro inerire alla 'dignità umana' vengano così tanto sottaciute, quanto lo sono, le implicazioni universali della maternità surrogata e la capacità lesiva della dignità di ogni donna, e di ogni essere umano espressa dal fenomeno in sé considerato e dai discorsi che lo accompagnano.

La diversità, lo svantaggio in cui gli uomini si trovano rispetto alla procreazione ha altre manifestazioni, contigue alla maternità surrogata, in cui la rivendicazione degli studiosi pro gay si traduce nel tentativo di una riaffermazione del dominio maschile sulle donne (e di un dominio su donne e uomini di logiche mercatistiche, oggettivanti e strumentali). Questo è, tipicamente, un *dominio interpretativo*, che si orienta a condizionare i modi possibili di parlare di questa dimensione, un dominio riconoscibile in modo manifesto nelle 'narrazioni', che ho ricordato, riguardo al valore e all'importanza dell'aborto, irenicamente sminuito nelle narrazioni gay come un problema che, anche grazie all'abile intermediazione delle agenzie nell' "accoppiare" committenti e madri surrogate, richiede, nella stipula del contratto,

losofia contemporanea, di G. Fornero, F. Restaino, D. Antiseri, Utet, Torino, nuova ed. 2003, p. 471 ss., p. 474. Il saggio di Giovanni Fornero evidenzia, a pag. 473, un punto di centrale rilievo, allorché scrive che l'ermeneutica femminile "volta a stanare l'androcentrismo ovunque si trovi e a difendere la *realtà* ontologica e assiologica della donna, [opera] attraverso una sorta di *riformulazione del cogito cartesiano in chiave femminista*: io dubito che 'egli' (il maschio) significhi 'io', perciò 'ella' (la donna) è (ovvero può cominciare ad affermarsi come essere autonomo e consapevole). Ermeneutica, si badi bene, che non mira a sostituire il patriarcato col matriarcato, la fallocrezia con la vulvocrazia, il sessismo maschilista col sessismo femminista, ma *a liberare definitivamente l'umanità dal dualismo tra oppressori e oppressi*". Tutti i corsivi sono dell'A., tranne l'ultimo, col quale intendo sottolineare ciò che rischia di andar perduto con la rimozione del pensiero femminile, e in particolare della critica femminile dell'universalismo neutro. Ciò che va perduto, precisamente, è la possibilità di pensare l'esperienza umana prescindendo da categorie come quella tra oppressori e oppressi, che propongono e ripropongono come ineliminabili la condizione del 'potere' e, pertanto, quella della soggezione.

⁵⁰ Il pensiero della differenza non casualmente ha richiamato l'autorità femminile anche come ancoraggio alla realtà e antidoto alla fantasticheria, cfr. *Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 141.

minori discussioni che il punto concernente, per esempio, la possibilità per la donna di maneggiare la sabbietta del gatto⁵¹. La stessa natura contrattuale dell'accordo viene edulcorata in una occasione di "conversare" su diversi punti di vista⁵². Ma è un dominio che si estende a costruire le *condizioni di fattibilità dell'esperienza*, edificate rigorosamente intorno a un 'ordine pubblico' della procreazione artificiale (o assistita) che tende il più possibile a neutralizzare o espellere le relazioni e le persone concrete, e a sostituirle (esorcizzarle?) con meccanismi tecnici, medici e legali⁵³.

Rileva, sotto questo particolare aspetto, *la costruzione della procreazione assistita come un'esperienza che non può essere altrimenti che una interamente medicalizzata e commerciale*, laddove le donne potrebbero invece, ben più facilmente degli uomini, eludere l'uno e l'altro contesto, farne a meno, metterlo da parte, depotenziarlo. Le lesbiche, a differenza dei gay, possono avere bisogno solo di qualcuno che offra il suo sperma e di una siringa per dolci per realizzare il loro desiderio. Cliniche specializzate che rivendono lo sperma a peso d'oro possono essere facilmente ignorate dalle donne, le quali, pare, non disdegnano di avvalersi di donatori che possono conoscere di persona, una volta presi i primi contatti su internet⁵⁴. Tuttavia, a rendere diffici-

⁵¹ "Since our surrogacy agency had already pre-screened us all on the abortion issue, this provision generated no back-and-forth during the contract negotiation process. Rather, we spent most of our time discussing a provision regarding our surrogate's handling of cat litter!": P. Nicolas, *op. cit.*, p. 1529.

⁵² "In my mind surrogacy contracts are less about enforceability, and more a vehicle for having conversations about difficult topics and making sure that everyone is on the same page", P. Nicolas, *op. cit.*, p. 1259. V. anche, nello stesso scritto, l'insistere su come la maternità surrogata, ancorché contrattuale, 'is not about money', ma un fatto di sentimenti, al punto che la madre surrogata può sentire il bisogno di corrispondere alla preoccupazione dei padri circa i problemi di salute cui il bambino potrebbe andare incontro se allattato artificialmente, e perciò accondiscendere a togliersi il latte per un certo periodo.

⁵³ Secondo C. Danna, autrice di *Contract Children, Questioning Surrogacy*, ibidem Press-Verlag, 2015, è proprio la relazione di fiducia con la madre della creatura che i gay non accettano, di qui le spinte verso una dimensione tutta contrattualizzata e medicalizzata della 'maternità surrogata'. Cfr. l'intervista-dialogo a C. Danna che può essere sentita su <http://www.ustream.tv/channel/libreriadelledonne> (26 gennaio 2016).

⁵⁴ E, quanto alle cliniche, se preferiscono rivolgersi ad esse, le lesbiche forse vorrebbero – mi baso su una testimonianza personale – poter avere a che fare con personale medico e infermieristico interamente femminile. Questo per citare una speciale esigenza delle donne lesbiche che mi pare assai lontana dall'essere tematizzata nel dibattito intorno alla 'omogenitorialità', e certamente non è agevolata dalla dominante impostazione neutra di quest'ultimo.

lissimo che la genitorialità omosessuale diventi lo scenario di una dimensione ‘artigiana’ che vive grazie al coraggio e alla sapienza delle relazioni – e in questo senso certamente ‘libera’⁵⁵ - va da un lato il definirsi, come avviene negli Stati Uniti, di orientamenti delle Corti secondo cui se il concepimento è naturale è più difficile, per il padre, sottrarsi alle responsabilità paterne, sicché l’unico modo per evitarle è ricorrere all’intermediazione medica⁵⁶. Dall’altro lato, vi è la tendenza alla criminalizzazione dell’offerta gratuita dello sperma⁵⁷, una tendenza che, nello spirito dei tempi, assegna alle regole di mercato una funzione garantista. Coloro che offrono il loro sperma gratuitamente o che evitano le agenzie e le cliniche sono fatti oggetto di riprovazione⁵⁸: gli uni e le altre ricordano troppo, è evidente, l’asimmetria (per le donne generare è più facile) tra uomini e donne, che tanto infastidisce. Se il mercato dei gameti diventa ‘necessario’, lo è verosimilmente, in larga misura, per proteggere gli uomini dallo spavento davanti al potere femminile di generare spontaneamente anche da lesbiche.

Certo, anche le coppie lesbiche possono temere che il padre biologico si faccia vivo, avanzi pretese, dia fastidio, chieda un ‘diritto di visita’ dei figli attraverso il quale in realtà intende interferire con la vita della coppia. Il padre biologico, però, nonostante i molti ‘passi avanti’ fatti da questa figura, non avrebbe dalla sua ‘la legge’ con la stessa intensità con cui la avrebbe la donna che si fosse fatta mettere incinta da un gay e poi non volesse più dargli il figlio, ancora oggi altamente protetta dalle diverse legislazioni e tradizioni giuridiche⁵⁹. Il potere

⁵⁵ Il femminismo ha insegnato che approfittare delle “situazioni non vietate... permette di agire il cambiamento nella pratica e sul piano culturale, [creando] relazioni libere tra donne (e tra donne e uomini), legami non previsti dall’ordine patriarcale e non inquadrabili giuridicamente, forme che non hanno bisogno di essere istituzionalizzate” e che rappresentano “una ricerca che diminuisce l’importanza materiale e simbolica del matrimonio e della famiglia, per una società più libera.” (C. Jourdan, *Due donne*, cit. *supra* a nt. 24.) Riprenderò queste suggestioni nella parte conclusiva di questo lavoro.

⁵⁶ Orientamenti riferiti da S. F. Appleton, *Between the Boundaries*, cit., p. 107 ss.

⁵⁷ L’offerta di sperma gratuita ma pubblicizzata via Internet è stata considerata reato perché lesiva delle norme sul commercio; per essere lecita, dovrebbe essere realizzata solo ‘in casa propria’ (S. F. Appleton, *op. cit.*, p. 109 ss. dove riferimenti al cd Free Sperm Movement).

⁵⁸ Cfr. *supra*, nt. 43.

⁵⁹ Il diritto al ripensamento è del resto contemplato in alcune legislazioni sulla maternità surrogata, come quella britannica; un esempio di quel tipo di regolamentazioni che, a giudizio di un pensiero cinico (cfr. M. Fries, cit. *supra* alla nt. 46), non fanno altro che inco-

della donna deve apparire terribile in questi casi, e lo è, e tanto più appare terribile, minaccioso, ingovernabile, tanto più allora servono le carte di avvocato e di notaio, le regole di legge così spesso invocate per ‘regolamentare’ la maternità surrogata, e che nel loro complesso compongono un movimento volto a trasformare l’esperienza pre-sociale e pre-normativa della maternità nel suo contrario, e cioè in un costruito sociale e normativo, del tutto manipolabile perché scisso dalla concreta dimensione della relazione interpersonale.

Benché la rivendicazione universalistica a favore della genitorialità omosessuale stia lì apposta per nascondere, gli interessi e le esigenze delle lesbiche e quelle dei gay sono diversi e solo raramente si sovrappongono: più spesso si contrappongono. Per le donne che vogliono sapere da chi proviene lo sperma, ma vogliono tenersi al riparo da eventuali richieste del padre biologico, sarebbe importante privare il donatore di sperma dei diritti paterni⁶⁰. Questo cozza, però, contro gli interessi dei maschi omosessuali, i quali, se hanno interesse a privare dei diritti materni la madre surrogata, non possono accettare lo stesso verso i padri biologici, quali essi a loro volta sono dei loro figli concepiti artificialmente. La proposta che ne deriva è di sottoporre ad accordi contrattuali pre-nascita i diritti di tutti i genitori, lesbiche, gay o eterosessuali, o, più semplicemente, di introdurre (in paesi in cui il matrimonio omosessuale è ammesso) la regola per cui è figlio dei due coniugi il bambino nato a uno dei due durante il matrimonio. L’interesse delle donne, quello a stabilire che il donatore di sperma non è padre, confliggendo con l’interesse opposto dei gay viene tradotto e diluito in una lotta ‘universale’ contro la qualità specifica della relazione materna e ai danni delle donne lesbiche, privilegiate dalla natura⁶¹ e più garantite dal diritto di famiglia tradizionale⁶², risolvendo

raggiare il ‘turismo procreativo’ verso paesi le cui legislazioni non creano ostacoli al desiderio ‘di genitorialità’ della coppia.

⁶⁰ E. J. Levy, *Virgin Fathers: Paternity Law, Assisted Reproductive Technology, and the Legal Bias against Gay Dads*, in *Am. Journal of Gender Social Policy and L.*, 2014, p. 893 ss., p. 894 ss., dove anche i riferimenti ai punti accennati di seguito nel testo.

⁶¹ La donazione di sperma è in ogni caso, ed inevitabilmente, enormemente più economica della maternità surrogata (in California prezzo medio 150.000 dollari, dei quali la stragrande maggioranza a cliniche agenzie ed avvocati: P. Nicolas, *op. cit.*).

⁶² Nel diritto americano, la presunzione secondo cui è padre colui che cresce il figlio della donna con cui vive è stata applicata alle coppie lesbiche (cfr. E. J. Levy, *Virgin Fathers*, cit., p. 909, per riferimenti); essa non risolve alcun problema per le coppie gay. Anche in Italia l’orientamento dei Tribunali minorili, che evidenzia tendenze favorevoli alla ste-

dosi nella messa al centro dell'istituzione matrimonio, oltre che, in prospettiva, in sistematici svantaggi per le donne (che sinora non sono mai state, per ovvie ragioni, madri per presunzione dei figli generati fuori dal matrimonio dai loro mariti, e forse non manifesterebbero interesse, se interrogate, a perdere i privilegi della maternità).

3.2 Anche la Madre è creata dalla Legge: se la madre lesbica fa la comparsa in un grande racconto di misoginia

La contesa intorno al materno, io credo, si presenta anche nelle coppie lesbiche, o, meglio, nelle narrazioni che le riguardano: secondo la letteratura specialistica la difficoltà a sostenere la domanda, interiore, intorno a chi è *veramente* la madre spiega il ricorso alla tecnica che prevede l'inserimento dell'ovulo fecondato di una nell'utero dell'altra, nel tentativo di essere entrambe madri (ossia: di non avere l'una più potere dell'altra)⁶³. Non si riesce a pensare che il problema possa essere generato proprio dal contrasto, micidiale, tra ideologie della parità e la realtà, fatta di asimmetrie e differenze. Ci si limita a rilevare che “se mettiamo insieme due donne e rendiamo madre ciascuna di esse, la sfida dello stabilire parità per entrambe le madri e del creare spazio per entrambe le madri per *essere* madri può essere scoraggiante”⁶⁴. L'asimmetria del materno, così, la qualità specifica di una relazione non riducibile al potere (e pertanto neppure alla ‘parità’) si rivela l'elemento scandaloso che può vivere, in un contesto che la rifiuta, solo come sintomo nevrotico⁶⁵. Il problema diventa allora non una socie-

pchild adoption, si è manifestato con riferimento a coppie di donne, v., sulla sentenza del Tribunale dei Minori di Roma del 30 luglio 2014 il commento di M. Gattuso su www.articolo29.it; nello stesso sito il testo della più recente, analoga decisione dello stesso Tribunale del 22 ottobre 2015. Tornerò su questi punti nella parte finale di questo lavoro.

⁶³ Sul fenomeno v. il contributo di K.C. Velte, *Egging on Lesbian Maternity: The Legal Implications of Tri-Gametic in Vitro Fertilization*, in 7 Am.U.J. Gender Pol'y&Law, 1998-1999, p. 432 ss.

⁶⁴ D. Ehrensaft, *Just Molly and Me*, cit., p. 175. L'A. mette l'enfasi sull' “essere” madre perché le pare che mentre la paternità può essere più facilmente ridotta a un fare (es. mettere il ciucciottino), la maternità è appunto anche un “essere” pertanto infungibile (ma come tale rappresenta, anziché un “valore”, una “criticità”). È un fatto, sulle cui ragioni sarebbe interessante riflettere, che c'è una certa abbondanza di analisi sui problemi delle famiglie lesbiche, mentre non ve ne sono, almeno di altrettanto facile reperibilità, su quelli delle famiglie gay.

⁶⁵ Questo snodo, di cui sto riferendo nel testo, è altamente rivelatore, per chi guarda le cose in chiave di differenza sessuale, perché proprio nel fatto che esistono differenze tra

tà che non sa vedere l'eccedenza del materno, ma una non abbastanza avvezza alla equipollenza paritaria tra uomini e donne, matrimoni, famiglie, e che va 'educata' in tal senso (alla 'parità', cioè alla repressione dell'eccedenza, dell'eccellenza, e dell'asimmetria del materno e nelle relazioni umane), con la predisposizione di apposite politiche pubbliche.

Se, come ho detto, gli argomenti legati alle rivendicazioni pro gay (particolarmente, ma non solo, con riferimento alla maternità surrogata) paiono condurre un discorso piuttosto chiaramente misogino, alla maternità lesbica è spesso assegnato (nella grande narrazione costruita dalle rivendicazioni del diritto alla omogenitorialità), il ruolo di aggredire il materno in un modo ancora più insidioso e più profondo: distruggendone l'autorevolezza e l'autonomia e la capacità di comunicare alle donne fiducia in se stesse.

donne (e anzi nel fatto che, per definizione, ogni donna ha a che fare con un'altra che ha un di più, cioè la madre) il pensiero della differenza sessuale ha visto la strada maestra per la libertà femminile, dal momento che 'il di più' di un'altra donna offre all'altra la possibilità di autorizzare se stessa a vivere e ad agire, a manifestarsi sul piano sociale, riferendosi, appunto, a una 'autorità' femminile. Stabilire per protocollo psico-medico che *il di più di un'altra donna è causa di sofferenza per un'altra* significa dunque sbarrare, in nome dell'autorità scientifica, risorse di pensiero e di esperienza che hanno condotto molte donne a riuscire ad attribuire valore a stesse, e a darsi libertà, grazie al supporto di donne più dotate (di capacità, di risorse). In termini politici, colpevolizzare o patologizzare la differenza tra donne significa confinare il femminile (le movenze di cui è capace e che genera) nel dispositivo dell'invidia, anziché in quello dell'ammirazione. Il motivo per cui una donna soffre del di più che un'altra donna ha (o è), è stato chiaramente messo a fuoco dal pensiero della differenza sessuale: "Indagando su di noi, abbiamo visto che la disparità tra donne, con tutto quello che significa, evoca una figura materna che può risultare schiacciante quando non c'è misura sociale del valore anche per la singola. (...) Le donne hanno bisogno della potenza materna se vogliono esistenza sociale libera. La madre raffigura simbolicamente la mediazione sessuata, ciò che le mette in rapporto con il mondo aprendo un circuito vitale fra il sé e l'altro da sé della loro esperienza, altrimenti scissa tra un'intimità indicibile e un esterno estraneo. La potenza materna, in sé, non è qualcosa da cui la singola donna debba difendersi, al contrario. *Ma può apparire tale in un sistema simbolico-sociale che non le insegna né le mostra in pratica, perché non lo prevede e anzi lo esclude, il modo in cui la singola può rapportarsi a quella potenza e farne in concreto la fonte del suo valore come della sua libertà.*" (*Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 155, corsivo aggiunto.) Discorsi che insistono su come il potere o l'eccellenza di un'altra determini in ogni donna sofferenza sono funzionali a impedire o contrastare lo stabilirsi del riconoscimento sociale del valore femminile, perché rendono più difficile a ciascuna donna rendersi conto che il valore dell'altra è per lei una risorsa. Quel tipo di discorsi tende a perpetuare la subordinazione femminile e a fare delle donne altrettanti soldatini di battaglie condotte per cause neutre e cioè nell'interesse altrui.

Il collegamento del materno alla autorevolezza, e in questo senso alla forza, da un lato, e l'attribuzione al materno di una capacità generatrice sul piano sociale (dunque politico) sono state sottolineate, lo ricordavo all'inizio, dal femminismo italiano 'della differenza sessuale', come un antidoto rispetto alla concentrazione dell'attenzione sul problema del potere, e dei diritti, che contrassegna altre culture femministe. Chi pensa di poter attingere alla propria natura sessuata al femminile come a una fonte di autorevolezza e di riconoscimento è meno preoccupata di gareggiare sul piano del potere con reali o supposti antagonisti 'maschili': anzi tende a riconoscere nelle politiche (e nelle retoriche) improntate alla richiesta di diritti altrettante manifestazioni di manifestazione di debolezza e di subalternità. La parola che, del lessico del diritto, meglio mi pare associabile al mondo ideativo e di prassi che valorizzano il femminile come autorevole è la parola "autonomia": un darsi norma che proviene dal circuito delle relazioni che una ha scelto, a partire dalla propria natura sessuata al femminile. Come ricordavo in precedenza, l'ordine simbolico della madre parla della capacità di ciascuna donna di trovare autorizzazione e riconoscimento in una autorità di origine femminile, anziché rimettersi alla misura eteronoma costituita dall'ordine dato⁶⁶, il quale, diventando neutro e rispettoso 'di tutte le differenze', non include e non valorizza le donne esattamente come non lo faceva quando era esplicitamente maschile e patriarcale.

Ora, il fenomeno della genitorialità omosessuale lesbica raramente ci giunge narrato senza la mediazione di un movimento politico rivendicativo, che chiede diritti. Raramente, altresì, per non dire mai, la maternità lesbica ci viene presentata come un fenomeno distinto e distin-

⁶⁶ "Quando torna direttamente in gioco la differenza sessuale e il conflitto tra i sessi, come nel caso dell'aborto o della violenza sessuale, bisogna avvertire che la norma è sempre una figura seconda, derivata. Che serve a misurare quello che di fatto ha luogo nel corpo sociale. *Non esistono leggi, come alcune invece sembrano credere, che possano dare valore alla sessualità femminile se questo non le è riconosciuto socialmente.*" (*Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 71, corsivo aggiunto.) Come ho ricordato anche *supra*, alla nt. 24, fa parte delle riflessioni più classiche legate dal pensiero della differenza sessuale la sottolineatura che la madre, ossia la donna autorevole in relazione a sé e ad altre ed altri, non chiede aiuto al diritto, semmai lo crea, intanto generando da sola, con l'autorizzazione di un'altra, la norma che serve per legittimare una azione o un percorso e poi componendo un tessuto di trasformazioni delle prassi e delle mentalità, che possono essere col tempo recepite dal diritto (cfr. in part., sul rapporto donna-avvocata, L. Cigarini, *La politica del desiderio*, Pratiche editrice, 1997).

guibile né dalla genitorialità omosessuale maschile, né da quella eterosessuale.

La madre omoerotica si trova così a essere interamente ascritta a un paradigma preciso, e del quale innumerevoli ascendenze potrebbero essere rintracciate nel pensiero filosofico, storico, sociologico e giuridico: un paradigma composto da un lato dalla *indistinzione dei sessi*, che nega la differenza femminile, dall'altro lato dalla *dinamica propria dell'oppressione*: chi è oppresso da un sistema normativo cerca nel sistema normativo la salvezza dalla propria oppressione (e, di fatto, salva solo quel sistema e i suoi dispositivi). È una dinamica nemica della libertà femminile, come è stato tante volte notato, perché rappresenta tutte le donne come svantaggiate e oppresse.

Si pensi alle storie narrate dalla casistica relativa alla maternità lesbica, che sono spesso altamente confusive, di difficile decifrazione, e assai di rado, è da credere, 'spontanee' (è una casistica che spesso sorge, e comunque viene guidata, dai movimenti rivendicativi dei diritti per le persone omosessuali). La donna lesbica che vuole un figlio adottivo ma vuole anche che le istituzioni passino sopra come nulla fosse al fatto che la sua compagna non supporta il suo desiderio (e in primo luogo, a tanto passa sopra lei: in che relazione sta dunque con l'altra?)⁶⁷; la coppia lesbica che chiede, e ottiene, che al padre legittimo siano tolti i diritti paterni, nonostante si tratti di un padre assiduo e legato al figlio⁶⁸; la coppia lesbica che si separa, e dopo di ciò una delle due va a cercare il padre biologico del proprio figlio, ottenendone la condanna agli alimenti⁶⁹. Casi come questi raccontano vicende che paiono segnate da un alto grado di confusione, e che sollecitano dall'ordinamento risposte di assai ambigua portata, proprio con riferimento alla libertà femminile, cioè alla possibilità, per ciascuna donna, di immaginare di poter stare in modo libero, con signoria su stessa, nel mondo: dai dispositivi si ricava una morale per cui è meglio avere figli in coppia e nel matrimonio che da sole; i diritti del genitore biologico (dunque anche della madre surrogata) devono recedere; tuttavia il padre rimane sempre un valore, come breadwinner, come punto di

⁶⁷ È il caso *EB v France*, che ho ricordato *supra*, nt. 25.

⁶⁸ *X&Other v Austria*, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 19 febbraio 2013. Anche su questo caso v. G. Repetto, *Le adozioni omoparentali*, cit. *supra* alla nt. 25.

⁶⁹ Ricordo il caso *Morotto*, deciso dalla Corte distrettuale del Kansas nel 2013 (il caso è anche un ammonimento ai maschi a non ricorrere alla donazione spontanea di sperma): v. S.F.Appleton, *Between the Binaries*, cit., p. 95 per ulteriori riferimenti.

approdo e salvezza (economica o razionale, il che, oggi in particolare, è come dire la stessa cosa) da una femminilità incerta e contraddittoria che si auto-vittimizza e rinuncia a procedere coi propri mezzi.

Non solo la madre surrogata, emblema misogino delle rivendicazioni gay, dunque, ma la stessa genitorialità omosessuale lesbica, compagna di quelle rivendicazioni, veicola un femminile che sembrava dimenticato. Se la prima rimanda al mero biologismo o rievoca la donna santa e donativa, la seconda riveste troppo spesso l'immagine della donna bisognosa e rivendicativa che non sa dare ordine da sé al mondo in cui si trova, a partire dalle proprie relazioni⁷⁰.

Essa serve alla fine (come apparentemente l'intero itinerario della genitorialità omosessuale) a far emergere *i figli* come definitivo perno dell'organizzazione della vita adulta e la società (l'approvazione sociale) come misura del successo esistenziale.

La radice ideativa della decostruzione dell'identità sessuata risale alla lezione strutturalista e post-strutturalista: al 'soggetto assoggettato'. In quest'ottica, la genitorialità omosessuale femminile, con la quale è appunto la madre che si sottomette alle regole date, fa trionfare l'assoggettamento del soggetto ai costrutti tra cui oscilla, e la donna si risolve in madre per tornare a intonare l'antica storia di un femminile subordinato, disordinato, mancante, tutto orientato fuori di sé. Lo fa, quando sceglie di allinearsi, lei che è madre al di sopra della legge, alle rivendicazioni dei maschi, che possono trovare consistenza solo attraverso finzioni normative.

Anche dal punto di vista dell'immagine del diritto e della sua funzione sociale la madre autorevole del femminismo della differenza sessuale e la madre subalterna dell'omogenitorialità rimandano implicazioni molto differenti. La prima si richiama al diritto come dimensione del controverso e dell'opinabile, scena del processo, "scambio del vero nel vero", rinvia al "giusto naturale mutevole", capace di tra-

⁷⁰ L'opposto, dunque, della 'madre autonoma' che permette la nascita, nascita intesa come 'riproduzione simbolica di sé', e che è la leva della libertà femminile secondo il pensiero della differenza sessuale: "la madre autonoma, ossia non più fantasticata buona/cattiva, non più assalita dalla paura del rifiuto per reclamare accettazione, madre parlante fuori dal simbolico dominante (la cosiddetta legge del padre) perché finalmente interpellata da un desiderio femminile che si esprime in parole. La 'madre' potendo essere quella reale come una donna qualsiasi o il gruppo delle donne o anche l'intera società. (...) La figura della madre autonoma [vuol] dire che la differenza femminile, per esistere, deve legittimarsi da sé e esporsi per se stessa." (*Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 51-52.)

sformare il mondo mantenendolo mondo in comune tra gli esseri umani⁷¹.

La seconda vede il diritto come insieme di norme che codificano il permesso e il vietato, il buono e il cattivo, il giusto e l'ingiusto, e che dovrebbe riflettere un giusto naturale oggettivo⁷².

Il soggetto assoggettato spande un immaginario in cui domina una visione negativa delle differenze e che rimanda alle valenze autoritarie dell'espressione 'diritto' e delle esperienze al diritto riconducibili, a partire da quelle implicate nel 'libertario' paradigma 'anticasta'.

È una madre dunque, quella omoerotica, per come rappresentata dalle narrazioni legate alla rivendicazione dei diritti alla genitorialità omosessuale, che restaura la Legge, i suoi dispositivi ordinanti, la sua funzione di garante di un ordine altrimenti non immaginabile, e cioè la Legge del Padre, e che serve a lui.

3.3 *Di nuovo figli (al posto della figlia)*

Il guadagno, molto ambiguo, che le rivendicazioni del diritto neutro e universale alla 'genitorialità omosessuale' portano alle donne lo si può vedere ribaltando il tema sulle figlie. È un punto di vista che non viene mai proposto. Eppure non è difficile percepire che se una bambina può avere due madri, oppure due padri e nessuna madre, la relazione madre-figlia e il ricavo di autorevolezza che proviene dal potersi iscrivere in una genealogia femminile sono resecati, annullati, esclusi persino dal tenore del discorso, lo è il valore che la nascita da un'altra donna, di cui partecipa la potenza, assegna a ogni donna.

Nella tematizzazione della genitorialità omosessuale, così come al posto della madre e del padre risalta la 'famiglia', anche i bambini sono 'figli', ma né maschi né femmine. Questo conduce a mettere a tacere le possibili implicazioni di una differenza che intercorre tra una coppia omosessuale e una coppia eterosessuale dal punto di vista dei figli, e che risiede nel fatto che i bambini di ciascun sesso trovano in una coppia etero un genitore dell'altro sesso, e uno del *proprio* sesso.

⁷¹ Questo è un aspetto dell'idea di giustizia naturale su cui ragiona F. Viola, *Come la natura diventa norma*, in *Diritto pubblico*, 2011, p. 147 ss.

⁷² In questo senso ho trovato efficace la sintesi di C. Ocone in un blog su *Huffington Post* del 6 ottobre 2015: "nella rivendicazione dei diritti delle persone omosessuali gioca la tematica dei 'diritti naturali e oggettivi' che in quanto tali si vorrebbero imporre in quanto gli unici effettivamente non discriminatori".

Quella secondo cui la differenza sessuale tra i genitori è un bene per i bambini è considerata una tesi bigotta e passatista, nella misura in cui allude al fatto che crescere in una famiglia eterosessuale faciliterebbe un orientamento eterosessuale. In effetti, molto spesso l'argomento che sostiene che per i bambini sarebbe bene crescere in una coppia eterosessuale punta sul fatto che il bambino trova in essa un genitore 'dell'altro sesso'. Ed inevitabilmente, è vero, questo genere di argomentazioni fanno sentire una pregiudiziale discriminatoria: il loro presupposto è che l'eterosessualità è migliore dell'omosessualità. Vi è però un ulteriore e diverso aspetto del problema: solo in una coppia eterosessuale un bambino trova sicuramente un genitore del *proprio* sesso, solo in una coppia eterosessuale o in una coppia lesbica una bambina ha la possibilità di rispecchiarsi in altre donne, di cui una è sua madre. Questo aspetto del problema potrebbe essere formulato solo attingendo al punto di vista femminista, non di rado lesbico, che ha evidenziato l'importanza della genealogia materna per la capacità delle donne di dare un valore a se stesse⁷³; l'unico che avuto il coraggio di dire che essere donne è meglio di essere uomini, e, comunque, è *diverso* (è una differenza diversa da tutte le altre).

Il *fin de non recevoir* opposto a queste visuali dal compatto operare delle logiche della parità (che riconoscono le donne a condizione che

⁷³ L. Muraro, *L'ordine simbolico della madre*, Editori riuniti, Roma, 1994; Ead., *Non è da tutti*, cit., p. 62: "Oggi, come noto, il bisogno di riconoscimento è molto sentito e diffuso. Vi sono analisti che lo considerano un sintomo di malessere collegato all'individualismo moderno. Non sono d'accordo, secondo me il bisogno di riconoscimento ha una radice più profonda e più sana, relazionale: esprime la domanda di vedere negli occhi di altri che la propria esistenza ha valore per se stessa, perché, senza questa conferma, diventa difficile che essa ne abbia ai propri occhi. Per Leopardi, come sappiamo, il riconoscimento era qualcosa da conquistare nobilmente, compiendo opere grandi e memorabili. Oggigiorno sembra che siamo scaduti, il riconoscimento lo dà il successo e lo sancisce, agli occhi delle masse, l'andare in televisione: dalla fama di Leopardi all'Isola dei famosi è un brutto salto. Ma, quali che siano i nomi e i mezzi o i surrogati, come sua origine propria il bene di vedersi riconosciute/i nella propria esistenza singolare e non in funzione di altro o di altri, questo bene si produce nella relazione materna. (...) Il riconoscimento materno è un dono allo stato puro, nasce dalla gratificazione di lei che si rispecchia nella creatura cui ha dato vita. Poi però, come gli altri beni che hanno origine nella relazione materna, anche questo entra nella vita sociale dove circola, si trasforma, si distribuisce, si vende, si compra, si copia, si accumula, a seconda di quello che chiamiamo ordine simbolico di una certa società, ordine o disordine. E così si verifica l'ingiustizia, che indignò il poeta Franco Fortini, della valorizzazione del maschile a danno delle donne... a danno e spese, perché ora scopriamo che si tratta di un bene di origine femminile." La relazione materna, si trae dalle parole fin qui riportate, è costitutivamente l'opposto di ogni atteggiamento utilitaristico o strumentale.

non siano niente di più e di diverso dagli uomini, da quel che già si può essere, ossia a condizione che esse siano *una variante superflua dell'umano*⁷⁴) è emblematicamente riassunto dalla pratica impossibilità di porre un problema che non discute l'astratta idoneità di persone e coppie omosessuali a crescere i bambini, ma si chiede più specificamente se crescere in una coppia di maschi corrisponda al *best interest di una bambina*, e risponda, in particolare, alla sua capacità di sviluppare una visione di sé valorizzante e autonoma.

Non sono di molti anni fa queste parole:

«A chi oggi abbia a cuore la giustizia sociale (...) propongo di affiggere in tutti i luoghi pubblici delle belle immagini raffiguranti la coppia (naturale e spirituale) madre-figlia, coppia che testimonia di un rapporto molto particolare con la natura e la cultura. Simili rappresentazioni sono assenti da tutti i luoghi civili e religiosi. Ciò significa un'ingiustizia culturale facile da riparare». Perché disse 'ingiustizia'? Perché, spiegò, la mancanza di immagini dedicate alle genealogie femminili si accompagna a una perdita di identità individuale e collettiva per le donne. La coppia madre-figlia viene sempre cancellata, anche quando viene onorata, aggiunse, e citò Lourdes, che attira grandi folle e riguarda la relazione di una figlia (Bernadette) con una madre divina, ma la madre viene solitamente rappresentata senza la figlia e il tutto viene solitamente rappresentato e gestito da uomini. «Eppure quell'evento potrebbe commemorare la coppia madre-figlia così importante prima della nostra storia patriarcale»⁷⁵.

⁷⁴ «Dentro la società dell'emancipazione femminile, quando non lavora al servizio dell'uomo, una donna avverte subito che la sua differenza umana costituisce una particolarità visibile quanto irrilevante. È una donna ma potrebbe anche essere un uomo e da mille indizi la società le fa intendere che per lei sarebbe meglio esserlo veramente. Il progresso promesso sarebbe che un giorno la società non le manderà più questo segnale, per cui si troverà donna senza nessuna ragione per esserlo ma senza sentire che per lei sarebbe meglio non esserlo. *Il progresso sarebbe dunque che io sia divisa in due, corpo di sesso femminile da una parte, soggetto pensante e sociale dall'altra, e tra le due neanche più il legame di un disagio sensibilmente avvertito: lo stupro portato alla sua perfezione di atto simbolico.*» (*Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 179.) È un ammonimento che, in un'epoca di politiche di genere che promuovono tutte le differenze, ma ripudiano la differenza sessuale, potrebbe dare a riflettere quanto alla sorte cui vanno incontro le differenze, di cui possiamo essere portatori, compreso l'orientamento sessuale, quando, aderendo allo schema paritario, accettiamo che esse vengano rappresentate per definizione come *irrilevanti*.

⁷⁵ L. Muraro, *Non è da tutti*, cit., p. 84-85. La proposta, pronunciata nel 1989, è di Luce Irigaray.

Intendo, con queste osservazioni, richiamare l'attenzione sulla resistenza a intavolare un discorso intorno a come la fiducia di una donna nel proprio essere donna passi attraverso i rapporti con altre donne, e a come quel nesso di fiducia, di cui sintesi e simbolo è la relazione materna, sia un bene per il vivere insieme.

«Non c'è legge e non c'è un metodo che provveda all'alchimia dell'amore femminile della madre, ma c'è una pratica, quella di suscitare e alimentare la fiducia tra le donne, che ha un certo potere di far rivivere l'antico rapporto e di risanare ferite che il tempo renderebbe definitive».⁷⁶

4. Ricominciare dall'a b c: non ogni differenza è uno svantaggio

Ho iniziato queste riflessioni contestando la logica universalistica sottesa alla rivendicazione del diritto delle persone omosessuali alla procreazione; tuttavia mi pare anche che vi sia, effettivamente, un universale, qualcosa che riguarda donne e uomini, omosessuali e eterosessuali, gay e lesbiche, coinvolto nella 'genitorialità omosessuale' e questo universale è il nostro rapporto, di ciascuna e di ciascuno, e della nostra convivenza, con l'autorità, e la libertà, femminile che si incarna simbolicamente nel materno. Cogliere come il conflitto intorno al materno, quale oggetto di invidia, fatto di potere, componente del senso della propria soggettività sia al centro di quella che chiamiamo 'omogenitorialità' come è al centro delle relazioni uomo-donna potrebbe io credo spogliarlo di carattere fantasmatico e metterlo all'opera come elemento creativo di ordine, ordine non generabile dalla logica paritaria, così opposta e inconciliabile alla asimmetria del materno, il quale invece origina quella differenza che è compagna della ricerca della giustizia.

Certamente, infatti, vi è molto disordine nelle questioni concernenti la genitorialità omosessuale, un disordine palpabile che si esprime in due modi, spesso accoppiati: la contraddittorietà degli argomenti e delle rappresentazioni, l'abuso sofisticato della razionalità. Circa la contraddittorietà degli argomenti, posso citare alcuni elementi che mi paiono significativi. Uno inerisce al ruolo e all'importanza della di-

⁷⁶ L. Muraro, *Non è da tutti*, cit., p. 77.

scendenza ‘biologica’. Se non fosse così importante, perché creare tutto questo macchinario di procedure tecnico-mediche e di prescrizioni disciplinanti, perché fare tutta la fatica che l’impresa rappresenta? Tuttavia, nello stesso discorso intorno alla genitorialità omosessuale, il legame biologico è svalutato, i donatori di gameti mettono a rischio la famiglia omosessuale e bisogna tenerli nell’anonimato, o occorre privare legalmente i genitori biologici del loro status, per garantire la famiglia omosessuale. Conta dunque o non conta il legame biologico⁷⁷? È una questione di un certo peso, e la cui valutazione ha importanti implicazioni in primo luogo sul piano pratico. Spesso le tesi pro-gay sostengono che la fecondazione assistita e la maternità surrogata non possono essere limitate o vietate perché sono il modo in cui gli omosessuali realizzano il loro diritto fondamentale alla procreazione e alla famiglia, e che la possibilità di adottare, che non garantisce la discendenza biologica, non rappresenta una valida alternativa. In tal modo però non si spiega la, pretesa, necessaria e inevitabile prevalenza del legame biologico del genitore omosessuale con la progenie artificialmente concepita, rispetto a tutti gli altri legami biologici che quella porta. Come un argomento così contraddittorio può portare alla conclusione automatica che l’adozione non è, invece, soluzione preferibile, perché capace di garantire un bilanciamento adeguato tra interessi diversi, per soddisfare il bisogno di genitorialità dei maschi omosessuali?

Se, d’altro canto, maternità e paternità si fondono in un *doing*, in un agire, in un set di comportamenti, se dunque il fare, il piano materiale è così importante per determinare la genitorialità, come si può ammettere che una donna che per nove mesi porta il pancione non sia madre? Vi sono poche cose di più sociali, visibili e condizionanti il proprio essere, di una gravidanza. Il ‘fare’ del parto non fa ‘la madre’ mentre lo ‘fa’ il mettere il ciucciotto e cambiare i pannolini? Se la gestazione non istituisce il legame materno, perché essa è ritenuta, invece, in grado di istituire quello paterno, come evidentemente pensa chi impone alla surrogata di ascoltare, durante la gravidanza, per prescrizione contrattuale, una cassetta in cui è registrata la voce dei futuri padri⁷⁸?

⁷⁷ È S. Ehrensaft, cit. *supra* alla nt. 32, a rilevare l’effetto psicologicamente scardinante di queste contraddizioni interne ai discorsi di cui è percorsa la genitorialità omosessuale.

⁷⁸ Questo dettaglio viene sempre dalla narrazione che P. Nicolas fa della propria esperienza nello scritto più volte citato.

Come mai tra contigue dimensioni del ‘fare’ solo quelle imitabili, riproducibili, estrinseche (il cambiare i pannolini) dovrebbero denotare la maternità? Come mai una legge dovrebbe entrare in causa per emancipare gli uomini dalla loro subordinazione al materno? (E quale vantaggio vi è nel ridurre l’intera esperienza umana al piano puramente operativo?)⁷⁹)

Un’altra, profonda linea di contraddizioni percorre le motivazioni e le finalità della rivendicazione della genitorialità omosessuale. Quest’ultima reclama di potersi esprimere contro i ruoli di genere stereotipizzati, ma, per dare a sé stessa consistenza, li riproduce (‘fare’ la mamma, ‘fare’ il papà). Non solo ritorna qui un motivo misogino, posto tutto ciò che una donna, e una madre, può essere, viene imbalsamato in un modellino che sta al posto della realtà. La rivendicazione della genitorialità omosessuale che nasce dalla contestazione degli stereotipi e poi se ne avvale, che contesta l’identità sessuata, ma si risolve in un grido a essere finalmente se stessi segnala, anche, una enorme oscillazione del pensiero, che è benefica. Esiste, dunque, un’identità, una soggettività, un Io che desidera, vuole, sceglie, ha una sua libertà? Se è così, le premesse costruttivistiche, e decostruttive, su cui si costruisce la tematica di genere alleata alle rivendicazioni antidiscriminatorie, posano sul contrario di se stesse, cioè sull’idea che una verità del soggetto esiste, come verità (parziale e soggetta a mutamento) radicata nella sua esperienza; ma allora, esiste anche tra i soggetti un mondo comune cui risale la possibilità di giudicare la legittimità, l’opportunità, la giustezza delle scelte di altri, che condizionano il mondo comune agli esseri umani, il vivere insieme⁸⁰.

⁷⁹ L’aggettivo è ovviamente un rimando a Marcuse e all’orizzonte teorico, straordinariamente attuale, de *L’uomo a una dimensione*.

⁸⁰ Ne è consapevole, finemente, la pensatrice che ha riflettuto in modo più autorevole intorno al ‘genere’, cioè Judith Butler, la quale da un lato, come noto, adotta tutte le risorse costruttiviste e decostruttiviste da cui il concetto nasce per sviluppare la sua idea performativa del genere, del sesso e, invero, dell’Io, ma al tempo stesso coglie che soltanto lasciando aperta una ineffabile frattura, uno spazio tra la persona e i processi sociali da cui (in tesi) è costruita e decostruita è possibile pensare la vita umana in termini di libertà e dunque conservarne la dignità (nel dubitativo e problematico saggio *Rendere giustizia a qualcuno*, in *Fare e disfare il genere*, 2004, trad. it. cur. F. Rampino, Mimesis, 2014, p. 107 ss., p. 126 ss., questo spazio è messo in parola in termini di ‘possibilità di essere amato’). Butler ha dimostrato più volte di avere a cuore, ben più che il riconoscimento del matrimonio e della ‘famiglia’ omosessuale, “una rottura del concetto tradizionale di parentela” grazie al quale “la sessualità al di fuori del contesto monogamico può offrirci un diverso senso della comunità.” (*Fuori da sé*, in *Fare*, cit., p. 64).

Il giudizio è un criterio che ci riconduce al mondo comune, e che richiede doti di ragionevolezza, equità, decentramento, qualche volta latitanti nei ragionamenti di coloro che sostengono i diritti delle persone omosessuali alla procreazione, i quali appaiono spesso ispirati, viceversa, da un'ansia cartesiana, dall'abuso della simmetria, e in questo senso della razionalità, tutte manifestazioni del procedere fine a se stesso di un paradigma paritario, nemico delle differenze e, pertanto, della giustizia. Ho citato, all'inizio, il caso del diritto dei figli alla conoscenza delle proprie origini: siccome questo diritto minaccia la famiglia omosessuale più di quella eterosessuale, allora occorre rimettere entrambe sullo stesso piano davanti all'invasività di un grande, meccanico, registro 'attivo' dei dati genetici. O la soluzione antidiscriminatoria ideale quanto a diritti parentali: sottoporre tutti i legami genitoriali, di etero, lesbiche e gay, a contratti pre-nascita.

Antiche riflessioni (uguale, giusto, è trattare in modo eguale l'eguale, diverso il diverso) ci ricordano che se tutti fossimo uguali, non ci sarebbe il problema (e la capacità) di ricercare la giustizia: noi possiamo pensare la giustizia solo perché e proprio perché esistono differenze; riducendo l'eguaglianza a una equipollenza se ne reseca il legame con la ragionevolezza e con la giustizia⁸¹. Una volta che le differenze, che pongono problemi qualitativi⁸², vengano obliterate (al-

⁸¹ In filosofia del diritto, questo discorso è stato condotto da L. Palazzani, *Sex e Gender: gli equivoci dell'eguaglianza*, Giappichelli, Torino, 2011.

⁸² "Vi sono disparità fra esseri umani, come quella tra uomo e donna, che stanno al posto di una differenza qualitativa non interpretata come tale. Qui, eliminare l'ingiustizia non vuol dire instaurare la parità ma rendere parlante la differenza in forme sociali libere. Vi sono disparità feconde, come quella tra adulto e bambino, che è la sola che possiamo portare a esempio nella nostra cultura ma altre esistono o potrebbero esistere. Vi sono disparità come quelle di bellezza o di salute, che spesso sono ineliminabili e non ha senso chiamarle ingiustizie sebbene diano purtroppo occasione alle peggiori ingiustizie – pensiamo alla condizione dei malati o dei vecchi senza il potere del denaro. Una politica egualitaria non ha strumenti per vagliare e non arriva mai a eliminare l'ingiustizia. I progetti egualitari, infatti, sono regolarmente destinati a rifluire per il colpo di coda reazionario che ricevono dall'esterno come dal loro interno quanto la non eliminabile disparità fra esseri umani diventa il veicolo del privilegio sociale di alcuni nei confronti di altri. Il Sessantotto ne è un esempio, basta pensare alla famosa selezione scolastica o sociale rivalutata dagli stessi che l'avevano deprecata a morte nel momento dello slancio per eliminare l'ingiustizia. Il problema è di impedire che le misure del potere passino sopra quelle differenze qualitative entro cui si custodisce il valore originario di un'esperienza umana. E di sapere che anche la ricerca di giustizia sociale tende spesso a passarci sopra." (*Non credere di avere dei*

meno nel discorso) al massimo può sopravvivere, al posto della giustizia, la vendetta, che non può che riproporre il suo approccio prettamente quantitativo⁸³.

La rivendicazione ideologizzata della ‘genitorialità omosessuale’ è una forma di vendetta maschile contro la libertà femminile⁸⁴? Le donne che aderiscono a questa rivendicazione neutra vivono forse, nei confronti del proprio sesso, contraddizioni simili a quelle di coloro che aderirono, a suo tempo, all’ideale della parità⁸⁵? Sono domande provocatorie, che pure varrebbe la pena di indagare per spiegare il successo planetario della rivendicazione a favore del matrimonio omosessuale, il notevole avanzamento dei diritti delle persone omosessuali alla procreazione, diritti i quali, veicolati da un discorso e da un punto di vista prevalentemente maschile, si risolvono nell’aspirazione al controllo e alla mercificazione del corpo e dell’immagine femminile⁸⁶. A pagare, in effetti, è solo l’autorità fem-

diritti, cit., p. 163, nel corpo di un paragrafo intitolato “Custodire le differenze qualitative”. Corsivo aggiunto).

⁸³ Per le radici di queste mie affermazioni cfr. A. Giuliani, *La definizione aristotelica della giustizia. Metodo dialettico e analisi del linguaggio normativo*, 2ª ed., Perugia, CLUEB, 1985. Per la natura qualitativa dei problemi che si pongono al giurista v. Id., *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia, 1966. Traggo da Giuliani anche il concetto di ‘abuso della razionalità’, filtrandolo attraverso la riflessione di F. Cerrone, *Appunti intorno a interpretazione e principi (con particolare riguardo alle fonti del diritto) nel pensiero di Alessandro Giuliani*, in F. Cerrone, G. Repetto, *Alessandro Giuliani. L’esperienza giuridica tra logica e etica*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 617 ss.

⁸⁴ Cfr. *supra*, nt. 38.

⁸⁵ “[C]’è una paura femminile a esporre il proprio desiderio, ad esporsi con il proprio desiderio, che induce la donna a pensare che gli altri le impediscano il desiderio, e così lo coltiva, così lo manifesta, come la cosa impedita a lei da una autorità esterna. In questa forma negativa il desiderio femminile si sente come autorizzato a significarsi. Pensiamo soltanto alla politica femminile della parità, portata avanti da donne che non si fanno mai forti di una volontà propria ma sempre e soltanto di ciò che gli uomini hanno per sé e che viene ad esse negato. Non a caso la politica della parità si stava introducendo all’interno del femminismo, sebbene fosse in contrasto con le sue idee e ragioni di fondo, tutte legate al pensiero della differenza sessuale. All’interno del femminismo la politica della parità non aveva fondamento teorico, ma trovava nutrimento nella debolezza del pensiero femminile, nella sua reticenza a esporsi, nella sua mancanza di autorizzazione simbolica.” (*Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 52).

⁸⁶ È un fatto che l’Irlanda, mentre ha recentemente riconosciuto il matrimonio gay, continua imperturbabile a criminalizzare l’aborto. Vi è chi avanza l’ipotesi che la rivendicazione del diritto al matrimonio abbia ottenuto i rapidi, formidabili successi che ha ottenuto perché è una rivendicazione che interessa anche, se non soprattutto, gli uomini. V. per riferimenti a questo punto di vista le opinioni riportate da K. Pollitt, *Il matrimonio gay piace più dell’aborto*, in *Internazionale*, n. 1104/2015, p. 38.

minile, la capacità delle donne di darsi misura e valore tra loro e di assumere parola autorevole nel mondo; non si comprende il guadagno di libertà che venga alle donne, omosessuali e eterosessuali, da battaglie così condotte e da pratiche così orientate.

Le argomentazioni che circondano e costruiscono i “diritti delle persone omosessuali alla genitorialità” paiono in molti casi riflettere, come ho cercato di mostrare, una ideazione condizionata dallo svantaggio degli uomini nei confronti delle donne nella procreazione, e propalano, perciò, una visione negativa delle differenze, identificate come ciò che determina svantaggio e dunque deve essere rimosso, che è del resto la visione che sta tradizionalmente alla base della retorica antidiscriminatoria (la quale proprio per questo motivo è stata tante volte, e da tante diverse voci, criticata, sino al suo odierno ripresentarsi intatta e nuovamente pregiata). È una concezione non leale nei confronti di chi porta una differenza che è invece un di più, e cioè, nell’ambito che ci occupa, delle donne, capaci di essere madri. Una argomentazione più ordinata, più ricca e chiaroscurata dei temi che ruotano intorno al desiderio di donne e uomini omosessuali di diventare madri e padri, non potrebbe non partire, a mio avviso, dal riconoscimento di questo di più, che mette le madri lesbiche in una posizione più agevole di quella degli aspiranti padri gay, e che colloca il materno, che le retoriche della maternità surrogata vorrebbero equiparare a una cosa qualunque regolabile per contratto, nella posizione di un bene indispensabile per tutti, a partire dagli uomini e che, volenti o nolenti, ci regola tutti, animando le nostre passioni, i nostri bisogni, le nostre invidie e la nostra capacità di vivere insieme.

5. *Brevi suggerimenti per il legislatore.* Riportate a prospettive di concreta disciplina positiva, le considerazioni che ho svolto sin qui si traducono, evidentemente, nell’auspicio che, affrontando il tema della genitorialità di lesbiche e gay, il legislatore assuma un’ottica di differenza sessuale, differenziando la posizione giuridica delle coppie lesbiche rispetto a quella delle coppie gay in relazione alla filiazione, come già avviene in altre esperienze, e assumendo come principio ordinatore il valore della relazione materna, da intendere e da salvaguardare come valore che *si congiunge* a quello della tutela dell’interesse del bambino⁸⁷.

⁸⁷ Lo sottolineo perché da millenni il genere umano è abituato a pensare, al contrario, che un modo dell’amore materno sia *rinunciare* al figlio in nome del suo bene, ovverosia

In particolare, sul modello di una recente legislazione belga⁸⁸, e in armonia con le tradizionali istituzioni della filiazione, ritengo che per le coppie lesbiche l'acquisizione dello status di genitore in capo alla partner della madre dovrebbe essere considerata automatica per via di presunzione *iuris et de iure*, nell'orizzonte, per il momento come è noto non prescelto dal nostro legislatore, del matrimonio omosessuale, oppure essere fortemente facilitata, mediante un consolidamento, e una nuova accentuazione, delle possibilità già esistenti in tema di adozione speciale, nel caso si affermi in Italia il modello dell'unione civile. Nel nostro ordinamento si è rivelata del resto già del tutto percorribile l'ipotesi di adozione speciale, subordinata al consenso della madre anche nel caso di coppie non unite da un legame formale⁸⁹. Il legislatore dovrebbe a mio avviso sostenere questi orientamenti ma anche evitarne le implicazioni neutre, dando risalto, da un lato al fatto che, nella coppia lesbica, che sia o meno giuridicamente regolamentata come 'unione civile', la partner che richiede l'adozione è la compagna della madre, e, dall'altro lato, che quest'ultima, appunto, nella coppia lesbica c'è. Il consenso della madre all'adozione da parte della partner, consenso nascente dalla loro relazione, va riguardato come sintomo specialmente significativo, in grado di far presumere, salva prova contraria, la sussistenza dell'interesse del bambino in tal senso⁹⁰.

che non necessariamente interesse del bambino e valore della relazione materna siano congiunti anziché disgiungibili e se del caso opponibili. Tanto ci viene instillato dall'antica storia del giudizio di Salomone, un mito che, temo, in qualche modo può affiorare e operare all'interno degli usi del criterio del *best interest* del bambino specialmente, sebbene non solo, in relazione alla 'genitorialità omosessuale', e che di fatto si avverte ritornare qualche volta nel discorso corrente (vi sono coloro che pensano che, tutto sommato, per un bambino è meglio crescere con una coppia di omosessuali benestanti che con la propria povera madre nepalese).

⁸⁸ Rendendo *ex lege* co-genitore la partner del figlio nato alla coniuge, cfr. su questa legislazione A.M. Ortu Lecis, *La presunzione di maternità presto in vigore in Belgio*, in www.art29.it, 22 dicembre 2014.

⁸⁹ Come è noto e come tornerò a ricordare è stato in favore della partner della madre, in coppie lesbiche, che la giurisprudenza (cfr. Tribunale dei Minori di Roma, 30 luglio 2014 e 22 ottobre 2015) ha riconosciuto l'applicabilità dell'istituto dell'adozione in casi particolari.

⁹⁰ Dal momento che il padre può riconoscere il figlio naturale anche se non è sposato con la madre o non convive con lei, tendo a ritenere che questa stessa possibilità, subordinata al consenso della madre, dovrebbe essere garantita all'interno delle relazioni lesbiche (v. uno spunto anche in C. Jourdan, *Due donne*, cit. *supra* alla nt. 24, che ha sostenuto da tempo una interpretazione estensiva delle previsioni della legge n. 184 del 1983, Diritto del minore alla famiglia, relative alle ipotesi in cui l' "adozione in casi particolari" è consentita

Nel caso delle coppie maschili, ritengo che dovrebbe essere esplicitamente consentito, quale unica soluzione per la soddisfazione del desiderio di paternità, e indipendentemente dalla forma giuridica - matrimonio o unione civile - prescelta per regolare la relazione tra i partner, il ricorso di entrambi i partner all'adozione, nelle sue diverse forme (soluzione che sarebbe, ovviamente, sempre possibile anche da parte delle coppie lesbiche) come è del resto logicamente imposto dal fatto che nel nostro ordinamento la surrogazione di maternità non è consentita. Si tratta evidentemente di una soluzione che richiederebbe una revisione accurata della normativa sull'adozione e sull'affidamento preadottivo, in mancanza della quale, d'altro canto, il legislatore finisce per indicare alle coppie gay la maternità surrogata come strada maestra, pur continuando a vietarla. Nel caso della richiesta, da parte di una coppia di omosessuali maschi, di convalida di una *stepchild adoption* effettuata all'estero del figlio del partner nato per via maternità di surrogata, così come del riconoscimento di un figlio naturale nato per via di maternità surrogata, dovrebbe essere sancita, come espressa condizione per la validità in Italia del provvedimento, la conoscibilità della identità della madre, quanto meno al compimento della maggiore età del figlio. Questa condizione sarebbe armonica coi percorsi in atto in tema di parto anonimo⁹¹, ovviamente varrebbe soltanto per i casi verificatisi a partire dall'entrata in vigore della leg-

anche a chi non è coniugato). Dando rilievo al fatto che nelle coppie lesbiche vi è (vi può essere) una madre naturale ed è per questo motivo che, come avvenuto in taluni casi negli Usa (cfr. *supra* nt. 62), si può estendere alla partner la presunzione di paternità, non mi pare vi sia ragione di negare alla partner lesbica la possibilità di riconoscere-adottare il figlio della compagna con cui pur non è giuridicamente legata, e che vi consenta. Queste ipotesi interpretative, che ovviamente formulo con riferimento ai casi in cui il padre rimanga anonimo, potrebbero invece essere esplorate, per le coppie lesbiche, senza bisogno di modifiche legislative in tema di unioni o matrimoni omosessuali; quello delle norme sul riconoscimento mi pare un ambito in cui una dottrina attenta agli interessi femminili potrebbe sviluppare proposte interpretative atte a interloquire con la giurisprudenza e la legislazione e capaci di contrastare tendenze neutralizzanti che, in questo come in altri casi, pongono un aprioristico e molto condizionante 'tetto di cristallo' che limita l'immaginazione su ciò che le donne potrebbero proporre e desiderare. Mi trovo in effetti a disagio con espressioni che suggeriscano di estendere alle lesbiche la 'presunzione di paternità' ma mi pare che da quelle presunzioni si possa trarre, ben diversamente dalla piatta *vulgata* che vi appoggia il carattere 'sociale' della paternità e quindi della genitorialità, un succo ben altrimenti favorevole alla libertà femminile, se le si ri-declina nel senso che *la madre rende genitore dei suoi figli colei - e colui - con cui sceglie di stare in relazione.*

⁹¹ Cfr. *supra* nt. 31.

ge, ma anche per le coppie eterosessuali⁹², e dovrebbe anche essere specificata nel senso che conoscibile deve essere l'identità anche della donatrice degli ovuli, nel caso di surrogazione gestazionale.

Prevedere questa condizione, oltre a scoraggiare il ricorso al turismo procreativo verso mete selvaggiamente deregolate, rappresenterebbe il bilanciamento tra l'interesse del minore alla conoscenza delle proprie origini e il principio di dignità della relazione materna. L'ordinamento, con quella condizione, affermerebbe di ritenere che fa parte della cura che un padre si prende di una figlia o di un figlio quella di preservarle o preservargli la possibilità di conoscere la propria madre. È il divieto di surrogazione di maternità a permetterci di pensare che nel diritto del bambino alla conoscenza delle proprie origini rientra in modo del tutto piano quello a non vedere la relazione con la propria madre condizionata, e precisamente: esclusa, da decisioni contrattuali di terzi. Quel divieto esprime una doppia, congiunta valenza: esso afferma l'insostituibilità della figura materna e si oppone alla contrattualizzazione-mercificazione della maternità e della filiazione. Sotto entrambi i profili, esso si risolve in un principio che valorizza la relazione materna e, come tale, è in grado di esprimere una importante funzione ordinatrice negli scenari attuali.

È importante a mio avviso sottolineare che se l'ordinamento vieta la surrogazione di maternità⁹³, e davvero assegna un senso, un pregio

⁹² E contribuirebbe in questo caso a porre un principio utile nella questione, che ha diviso la giurisprudenza, relativa al problema della sussistenza o meno del reato di alterazione di stato in caso di trascrizione nell'atto di nascita del nome della madre 'sociale', cfr. gli opposti orientamenti della Cassazione (Cass. I Sez. Civ. 11.11.2014 n. 24001) e dei Tribunali di merito (v. per es. Tribunale Pisa, 10 aprile 2015, in www.biodiritto.it), a cavallo della discussa decisione della Corte Edu *Paradiso e Campanelli contro Italia*, 27 gennaio 2015. È appena il caso di aggiungere che una condizione come quella che sto ipotizzando nel testo verrebbe anche incontro all'esigenza, almeno a parole da tutti riconosciuta, di contrastare lo sfruttamento femminile su scala globale cui il mercato della surrogazione di maternità dà origine, e rappresenterebbe un riconoscimento minimo ed elementare alla dignità della donna o delle donne che nella surrogazione di maternità si lasciano coinvolgere.

⁹³ E su questo punto occorre forse, sia pure brevemente, soffermarsi. Per molto tempo il nostro ordinamento non ha preso alcuna posizione in ordine alla surrogazione di maternità e dottrina e giurisprudenza hanno considerato gli accordi di maternità altrettanti contratti con causa illecita, contrari all'ordine pubblico, perché aventi ad oggetto beni di natura personale e pertanto indisponibili quali le parti del corpo umano e gli status personali: in altri termini, un accordo di maternità è un accordo privato, volontario, cui l'ordinamento non può prestare forza esecutiva in caso di inadempimento, e che può dar luogo a reati, peraltro solo nel caso in cui si concretizzi l'alterazione di status. Questa è

a questo divieto, occorre che esso sia protetto; per proteggerlo, occorre non limitarsi a lasciarlo in vigore astrattamente, quale sorta di reperto del passato slegato dai nuovi itinerari dell'ordinamento, incongruente rispetto ad essi e come tale destinato a cedere, sotto l'urgenza dei bisogni delle situazioni concrete che si presentano al giudice e che si presenteranno con tanta maggiore frequenza dopo l'eventuale approvazione del progetto di legge sulla Disciplina delle coppie di fatto e delle unioni civili, conosciuto come progetto 'Cirinnà', che, come è noto dichiara, in termini neutri ovviamente, l'estensione ai partner del-

l'ipotesi della donna che si dichiara madre del figlio partorito da un'altra, ipotesi la quale, sia detto en passant, non ha comunque rilievo nelle questioni che interessano le coppie gay e sulla quale sono note le recenti evoluzioni giurisprudenziali, che escludono il reato di alterazione di stato quando gli atti di nascita siano compiuti in conformità con la legge del luogo in cui il parto è avvenuto, riferite *supra* a nt. 92. (Sul contratto di maternità surrogata e problemi connessi v. A.B. Faraoni, *La maternità surrogata: la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffrè, Milano, 2002; G. Baita, *Il contratto di maternità surrogata*, s.d., online in www.diritto.it). Il caso della donna che porta a termine una gravidanza, con materiale genetico proprio e del padre, che partorisce anonimamente mentre il padre riconosce il figlio, era e rimane lecita, o per meglio dire collocata in una zona grigia di irrilevanza giuridica, anche dopo l'intervento della legge n. 40 del 2004, che da un lato ha previsto che la donna che ricorre alla fecondazione assistita non può partorire anonimamente (art. 9), e che, dall'altro lato, punisce penalmente "chiunque, in qualsiasi forma, realizza organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la maternità surrogata" (art. 12 comma 6), disposizione che, anche per il contesto sistematico in cui è collocata, è, mi pare, da ritenersi applicabile soltanto ai casi in cui la gravidanza è frutto di fecondazione medicalmente assistita e si configura come surrogazione gestazionale (donna che si fa impiantare l'embrione fecondato, cioè si rende portatrice di materiale genetico altrui) (cfr. su queste fattispecie T. Padovani (cur.), *Leggi penali complementari*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 612; quanto al divieto di ricorso al parto anonimo in caso di fecondazione assistita, esso "è subordinato alla circostanza che sia reso noto che la gravidanza è il risultato della tecnica riproduttiva e ciò accade quando l'intervento medico avviene nelle strutture nazionali autorizzate", così G. Famiglietti, *Filiazione e procreazione*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (cur.) *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del Convegno del Gruppo di Pisa 2013, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, p. 26 del paper reperibile online nel sito www.gruppodipisa.it, il quale prosegue "in presenza di un accordo tra la coppia committente e la madre sostituta, ben potrebbe darsi che la madre sostituta non dichiari la propria maternità, che il padre riconosca il figlio, che la moglie richieda successivamente l'adozione del figlio del marito, come forma di adozione speciale."). Partorendo anonimamente e lasciando che il padre riconosca il figlio non si realizza aggiramento della normativa in materia di adozioni, dal momento che l'art. 71 della legge n. 184 del 1983 sul Diritto del minore a una famiglia descrive quella fattispecie come quella di chi 'affida con carattere definitivo un minore a terzi' e vi fa conseguire come sanzione la 'perdita della potestà genitoriale': il padre che riconosce il figlio partorito anonimamente non è un 'terzo', la madre che partorisce anonimamente non 'affida' il figlio al padre, e rinuncia per definizione alla potestà genitoriale esercitando una facoltà che le è conferita dalla legge.

le unioni civili dell'istituto dell'adozione in casi particolari⁹⁴. Affinché, in un contesto il quale, riconosciute le unioni civili, ammette

⁹⁴ L'esame parlamentare del progetto, che prende il nome dalla sua presentatrice, dovrebbe avere corso a partire dalla fine del gennaio 2016. Originariamente il progetto prevedeva l'estensione tout court dell'istituto dell'adozione in casi speciali al genitore non biologico che sia parte di una unione civile. Sotto questo profilo l'intervento legislativo non non faceva che dichiarare espressamente una facoltà di cui i partner delle coppie omosessuali, ancorché non giuridicamente riconosciute, già possono godere a diritto vigente, ai termini della legge n. 183 del 1984 sul Diritto del minore a una famiglia, secondo l'interpretazione, recentemente fattasi strada in giurisprudenza, che congiunge, nell'interpretazione dell'art. 44 della legge ora citata, la condizione della 'relazione stabile e duratura' tra adottante e bambino e quella della 'impossibilità di affidamento preadottivo' (cfr *supra*, nt. 89). Rilevare il fatto che il nostro ordinamento non impedisce al partner, e tanto meno alla partner, di una coppia omosessuale di adottare il figlio del compagno o della compagna quando abbia col minore "una relazione stabile e duratura" spinge a due considerazioni. Una, è che vi può essere una qualche misura di strumentalità nelle argomentazioni che sostengono che il motivo per cui è urgente il riconoscimento delle unioni civili tra persone omosessuali è 'l'interesse dei bambini' (cfr. C. Jourdan, *Bambini in orfanotrofio, forse è detto in buona fede, ma è proprio sbagliato*, in www.libreriadelledonne.it, 29 gennaio 2016). L'altra, riguarda il carattere forse non del tutto sincero delle discussioni che corrono a livello politico e partitico. Infatti risulta dalle cronache politiche che, in seguito a polemiche interne alla maggioranza di governo tra componenti più e meno favorevoli alla *stepchild adoption*, si sarebbe giunti alla conclusione di circondare di 'cautele' l'adozione in casi particolari all'interno di coppie legate da unione civile, subordinandola, in particolare, a una certa previa durata nel tempo dell'unione civile e rendendola revocabile da parte del giudice (cd. 'affido rinforzato'). Questa faticosa 'mediazione' politica rappresenta all'atto pratico un cambiamento assai relativo rispetto all'originale impianto del progetto 'Cirinnà' e della questione dell'adozione in casi particolari, posto che, come è naturale, quando dichiara l'adozione in casi particolari il giudice ricorre alla consulenza tecnica e indaga sulla qualità della relazione che intercorre tra chi chiede l'adozione e il bambino, sicché si potrebbe dire che le nuove 'cautele' non sono anch'esse, almeno in parte, che esplicitazione di criteri di valutazione piuttosto ovvi in casi di adozione (oggi, come si sa, l'adozione di minore è subordinata a una certa durata nel tempo del matrimonio). Peraltro, mentre vengono dunque incontro solo in apparenza a più o meno sincere e meditate obiezioni all'istituto della *stepchild adoption*, queste norme e queste clausole nulla tolgono all'approccio 'neutro' del progetto, e, quanto più le si irrigidisce, tanto più facilmente esse potrebbero essere giudicate discriminatorie, indebolendo, dell'ipotetica nuova legge, fortemente la tenuta. Sarebbe fin troppo facile sostenere, davanti a una qualsiasi corte, che previsioni che circondano di ridondanti limitazioni l'adozione in casi particolari dei partner di una unione civile hanno un intento discriminatorio, perché con evidenza tradiscono il sospetto che una unione diversa dal matrimonio si appoggi su premesse meno stabili di quest'ultimo. E mentre un tale punto di vista che, potrebbe avere un senso, e pertanto apparire giustificato se riferito alle coppie eterosessuali, le quali possono contrarre matrimonio, evidentemente non lo avrebbe per le coppie omosessuali, cui tale possibilità il nostro ordinamento non riconoscerebbe. Sulla discussione intorno all'ipotesi di "affido rinforzato" si veda l'intervista di A. De Giorgi a A. Schillaci, *L'affido rinforzato è inaccettabile*, www.gay.it, 5 gennaio 2015.

espressamente la *stepchild adoption*, il divieto di maternità surrogata non venga semplicemente travolto dalle cose, occorre corroborarlo di riflessione, onde nella coscienza collettiva il suo pregio sia avvertito, e a questo presiede specialmente il dibattito pubblico⁹⁵, e occorre dare ad esso una graduazione che permetta di difenderlo davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, e questo è responsabilità del legislatore. Un ordinamento che riconosce le unioni civili, ammette la *stepchild adoption* ma non altre forme di adozione per le persone omosessuali e intanto vieta la surrogazione di maternità – come sarà il nostro dopo l'eventuale approvazione del disegno di legge sulle unioni civili - si incammina altrimenti sullo stesso percorso aperto dal legislatore che a suo tempo ha vietato la diagnosi pre-impianto mentre consentiva l'aborto tardivo: al disfacimento della sua (indifendibile, perché basata su poca sincera attenzione ai problemi regolati) disciplina per via interpretativa e alla fine al travolgimento di essa da parte di Strasburgo. Per questo, penso che il legislatore dovrebbe da un lato riconoscere al-

⁹⁵ Ricordo nel novembre 2015 una intervista a Luisa Muraro apparsa su *L'Avenir*, e l'incontro alla Casa internazionale della donna di Roma, del 22 novembre 2015, riportato alla opinione pubblica anche dal sito *27ora* del *Corriere della Sera* da Monica Ricci Sargenini, anche in collegamento alla notizia della convocazione, per il febbraio 2016, a Parigi, delle Assise per l'abolizione universale della Gpa. La condanna del mercato globale della maternità surrogata, l'affermazione della differenza tra desiderio di paternità e desiderio di maternità, la proposta di tornare a riflettere sull'adozione come soluzione per la genitorialità gay, le domande sul se intorno alla maternità surrogata non rientri in gioco la conservazione dell'universo simbolico patriarcale, introdotte da queste riflessioni, hanno immediatamente influenzato il tono del dibattito intorno alla maternità surrogata, sottolineando che essa (e vorrei dire: il desiderio di paternità degli uomini) è questione rimessa al giudizio femminile. Ricordo in particolare la posizione di Paola Concia (sempre su *la 27Ora*, 30.11.2015, *Maternità surrogata, non lasciate che cancelli le unioni civili*), che chiarisce, intanto, che la maternità surrogata non riguarda tutta la comunità omosessuale (e neppure tutta quella maschile) e fa l'esempio della Germania, dove "si riconosce per legge la differenza sessuale, senza tante storie. Le donne possono avere figli, gli uomini non. La maternità surrogata è vietata per tutti. Come fanno i maschi gay in Germania? Molti fanno figli con coppie di donne lesbiche e diventano padri, molti ricorrono all'affido, che è molto facilitato, in realtà tutti, lesbiche e gay, puntano alle adozioni omosessuali"). È seguito l'appello di Snoq (riferito da A. Cuzzocrea su *La Repubblica* del 4.12.2015 nei termini *Femministe contro l'utero in affitto: non è un diritto*), che sottolinea che la maternità surrogata riduce le donne a oggetti di disposizione e non va confusa coi diritti dei gay. Gli stessi toni della narrazione cambiano, vorremmo sperare non strumentalmente: una paladina della maternità surrogata come libertà di scelta della donna, quale Claudia Lalli, ha affidato al *Manifesto* del 4.12.2015 un racconto del ricorso alla maternità surrogata da parte di due gay come gesto autorizzato dalla volontà femminile, quello della madre di uno dei due committenti.

le persone omosessuali la possibilità di adottare e dall'altro lato porre a chi ricorre alla maternità surrogata, gay o eterosessuali che siano, la condizione esplicita, per ottenere il riconoscimento dello status di genitore, di avere avuto cura di garantire alla figlia o al figlio la possibilità di conoscere sua madre. Ciò rappresenterebbe la traduzione in positivo dei valori sottesi al divieto di maternità surrogata e sarebbe dimostrazione, da parte del legislatore, di una preoccupazione di dare coerente e bilanciato svolgimento al complesso dei principi dell'ordinamento allorché introduce importanti innovazioni all'interno di esso. Ripeto: non vi può essere nulla di peggiore, o di più sciocco, che riaprire in questo campo lo stesso itinerario che ha segnato la legge sulla fecondazione assistita: una legislazione ridondante di divieti, che ha creato contraddizioni sistematiche patenti, e che ha visto il proprio disfacimento a colpi di decisioni giudiziarie condizionate dalla necessità di rispondere a bisogni concreti, sui quali la riflessione degli organi politici è stata frettolosa, imbarazzata, e distratta perché interessata solo a risultati di corto raggio ("facciamo la legge in un modo o in un altro purché qualcosa si faccia", non importa con quanti 'morti e feriti' è del resto la logica cui pare orientato il Governo con riferimento al disegno di legge sulle unioni civili⁹⁶).

Dalla condizione che ho or ora immaginato circa il ricorso alla maternità surrogata deriverebbe che anche alle donne dovrebbe essere imposto di riferirsi a donatori di sperma non anonimi o comunque di preservarne la conoscibilità per i figli? Si tratterebbe di una forzatura dettata da un falso amore per le simmetrie, scambiate per eguaglianza, e si tratterebbe di una notevole, contraddittoria abdicazione da una lettura in chiave di differenza sessuale del fenomeno: oggi una donna, lo ricordavo all'inizio, e lo sappiamo tutti, non è tenuta a dichiarare chi è il padre quando partorisce, e non lo è mai stata nel corso dei secoli. Se si affermasse una logica paritaria (in base alla quale, se si deve conoscere la madre – surrogata, sostituta, portatrice... – allora che si conosca anche il donatore di sperma) non ci troveremmo che a misurare i costi, significativi, di riduzione di spazi di libertà e di autonomia che possono derivare, specialmente per donne e le coppie lesbiche,

⁹⁶ "In un modo o in un altro" per quanto riguarda il problema che sembra più imbarazzare la maggioranza, cioè quello delle adozioni, o anche con riferimento alla composizione della maggioranza che potrebbe votare a favore del provvedimento, ma per questi punti non posso che rinviare alle cronache politiche del gennaio 2016, quando questo lavoro viene consegnato.

dall'ansia di legalizzazione delle relazioni omosessuali. Ma, soprattutto, ove si imponesse la conoscibilità del padre biologico, la condizione delle madri lesbiche sarebbe regolamentata in modo apertamente sfavorevole rispetto a quella delle altre donne (che in alcun modo, diventando madri, sono tenute a dare l'identità del padre).

Nel momento in cui il legislatore si propone di intervenire nella materia delle relazioni omosessuali sarebbe anche possibile, e forse opportuno, aprire una discussione con riferimento al problema se la maternità surrogata non potrebbe essere considerata in ogni caso libera quando gratuita e indirizzata da una donna a un'altra donna (due condizioni da porre espressamente come non alternative, ma come necessariamente concorrenti); tra quelle suggerite, mi parrebbe appropriata per descrivere questo fenomeno l'espressione "maternità solidale", che forse specificherei in maternità solidale tra donne⁹⁷. In un intervento legislativo in tema di unioni e famiglie omosessuali l'introduzione esplicita della 'maternità solidale tra donne' potrebbe a sua volta concorrere a qualificare il senso della presenza e del mantenimento del divieto di maternità surrogata. Quest'ultimo, che, come sono venuta dicendo, mi pare correttamente da intendere come principio generale, che esprime il disvalore assegnato dall'ordinamento al sottoporre a condizioni contrattuali coercibili la scelta procreativa⁹⁸, dovrebbe suonare quale riconoscimento del valore attribuito alla relazione e alla genealogia materna, da riguardare come un bene, di origine femminile, della persona e della collettività⁹⁹. Pertanto, quel divieto non dovrebbe essere inteso a ostacolare pratiche della maternità che abbiano effettivamente corso tra le donne, come potrebbe essere appunto il caso della 'maternità solidale', e che non rappresentino offesa ai beni che quel divieto protegge. Di esperienze simili non è difficile trovare notizia¹⁰⁰. D'altro canto, anche alla 'maternità solidale tra

⁹⁷ Cfr. *supra*, nt. 40 e 42.

⁹⁸ Giusta le considerazioni che facevo *supra* a nt. 94.

⁹⁹ Cfr. *supra* nt. 74.

¹⁰⁰ Esse, scaturenti peraltro, verosimilmente, dalle più svariate motivazioni, tendono a emergere nel contesto recente, in cui il dibattito pubblico e l'attenzione dei media è richiamata sulla 'genitorialità omosessuale' per via del progetto di legge 'Cirinnà': es. tra i molti *Ho fatto un figlio per mia sorella e ne vado fiera*, su www.makemefeed.com, 17.1.2016. Per un suggerimento sulla maternità surrogata come 'gift to those mothers who cannot conceive child' v., con sguardo all'esperienza indiana, S. Gay e K. Gaur, *Reproductive Rights of Women. Ethical or Viable Role of Surrogate Mother*, novembre 2012, reperibile su ssrr.com. La capacità di una madre, o di una sorella, di fare un figlio per la figlia o per la

donne' potrebbero rivolgersi una serie di consistenti obiezioni; intanto quelle che affliggono ogni ipotesi di 'gratuità' della surrogazione¹⁰¹, la 'gratuità' essendo fin troppo facilmente aggirabile, mentre dal punto di vista del ridurre l'essere umano (il nascituro) ad oggetto, fa in vero assai poca differenza che lo scambio avvenga per denaro, o meno¹⁰². Inoltre, rivendicare una salvezza esplicita da parte del legislatore per la sola 'maternità solidale tra donne' potrebbe rappresentare una non felice movenza nel senso di confondere il potere femminile, materno, col fatto materiale di avere effettivamente un figlio, di cui a mio avviso una conseguenza è il 'bisogno' di avere un figlio a tutti i costi. Tematiche di questa natura sono state oggetto di una certa riflessione al momento dell'emanazione della legge sulla fecondazione assistita¹⁰³, riflessione che oggi potrebbe essere utilmente ripresa.

Importante mi parrebbe soprattutto una maggiore consapevolezza circa il fatto che il divieto di maternità surrogata opera, all'atto pratico, il mantenimento di uno spazio non normato in cui le persone possono, se ne hanno la capacità e il coraggio, riuscire a muoversi su un piano di libertà: si trascura infatti, quando ci si oppone al divieto di maternità surrogata in nome della 'libertà di scelta' delle donne, che esse, qualora intendano esercitare una tale libertà a favore di altre donne, o anche di uomini, sia per denaro, sia per dono, non incontrano alcun ostacolo nei divieti posti dall'ordinamento, ma devono, semmai, confrontarsi con ben altra sfida: quella di incamminarsi, insieme ai 'committenti' su un piano che impegna le loro relazioni, di reciproca fiducia, in primo luogo. Non tocca a me ricordare che la libertà non è affatto ben descritta quando la si limita a indicare il potere di 'fare una cosa che si vuole', perché essa è anche, sempre, una assunzione di responsabilità; tanto meno si parla a proposito di libertà quando la si scambia col suo esatto contrario ossia con una *autorizzazione* ad agire, che non siamo capaci di dare a noi stessi e a noi stesse e cerchiamo

sorella infertili, non ignota all'esperienza pratica delle donne, potrebbe del resto essere riguardata come esempio di un ambito in cui grazie al potere procreativo, le donne possono muoversi con relativa facilità in zone non normate dall'ordinamento.

¹⁰¹ E a cui facevo riferimento anche *supra*, nt. 40.

¹⁰² Ringrazio Clara Jourdan per avermi fatto notare, commentando un primo *draft* di questo lavoro, che anche il dono ha un *oggetto*, e i revisori di *Costituzionalismo.it* per avermi suggerito di presentare il tema della 'maternità solidale tra donne' in termini più problematici di quanto non avessi fatto inizialmente.

¹⁰³ Ricordo in particolare il volume a cura di M.L.Boccia e G. Zuffa, *L'eclissi della madre*, Pratiche editrice, Roma, 1998.

perciò di ottenere dall'esterno. Né la maternità surrogata deve essere del tutto sovrapposta, come invece si tende a fare, con la fattispecie legale e clinica della "fecondazione eterologa"; in un regime quale il nostro, che ancora contempla il parto anonimo, il divieto di maternità surrogata intercetta soltanto alcuni comportamenti nell'ambito procreativo. Detto altrimenti: che un accordo di maternità resti nel nostro ordinamento un contratto a causa illecita non fa alcun problema a una donna che voglia fare un figlio per altri, né a questi ultimi, che sappiano avere fiducia in lei e riconoscere il bisogno che di lei hanno (che sappiano cioè rimettersi a lei). Il venir meno del divieto di maternità surrogata, o un suo permanere in vigore esornativo, esteriore e fittizio, interessa solo a coloro che aspirano ad ottenere la legale garanzia di poter esigere l'adempimento contrattuale, a coloro cioè che non sanno o non vogliono riconoscere l'importanza che la capacità procreativa di una donna ha per le loro vite e per i loro desideri, oppure ai commercianti di gameti. Tutto al contrario di rappresentare una disposizione sul modo in cui le donne devono utilizzare la loro capacità procreativa¹⁰⁴, il divieto di maternità surrogata protegge a più livelli sia la libertà delle donne, sia quella degli uomini, diversamente da quanto accadrebbe normando il fenomeno per legalizzarlo, o, al contrario, per infarcirlo di ulteriori divieti penali di tanto in tanto sconsideratamente evocati nel dibattito politico¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Come invece ritiene C. Lalli, *Nessuno scelga al posto delle donne sulla maternità surrogata*, in *Internazionale*, 10 novembre 2015 e, in generale, una corrente di opinione che tende a ridurre tutti i possibili significati dell'espressione 'libertà' nella 'libertà contrattuale'.

¹⁰⁵ Anche sotto questo profilo le affinità che intercorrono tra maternità surrogata e aborto mi paiono evidenti e molto significative. All'epoca della discussione intorno alla legalizzazione dell'aborto, in favore dello schema politico prevalente che spingeva a mobilitarsi per la legalizzazione, "probabilmente giocò anche l'idea che, quando si arriva a un certo livello dei conflitti sociali, il modo più appropriato per affrontarli e risolverli sarebbe di fare una legge 'giusta'. E insieme a questa, un'altra idea ugualmente diffusa tra chi non è dentro al potere, e cioè che i comportamenti o sono proibiti o sono legalizzati, senza concepire che esiste un grande ambito di comportamenti consentiti, o semplicemente possibili, e, in caso, da inventare, da rendere possibili. Il fatto poi che l'aborto fosse considerato come reato dalla vigente legge penale induceva a pensare che solo la legge potesse autorizzare la sua pratica". Invocare un 'diritto alla maternità surrogata' al pari del 'diritto all'aborto' significa rimettere alla legge, all'ordinamento, dunque a un complesso esterno di interessi e di fini le scelte procreative e sessuali, delle donne e di tutti, e "quando poi la legge è formulata, la sua esistenza pregiudica la possibilità di scelte migliori e impone la sua logica": *Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 70 e 73.

Le prospettive argomentative che sono venute ipotizzando, imperniate su una visione non neutra della filiazione, propongono, partendo dal dato di fatto che in una coppia lesbica la madre è presente, e in una coppia gay non lo è, di pensare che, nel primo caso, il consenso della madre all'adozione o all'acquisizione dello status di genitore da parte della partner rappresenti un sintomo qualificato della sussistenza dell'interesse del bambino. Tenendo conto del privilegio delle donne nella procreazione, esse suggeriscono di rileggere il divieto di maternità surrogata come un principio generale, ordinatore dell'ambito della filiazione, che protegge il valore della relazione materna, la genealogia femminile e la libertà delle scelte in materia procreativa; da questo principio dovrebbe discendere in particolare, ho sostenuto, l'onere, per chi utilizza all'estero la maternità surrogata, di dimostrare, ai fini della trascrizione degli atti di nascita, di avere fatto in modo che la figlia o il figlio possano conoscere l'identità della madre, mentre il ricorso all'adozione dovrebbe essere reso possibile a tutte le coppie omosessuali (oltretutto, come personalmente ritengo, alle persone singole). Queste prospettive argomentative possono essere incorporate in criteri ragionati davanti all'opinione pubblica, calati nella legislazione con un bilanciamento accurato che non si sottragga alla responsabilità, propria del legislatore, di accompagnare e guidare l'attività valutativa del giudice oltre che di garantire la coerenza dell'ordinamento nel momento dell'introduzione di significative innovazioni, come quella rappresentata dal riconoscimento delle unioni civili tra persone omosessuali. Si tratta, mi pare, di criteri che, oltre ad essere rispondenti, come ho appena detto, a consistenti esigenze sistematiche, sono riconducibili a precisi dati di storia e di esperienza, rinunciare a far riferimento ai quali, in nome di un artificiale 'soggetto sociale neutro' che non ha sesso, e non ha storia, significa rinunciare a esercitare la nostra, umana, capacità di giudizio, se non incrinare la base 'personalista' del nostro ordinamento che ancora la legislazione a rispondere a bisogni radicati nella concretezza della dimensione umana. Un conto è essere donne, un conto è essere uomini: l'ordinamento che ne prende atto non fa che esercizio di ragionevolezza, e se ne dimostra capace.



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**

Paolo **CARETTI**

Lorenza **CARLASSARE**

Elisabetta **CATELANI**

Pietro **CIARLO**

Claudio **DE FIORES**

Alfonso **DI GIOVINE**

Mario **DOGLIANI**

Marco **RUOTOLO**

Aldo **SANDULI**

Massimo **VILLONE**

Mauro **VOLPI**

Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca

BASCHERINI, Marco **BETZU**,

Gaetano **BUCCI**, Roberto

CHERCHI, Giovanni **COINU**,

Andrea **DEFFENU**, Carlo

FERRAJOLI, Luca **GENINATTI**,

Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio

IANNUZZI, Valeria **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

PINTO, Elisa **OLIVITO**, Luciano

PATRUNO, Laura **RONCHETTI**,

Ilenia **RUGGIU**, Giuliano

SERGES, Sara **SPUNTARELLI**,

Chiara **TRIPODINA**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)