



diritto & religioni

Semestrale
Anno III - n. 1-2009
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

7



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno III - n. 1-2009
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, S. Ferlito, M. C. Folliero, G. Fubini, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali
Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci, A. Pandolfi
A. Bettetini, G. Lo Castro,
G. Fubini, A. Vincenzo
S. Ferlito, L. Musselli,
A. Autiero, G. J. Kaczyński,
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile
Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria
Diritto ecclesiastico e professioni legali

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
A. Fuccillo
F. De Gregorio
G. Carobene
G. Schiano
A. Guarino
F. De Gregorio, A. Fuccillo

Parte III

SETTORI

Letture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

L'In-differenza sessuale e il diritto

FABIANA CRISTOFARI

Premessa

Il tema dell'*identità di genere*, pur nell'estrema pluralità ed eterogeneità delle posizioni sul piano teorico e su quello pratico, investe interrogativi centrali per il filosofo del diritto: in che modo ed entro quali limiti il diritto deve prendersi carico delle differenze dei sessi, evitando discriminazioni e violenze? La "differenza di genere" è un elemento centrale o un dato marginale nella disciplina dei diritti riproduttivi e dei rapporti familiari? Non sono certo interrogativi nuovi e, tuttavia, il dibattito sta assumendo sempre più, nell'ambito della riflessione contemporanea, una configurazione problematica alla luce di alcuni nuovi *diritti* quali, ad esempio, quelli *riproduttivi*¹ i quali, sebbene non siano espressamente contenuti in alcuna norma internazionale o costituzionale, sono stati progressivamente considerati come diritti della persona facenti parte intrinseca del "diritto di sposarsi e di avere una discendenza"², del "diritto al rispetto della vita privata" e del "diritto alla

¹ L'espressione "diritti riproduttivi" – DRRR – nei suoi contorni imprecisi, si trova ripetutamente associata ai *diritti sessuali*, cosicché spesso il riferimento è congiunto e si parla di diritti *sessuali e riproduttivi*, DDSSRR.

² Cf. *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* 217 A (III), New York il 10 dicembre 1948, art. 16, par. I "Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza e religione ..."; *Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, adottata dal Consiglio d'Europa, Roma il 4 novembre 1950, ratificata dall'Italia il 26 novembre 1955, art. 12 "A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto" e, infine, *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici*, emanato a New York il 16 Dicembre 1966, entrato in vigore il 18 Settembre 1992, art. 23 "Il diritto di sposarsi e fondare una famiglia è riconosciuto agli uomini e alle donne che abbiano l'età per contrarre matrimonio". Cf. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, 7 Dicembre 2000

pianificazione familiare”³.

A questo proposito, risale al 1965, la risoluzione della Commissione delle Nazioni Unite sullo status delle donne (creata nel 1946 dal Consiglio economico e sociale) in cui, per la prima volta, è stato previsto che “*married couples should have access to all relevant educational information concerning family planning*”.

Inoltre, in occasione della Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sulla popolazione, tenutasi a Bucarest tra il 19 e il 30 agosto 1974, venne stilato un Piano d’Azione secondo cui “*(all) couples and individuals have basic right to decide freely and responsibility the number and spacing of their children and to have information, education and means to do so; the responsibility of couples and individuals to exercise this right takes into account the needs of their living and future children, and their responsibilities towards the community*” (par. 14 lett. f)⁴.

Alla Conferenza mondiale tenutasi a Nairobi tra il 15 e il 26 luglio 1985 venne chiarito che “(t)he ability of women to control their on fertility forms an important basis the enjoyment of other rights”⁵ e l’Assemblea generale delle Nazioni Unite ha adottato la “Convenzione sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne”⁶ che, tra l’altro, ha sancito la parità tra uomo e donna in ordine all’accesso ai servizi sanitari “compresi quelli che si riferiscono alla pianificazione familiare” (art. 12.1) e ai “diritti di decidere liberamente, e con cognizione di causa, il numero e l’intervallo delle nascite e di accedere alle informazioni, e all’educazione ed ai mezzi necessari per esercitare tali diritti” (art. 16.1 lett.e) [il riferimento alla pianificazione familiare figura anche negli artt. 10 h) e 14.2 b)]. L’art. 1 della Convenzione precisa che le norme in essa contenute si applicano indipendentemente dallo

(Nizza, 9 Dic. 2000) in G.U.C.E. C 364 del 18 dicembre 2000, art. 9 “Il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l’esecuzione”.

³ Infine, per supplire l’assenza di testi internazionali che formulino, in modo esplicito, i diritti riproduttivi, l’IPPF – *International Planned Parenthood Federation* – ha elaborato e promosso una Carta dei diritti sessuali e riproduttivi, con l’intenzione di dare applicazione ai documenti conclusivi delle Conferenze dell’ONU del Cairo (1994) e di Pechino (1995).

⁴ Report of the United Nations World Population Conference, Bucharest, 19-30 August 1974, UN Doc. A/CONF.60/19.

⁵ Report of the World Conference to Review and Appraise the Achievements of the United Nations Decade for Women. Equality, Development and Peace, Nairobi, Kenya, 15-17 July 1985, UN Doc. A/CONF. 116/28/Rev. 1, punto 156.

⁶ ASSEMBLEA GENERALE DELLE NAZIONI UNITE, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: CEDAW, Risoluzione n. 34/180 del 18 dicembre 1978. È stato, inoltre, introdotto un protocollo facoltativo come strumento aggiuntivo per rendere più efficace l’applicazione della Convenzione.

“stato matrimoniale”; il diritto alla pianificazione familiare viene, in questo modo, inserito in un trattato internazionale sui diritti umani, vincolante a livello universale, diventando così “one central mean of freeing women to exercise the full range of human rights to which they are entitled”. Esso comprende sia il diritto alla libera e responsabile regolamentazione della fertilità (*regulation of fertility rights*) sia quello ad avere un figlio (*reproductive rights*) e, attraverso l’elaborazione giurisprudenziale sul “danno da procreazione”, il diritto ad averlo sano.

La pianificazione familiare appare un aspetto del diritto della personalità (art. 2 della nostra Costituzione) così come si articola e definisce in relazione al diritto alla salute quale stato di completo benessere fisico, mentale e relazionale che “implies that people are able to have a satisfy and safe life and that they *have the capability to reproduce* and the freedom to decide if, when and how often to do so. Implicit in this last condition are right of men and women to be informed and to have access to safe, effective, affordable and acceptable methods of family planning of their choice, as well as other methods of their choice for regulation of fertility which are not against the law ...”⁷.

I diritti riproduttivi “embrace certain human rights that are already recognized” a livello nazionale ed internazionale e che riguardano “all couples and individuals” (Programme of Action of the International Conference on Population and Development, Cairo, 1994, punto 7.2).

Nella raccomandazione n. 24 del 1999 il Comitato ha utilizzato l’espressione *reproductive health* in preferenza a quella di *family palnning* ribadendo, tra l’altro, che “access to health care, including reproductive health, is a basic under the Convention on the Elimination of Discrimination against Women, Cedaw, General Recommendation 24, Women and Healt (art. 12)”.

L’intento di questo lavoro è quello di riflettere sul modo in cui questa particolare configurazione dei diritti riproduttivi incida sulla struttura dei rapporti familiari.

Il tema dell’identità di genere, con tutta la sua carica ideologica, diffusasi a partire dal decennio 1960-70, diverrà quindi uno dei filoni conduttori dal momento che pone, come parte essenziale della propria “agenda”, la promozione della “libera scelta” della donna in questioni relative alla riproduzione e allo stile di vita, parole chiave per promuovere non solo l’aborto ma anche l’omosessualità, il lesbismo e tutte le altre “forme di sessualità e di riproduzione” al di fuori del matrimonio. Così per esempio, i rappresentanti del

⁷ Su proposta dell’Organizzazione mondiale della sanità, la salute riproduttiva viene definita come “a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity, in all matters relating to the reproductive system and to its functions and process”.

Consiglio europeo a Pechino hanno lanciato la seguente proposta: “Devono essere ascoltate le voci delle donne giovani, poiché la vita sessuale non gira solo intorno al matrimonio. Ciò comporta il diritto a essere diverse: in termini di stile di vita, di scelta di vivere con la famiglia o sole, con o senza figli, o di preferenze sessuali. Vanno riconosciuti i diritti riproduttivi alla donna lesbica”⁸. Questi “diritti” delle lesbiche includerebbero anche il “diritto” di concepire figli attraverso le tecniche riproduttive, o di adottare legalmente i figli delle loro compagne.

Non cercherò neppure di esaminare tutte le implicazioni dell’ideologia di genere né mi soffermerò, in termini dettagliati, sul contesto sociale e politico in cui è stata elaborata, né sulla sua applicazione in ambito mondiale ed europeo, ma approfondirò, soprattutto, alcuni possibili aspetti psicoanalitici, perché mi sembrano i più rilevanti sotto il profilo filosofico della configurazione della corporeità in relazione alla definizione dell’identità. Ritengo, infatti, che la connotazione sempre più soggettiva del diritto alla salute, come scelta individuale ed insindacabile di un modello di vita, abbia indirettamente spinto parte della giurisprudenza a ripercorrere i sentieri che l’analisi psicologica definisce della “separazione” – “l’Altro è nell’Io: Io è un Altro”⁹ – individuando nel “principio famiglia” il criterio d’intellegibilità teso a riconoscere l’accesso alle tecniche riproduttive qualora non venga sottratta, di principio, all’individuo la possibilità della sua identità personale e relazionale. In questo senso, alla luce dei differenti percorsi della giurisprudenza e della legislazione, si tratta di considerare, secondo una riflessione filosofica del diritto, la rivendicazione dei diritti riproduttivi e sessuali da parte della donna alla luce dei rapporti di coesistenza che il diritto – “inteso come sistema relazionale, di carattere pubblico ed obiettivo, di difesa e promozione dei soggetti in relazione”¹⁰ – è chiamato a tutelare secondo giustizia.

⁸ CONCIL OF EUROPE, *Equality and Democracy*, 25.

⁹ Come direbbe JULIA KRISTEVA, *In principio era l’amore. Psicoanalisi e fede*, trad. it., ed. Il Mulino, Bologna, 1987, p. 67, cit. Tale separazione che consente al figlio di acquisire la propria identità (di cui è parte integrante anche l’acquisizione della sua identità di genere in conformità al dato biologico della corporeità sessuata) secondo la migliore tradizione freudiana, è imperniata intorno alla c.d. “scena primaria” all’esperienza che il bambino fa della doppia figura genitoriale come sessualmente differenziata.

¹⁰ FRANCESCO D’AGOSTINO, *Famiglia e diritti dei minori*, in *Lexicon* (a cura del PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA), edizioni Dehoniane, Bologna, 2003, p. 318, cit.

1. *Evoluzione del concetto di salute ed autodeterminazione*

Nel quadro dell'evoluzione dei sistemi giuridici, con l'avvento delle Costituzioni moderne, gli ordinamenti sono stati caratterizzati da una maggiore attenzione ai valori etici dell'individuo – positivizzati sul piano delle dichiarazioni internazionali – e dall'esigenza di garantirne una migliore qualità della vita insieme al pieno e libero sviluppo delle sue capacità espressive.

Tale realtà è andata di pari passo con l'accelerazione della ricerca nel campo della scienza medica e biologica che, all'inizio degli anni settanta, ha giustificato una serie d'interventi e sperimentazioni finalizzati al raggiungimento di livelli di benessere sempre più alti. Il progresso scientifico potenziato dalla logica del mercato, tende a modificare sempre più la società prima ancora che il diritto – con le tradizionali forme di legittimazione della democrazia deliberativa – e l'etica possano formulare la loro risposta e quando e se ciò accade è solo dopo che la prassi ha determinato una serie di modelli e comportamenti. “Questa costruzione si basa, da un lato, sull'equiparazione del progresso tecnico con quello sociale e, dall'altro sul fatto che la direzione di sviluppo e i risultati della trasformazione tecnica seguono più o meno inevitabili vincoli oggettivi tecnico-economici. Le innovazioni tecnologiche incrementano il benessere individuale e collettivo” e gli effetti negativi trovano sempre giustificazione in questi aumenti dello *standard di vita* al punto tale che anche un dissenso sulle “conseguenze sociali” non ostacola il compimento dell'innovazione tecnico-economica¹¹.

In questa linea l'Organizzazione Mondiale della Sanità – partendo dalla considerazione per cui lo stato fisico, le condizioni psicologiche e la vita di relazione rappresentano un complesso inscindibile di elementi su cui si costruisce l'identità umana – ha definito nel 1946 la salute “uno stato di perfetto benessere fisico, mentale e sociale, e non solo l'assenza di affezioni o malattie”. Questa definizione implica il superamento del concetto di “normalità”, che era implicito nell'idea di salute come assenza di malattia, e sposta il problema dalla realtà oggettiva alle esigenze soggettive, di cui il concetto di “benessere” è appunto l'espressione. Tale svolta evidenzia che la medicina non può ridursi a curare le malattie, ma è innanzitutto prendersi *cura del malato*.

Il paziente viene messo in condizioni di uscire dal ruolo passivo a cui lo relegava l'esclusiva competenza del medico, e gli è consentito di esprimere le

¹¹ “Questo processo resta sostanzialmente sottratto alla legittimazione politica, anzi possiede rispetto alle procedure democratico-amministrative e ai loro tempi lunghi di realizzazione, un potere di realizzazione pratica sostanzialmente immune alla critica” URLICH BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, ed. Carocci, Roma, 2000, p. 256, cit.

proprie esigenze derivanti anche dalla propria percezione della patologia. Il termine malattia non fa più solo riferimento alla diagnosi della patologia fatta dal medico (*disease*) ma anche alla percezione che ne ha il malato (*illness*) e alla comprensione che ne hanno i familiari (*sickness*).

Indice della più chiara centralità che riveste la manifestazione della volontà del paziente è il diritto, di cui quest'ultimo gode, a manifestare espressamente il proprio consenso libero ed informato prima di essere sottoposto a qualsiasi intervento terapeutico. Il consenso informato è fondamento della relazione medico-paziente peraltro preso sempre più di frequente in considerazione, non solo dal Codice di deontologia medica che ha ampliato la sua portata¹² ma anche dal legislatore, a partire dalla legge istitutiva del servizio sanitario nazionale¹³ e dalla Convenzione Europea di Oviedo sui *Diritti dell'uomo e la biomedicina* in cui l'art. 5 dispone "An intervention in the health field may only be carried out after the person concerned has given free and informed consent to it. The person shall beforehand be given appropriate information as to purpose and nature of the intervention as well as on its consequences and risks. The person concerned may freely withdraw consent at any time".

La necessità del "consenso informato" si evince dall'art. 32 della nostra Costituzione – secondo cui "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario, se non per disposizione di legge", la quale "non può, in ogni caso, violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana" (gli articoli 2 e 3¹⁴ tutelano lo sviluppo della persona) – e dall'art. 13, il quale sancisce l'inviolabilità della libertà personale – nel cui ambito deve ritenersi compresa la libertà di salvaguardare la propria salute e la propria integrità fisica – escludendo ogni restrizione, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e con le modalità previste dalla legge. Nell'eventualità in cui l'attività medica non si svolga nel rispetto di tali principi fondamentali sconfinando nell'illecito, trasformandosi in un atto di sopruso e violenza. In questo senso si è pronunciata, a titolo di esempio, nel 1990, la Corte d'Assise di

¹² FNOmCEO, *Il Codice di deontologia medica*, 16 dicembre 2006, della Federazione Nazionale degli Ordini dei medici e degli Odontoiatri, artt. 29-31 <http://portale.fnomceo.it>.

¹³ Basti pensare alla l. 458 del 1967 sul trapianto di rene da vivente, alla l. 194 del 1978 sull'aborto; alla l.164 del 1982 sui transessuali, o a quella sulle tossicodipendenze – n.162 del 1990 – o sulla sperimentazione clinica – d. m. 27 aprile 1992, attuativo della disciplina comunitaria 91/507 e d. m. 15 luglio 1997, n.162 – sulla donazione di sangue, l. 4 maggio 1990, n. 107 e d.m. Min. Sanità 15 gennaio 1991.

¹⁴ Art. 3 della Costituzione, 1° comma "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, senza discriminazioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali".

Firenze¹⁵ riconoscendo la colpa di omicidio preterintenzionale ad un primario chirurgo ospedaliero il quale aveva sottoposto, senza previo consenso e in assenza di urgenza e necessità, un'anziana paziente ad un'operazione chirurgica – l'asportazione totale addominale del retto – provocando a due mesi di distanza il decesso della donna come conseguenza dell'intervento estremamente traumatico e cruento¹⁶: "... nella specie, doveva essere lasciato alla libera scelta della Del Lago se trascorrere i non moltissimi giorni di una vita ormai non lontana dalla fine in maniera fisicamente e psicologicamente dignitosa, ovvero subire il trauma di un intervento chirurgico cruento e devastante, con scarsissime probabilità di riuscita *quoad vitam*, con degenza ospedaliera lunghissima, dolorose medicazioni, sconvolgimento delle funzioni naturali, con applicazione di un ano artificiale, in una situazione quindi fisicamente dolorosa e psicologicamente devastante". La Corte ha ritenuto che il consenso del paziente fosse "la condizione imprescindibile perché potesse legittimamente esercitarsi nei suoi confronti qualsiasi attività medico-chirurgica"¹⁷; essendo espressione di un diritto personalissimo, esso – salvo i casi dei minori e degli interdetti – non poteva che "spettare all'avente diritto", e non poteva essere validamente sostituito da quello dei congiunti, essendo quest'ultimo un concetto arbitrario anche a causa dei suoi contorni sfuggenti. Le conseguenze invalidanti per la donna sottoposta all'intervento, di cui è responsabile il medico, sono state considerate dal giudice non solo quelle inerenti allo stato fisico, ma, anche quelle relative allo sconvolgimento dell'equilibrio psichico derivante dalla notizia dell'avvenuto trattamento.

Dunque, appare evidente che, nell'evoluzione del concetto di salute, il medico, nel dovere di garantire il bene del malato, deve prendere in considera-

¹⁵ Corte d'Assise di Firenze, sentenza 18 ottobre 1990, in *Foro italiano*, 1990, II, col. 236.

¹⁶ *Ibid.*, col. 242, cit.

¹⁷ "... nulla il medico può fare senza il consenso del paziente o addirittura contro il volere di lui, il che, anche corrisponde ad un principio personalistico di rispetto della libertà individuale e ad una configurazione del rapporto medico-paziente come portatore di propri diritti fondamentali, e dunque come uomo-persona, uomo-valore e non come uomo-cosa, uomo-mezzo, soggetto a strumentalizzazioni anche odiose per fini che sono stati spesso ammantati di false coperture di progresso scientifico o di utilità collettiva"; cf. *Ibid.*, col. 240, cit. Inoltre, cf. Cass. Penale n. 2437/09 del 20.I.09 "Ove il **medico** sottoponga il **paziente** ad un **trattamento chirurgico** diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il **consenso informato**, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, si sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento stesso è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di **salute**, in riferimento, anche alle eventuali alternative ipotizzabili, e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale, tanto sotto il profilo della fattispecie di cui *all'art. 582 c.p.*, che sotto quello del reato di violenza privata, di cui *all'art. 610 c.p.*" in <http://www.overlex.com/leggisentenza.asp?id=1171>, con accesso del 16.03.2009

zione, nella valutazione della propria opera, tutte le componenti della persona, incluso il benessere psicologico del paziente motivo per il quale, ad esempio, l'omissione di informazioni dovute alla gestante, in ordine allo stato di salute del nascituro, è considerato un fatto lesivo dello specifico diritto della madre ad essere preparata contro i rischi derivanti dalla nascita di un figlio con delle anomalie inattese: "la violazione di tale diritto è suscettibile di ripercuotersi sulla salute psichica della donna e di compromettere definitivamente il sottile equilibrio psicologico che regola, in tali casi, l'accettazione di eventi inevitabili". In questo senso, andrebbero, infatti, risarciti il dolore e la sofferenza, conseguenza della scoperta improvvisa delle malformazioni del parto, che, se avvertiti con forte intensità, possono generare malattie psichiche, come stati ansiosi, angosciosi, fobici ... e "quant'altro possa incidere sul modo di essere della persona, ivi compreso il danno alla vita di relazione"¹⁸. Dunque, la malformazione non diagnosticata che può essere evitata con l'aborto deve poter essere invocata, valorizzata e rimborsata a beneficio dei genitori¹⁹ e, in alcuni casi, anche del bambino designando nella persona del medico un responsabile che sia al tempo stesso colui che risarcisce il danno. Certe Corti Supreme, come la Corte di Cassazione in Francia, nella "vicenda Perruche"²⁰, non hanno esitato a formulare una giurisprudenza in tal senso. La più alta giurisdizione francese ha ammesso che la mancanza di diagnosi di un medico può essere all'origine dell'handicap congenito del bambino, non perché il medico crei fisicamente l'handicap, ma perché permette, involontariamente, con la sua mancanza, la vita di un bambino che, tenuto conto del suo stato di salute, non sarebbe dovuto nascere. La Corte di Cassazione, dopo vicende alterne, ha riconosciuto al bambino, che agisce per tramite dei genitori, il diritto al risarcimento del danno (passando dal diritto di aborto della donna al diritto a nascere sani del bambino)²¹.

Indice dell'importanza riconosciuta all'equilibrio psichico-relazionale

¹⁸ GIANNI BALDINI, *Persona, biotecnologie e procreazione*, 2002, ed. Ipsoa, Milano, cit., p. 42, cit.

¹⁹ Cfr. Corte di Cassazione, sez. III civile-sentenza 14 luglio 2006 n.° 16123.

²⁰ Cass. Ass. plen. 17. 11. 2000, in *Jur. Class. Per.*, 2000, 2293 e ss. Il caso: una donna incinta avverte delle eruzioni cutanee che fanno pensare ad una rosolia. Si sottopone ad un esame clinico che, per colpa di chi lo effettua, invece, dimostra l'assenza di tale malattia. Decide conseguentemente di portare avanti la gravidanza, ma il bambino nasce gravemente handicappato. La donna, sottoponendosi all'esame del sangue, aveva esplicitamente detto di volere abortire nel caso fosse risultata positiva alla rosolia.

²¹ La vicenda ha suscitato particolare scalpore e discussione tanto che il legislatore francese ha approvato una legge il 4 marzo 2002 con la quale si afferma che nessuno può lamentare un risarcimento per il fatto stesso della nascita, e che chi nasce handicappato può dolersene solo se l'handicap è causato da colpa del medico e non da una malattia genetica.

è, in Italia, la L. del 14 Aprile 1982, n. 164 sul transessualismo²² la quale consente interventi chirurgici per modificare il sesso del soggetto in base alla sua “tendenza psichica” al fine di garantirne un miglior benessere psichico e relazionale. Nel caso dei transessuali si verifica, infatti, una “tendenza all’identificazione sessuale soggettiva di segno opposto alle proprie caratteristiche sessuali morfologiche” per cui, essi mantengono il “convincimento permanente che il proprio sesso anatomico sia erroneo”²³. La percezione psicologica di appartenere ad un determinato sesso, solitamente, avviene ai due anni e mezzo/tre d’età e suole coincidere con il sesso anatomico; nel caso dei transessuali, essi hanno la percezione psicologica di una sessualità maschile mentre il sesso cromosomico, gonadale e fenotipico è femminile o, viceversa. In realtà, le cause della transessualità non sono di carattere organico²⁴ ma risiedono, piuttosto, in fattori di carattere socio-psicologico, per cui “sarebbero gli stimoli estrinseci provenienti dall’ambiente sociale e familiare nel quale il paziente vive, a determinare l’orientamento sessuale del transessuale”.

Non ha trovato esito, a questo proposito, la tesi organicistica sostenuta da alcuni autori, tra cui Gooren, che attribuivano la causa della transessualità in una disfunzione sessuale cerebrale che determinerebbe la presenza di anomalie nel cariotipo, nelle gonadi, negli organi genitali e nella quantità di steroidi sessuali periferici o plasmatici²⁵. Per ora, nessun ricercatore ha provato che la causa della transessualità sia genetica, o cromosomica o che si radichi negli enzimi, nei neurotrasmettitori, negli ormoni prenatali o in fattori antigeni H-Y. Il caso dei transessuali non ha nulla a che vedere con gli ermafroditi i quali si possono considerare come appartenenti ad uno stadio “intersessuale” definito dall’esistenza di una contraddizione di uno o più dei criteri morfologici che definiscono il sesso (struttura cromosomica, gonadi, genitali interni ed esterni, caratteri sessuali secondari). In tal caso, si verifica negli individui

²² Cf. VALENTI FARRERAS, e ROZMAN CHARLOTTE, *Medicina Interna*, vol. II, 11ª ed. Barcelona, Madrid, Doyma, 1989, p. 1427.

²³ Una legge che molti ritengono vada modificata (sono state presentate proposte di legge in tal senso nel 2003 e nel 2006) al fine di estendere l’adeguamento del nome all’identità psico-fisica della persona nei casi di difformità tra “aspetto esteriore” e “nome anagrafico”, anche a prescindere da interventi chirurgici, al fine di includere anche chi sente di non appartenere al sesso della nascita e vuole cambiare identità di genere senza modificazioni chirurgiche, il caso dei transgender.

²⁴ MERLO GONZÁLEZ, *Ginecología: Capítulo 3: Estados Intersexuales*, Masson-Salvat, Barcelona, 1998.

²⁵ Cf. LOUISE GOOREN, *Aspects Biologiques de transsexualisme et leur importance pour la réglementation en ce domaine*, en *Transsexualism, médecine et droit, XIIIe Colloqui du droit européen*, Amsterdam, Conseil de l’Europe, 1993, pp. 123-143. HONGYI ZHOU, LOUIS GOOREN, DICK SWAAB, *A Sex difference in the Human Brain and its Relation to Transsexuality*, in *Nature*, 1995, 378, pp.68 ss.

una patologia in qualche punto della catena biologica che conduce alla differenziazione sessuale. È ormai ricca la letteratura scientifica²⁶ che avvala la tesi per cui alla base della transessualità non vi è alcuna patologia organica e si tratta piuttosto di un'alterazione dell'istinto sessuale²⁷. Le nuove possibilità della scienza chirurgica (la castrazione, la possibilità di creare vagine e falli artificiali²⁸) sono andate di pari passo con un concetto di salute "espanso" nella sua definizione e dinamico nei suoi confini che ha finito per legittimare la modificabilità del corpo e il superamento dei suoi "limiti" alla luce del progetto di vita del soggetto e della possibilità di articolare la sua esistenza entro equilibrati rapporti sociali²⁹.

I confini della malattia, prima definibili secondo parametri oggettivi in riferimento alla categoria del patologico, si sono così dilatati abbracciando qualsiasi limitazione della sfera esistenziale e relazionale la cui rilevanza viene stabilita in base alla percezione che di essa ha il soggetto.

2. Procreazione: diritto alla salute o diritto alla personalità?

Al centro della definizione del concetto di salute non vi è più la mera assenza di patologie ma il principio di autodeterminazione e quindi, il soggetto, con la sua visione della vita e del bene, secondo l'idea delineata dai giudici, O' Connor, Kennedy e Souter in *Casey* per cui "il cuore della libertà è rappresentato dal diritto di definire il proprio concetto di esistenza, del suo significato, dell'universo e del mistero della vita umana"³⁰. "L'elemento trainante della domanda di salute al di fuori del patologico diventa il modellamento del corpo sul *desiderio*. Questo mira ad estendere i confini della natura; ancora più, a

²⁶ ANDREA CARUSO, *Il cambiamento di sesso: orientamenti giurisprudenziali e dottrinali*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1978, n. 7, pp. 688-712. MARCO MARCHETTI, *Aspetti psichiatrici e psicologici del transessualismo*, in *Medicina e morale*, 1984, n. 2, p. 176.

²⁷ RICHARD GREEN - JOHN MONEY, *Transsexualism and Sex Reassignment*, Baltimore, J. Hopkins Press, 1969.

²⁸ JERALD HAGE, *Les conditions et conséquences médicales des interventions chirurgicales pour changer de sexe*, en *Transsexualisme, médecine et droit XIIIe Colloque du droit européen*, Amsterdam, Conseil de l'Europe, 1993, p. 111.

²⁹ Cf. SALVATORE AMATO, *Biogiurisprudenza: dal mercato genetico al self-service normativo*, ed. Giapichelli, Torino, 2006.

³⁰ "... Se le opinioni relative a questi argomenti fossero imposte dallo Stato, non sarebbe possibile autodeterminare la propria personalità". *Planned parenthood of southeastern pennsilvania v. Casey* 112 S. Ct. 2791, 1992, cit. (tradotta in italiano in *Foro Italiano*, 1992, IV, 527, c.539).

negare l'idea stessa di limite naturale”³¹. Molti dei problemi acuti che si presentano, attualmente, come fonte di dibattito in bioetica – regolamentazione artificiale della fecondità, modalità varie della procreativa, manipolazione genetica, prolungamento artificiale della vita – derivano dal *ruolo guida* nella domanda di salute assunto dal *desiderio*, rispetto al bisogno. In questo senso, la riflessione bioetica, in relazione alle nuove acquisizioni della scienza medica, si è concentrata sull'ammissibilità di un riconoscimento pubblico di alcuni “nuovi” “diritti morali” indipendentemente da una loro codificazione giuridica (il diritto alla libertà procreativa, il diritto a morire ...).

Restringendo l'attenzione alle pratiche di fecondazione artificiale, alcuni bioeticisti, di orientamento libertario³², riconoscono l'esistenza del diritto morale alla libertà nella procreazione in quanto esso è ricollegabile a quel piano di azioni lasciate all'autonomia morale dell'individuo. L'ambito della bioetica è infatti – a loro avviso – quello della libertà umana il cui limite è unicamente quello del danno provocato agli altri. Costoro riprendono la prospettiva di Mill per cui “il solo aspetto della propria condotta di cui ciascuno deve rendere conto alla società è quello riguardante gli altri ... su se stesso, sulla sua mente e sul suo corpo l'individuo è sovrano”³³; da cui la necessità di ritagliare un ambito in cui le azioni umane non siano sottoposte all'intervento coercitivo della legge non escludendo che, per questo, non siano sottoponibili a critica morale. Ciò che occorre considerare sono le ragioni che conducono alla scelta nell'accesso alle pratiche di fecondazione assistita la cui valutazione potrà essere fatta solo nel caso concreto; le uniche motivazioni che, a loro avviso, possono essere “condannate” a priori sono quelle di natura eugenetica, ma non si vede la possibilità di escludere, per esempio, donne sole o donne cui è morto il marito che ha lasciato lo sperma congelato, donne omosessuali ... Per altri autori la prospettiva è diversa, ed è quella della valutazione in base a criteri oggettivi, di natura intrinseca all'azione; per alcuni tra questi, il diritto di avere figli, in questo senso, è limitato alle forme naturali di procreazione; per altri l'utilizzo delle tecniche di fecondazione va accettato solo come atto medico-terapeutico, in caso di accertata sterilità.

³¹ SANDRO SPINSANTI, voce *Salute*, in SALVINIO LEONE-SALVATORE PRIVITERA (cura di), *Dizionario di bioetica*, Centro Editoriale Dehoniano-Istituto Siciliano di Bioetica, Bologna, 1994.

³² Cf. EUGENIO LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

³³ Cf. JOHN STUART MILL, *On Liberty* (1859), trad.it., *Sulla Libertà*, 2 ed., Le Monnier, Firenze 1954, p. 50; Mill condivide la prospettiva filosofica di Locke per il quale ogni “individuo ha la proprietà della propria persona alla quale nessun altro ha diritto al di fuori di lui” JOHN LOCKE, *Second Treatise of Government* (1689), *Secondo trattato sul governo, saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile*, trad. it., Utet, Torino 1960, p. 120, cit.

In questo modo, nella prospettiva più attuale, anche i fenomeni giuridici hanno posto al centro di particolare attenzione e regolamentazione i profili attinenti alla qualità della vita della persona, con gli interconnessi interrogativi relativi ad un sistema legislativo che sarebbe chiamato a riconoscere come diritti i *desideri* degli individui. Nell'ottica secondo cui la riproduzione è da intendersi come componente essenziale della vita dell'uomo, come bisogno "insopprimibile" e modo irrinunciabile di realizzare, per questa via, la propria personalità, risulta evidente che il ricorso alle tecnologie riproduttive debba essere tutelato come diritto non solo a chi, per motivi di sterilità, non potrebbe procreare ma anche a quanti, per motivi di natura diversa³⁴, ne sarebbero esclusi. Rodotà ritiene che dovendosi collocare il *diritto di procreare* "... in un quadro che riguarda il libero svolgimento della personalità di ciascuno ... si può ritenere che non esistono forti argomenti di principio per distinguere, sul piano dell'esercizio dei diritti fondamentali, tra procreazione naturale e procreazione assistita"; secondo l'autore, "devono essere rispettate le scelte individuali" i cui "limiti si collocano nello stesso quadro dei diritti fondamentali e possono derivare solo da un bilanciamento di interessi costituzionalmente rilevanti"³⁵.

In questa linea – sulla base della Dichiarazione approvata nel 1984, a Città del Messico ("tutte le coppie e gli individui hanno il diritto di decidere liberamente e responsabilmente il numero dei figli che vogliono avere e quando averli, hanno inoltre il diritto di avere l'informazione, l'educazione e i mezzi per conseguire questo risultato") – molte attiviste femministe, in preparazione alla "Conferenza internazionale su popolazione e sviluppo" del Cairo (1994), hanno promosso l'idea che i diritti umani sono evoluti e che "i diritti sessuali e riproduttivi" sono già inclusi tra essi. Costoro speravano che la Conferenza del Cairo avrebbe affermato l'esistenza dei "diritti riproduttivi e sessuali" (definiti da tali attiviste femministe come il rispetto per l'integrità del corpo della donna e le sue decisioni) come diritti rivendicati dalla donna in maniera autonoma riconoscendole oltre al diritto all'aborto – garantendo una versione internazionale della decisione *Roe versus Wade* –, tra gli altri

³⁴ Mori è tra coloro che in dottrina sostiene che il ricorso alle tecniche di procreazione non debba essere limitato alle coppie sterili. Secondo l'autore impone una preventiva certificazione di condizioni di sterilità come requisito necessario per accedere alle tecniche di procreazione artificiale costituisce un'indebita violazione del diritto di autodeterminazione della persona, cf. STEFANO RODOTÀ, *Motivazioni individuali e senso sociale nella riproduzione tecnologica*, in AA. VV., *Tecniche di fecondazione assistita: aspetti etici e giuridici*, Firenze, 1989, pp. 65 ss.

³⁵ STEFANO RODOTÀ, *Motivazioni individuali e senso sociale nella riproduzione tecnologica*, in AA. VV., *Tecniche di fecondazione assistita: aspetti etici e giuridici*, Firenze, 1989, p. 217, cit..

diritti, anche quello ad avere un figlio, attraverso il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, indipendentemente dal suo orientamento sessuale o dalla presenza della figura paterna. Questi nuovi diritti – tra cui, oltre al rispetto per l'integrità del corpo della donna e le sue decisioni, il riconoscimento legale del lesbismo, la banca del seme per le donne lesbiche e quelle single – sono stati promossi attraverso una serie di conferenze e la distribuzione di alcuni testi tra cui quello di Rhonda Copeland, *Diritti Sessuali e Riproduttivi e Salute come Diritti Umani: Concetti, Strategie; una introduzione per gli attivisti*.

In questa linea il Comitato latinoamericano e dei Carabi per la difesa dei diritti delle Donne (la CLASDEM) ha fatto circolare una “Proposta per la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo secondo una prospettiva di genere” chiedendo una modifica del testo della precedente dichiarazione. In esso si legge che “tutti hanno diritto ad un'educazione sessuale libera e responsabile che garantisca il diritto alla sessualità. Tutti hanno diritto al proprio orientamento sessuale che include la decisione di prendere o non prendere dei partner affettivi e/o sessuali che siano dello stesso sesso oppure no. Tutte le donne e gli uomini dovrebbero aver garantito il diritto al pieno potere sulle loro autonome decisioni in relazione alle funzioni riproduttive”³⁶.

Di fatto la procreazione attraverso le *nuove tecnologie riproduttive* nelle forme dell'inseminazione artificiale umana, della fecondazione *in vitro* con *embryo-transfer* e del trasferimento di un embrione dall'utero di una donna in quello di un'altra, offrono all'uomo e alla donna la possibilità di realizzarsi come madre e come padre senza la necessità di esser coinvolti nel rapporto sessuale di coppia e indipendentemente dalla sussistenza di condizioni patologiche impeditive. Dunque, destinatari della possibilità di una procreazione umana scissa dalla sessualità del rapporto, possono essere non solo la coppia eterosessuale, ma anche la donna singola o omosessuale con la conseguente emersione, per scelta privilegiata, di “nuovi modelli familiari”³⁷ da intendersi, secondo alcuni³⁸, in alternativa a quello tradizionale e di “nuove identità genitoriali” caratterizzate dalla rinuncia antropologica all'ancoraggio fisico della paternità in un corpo maschile e della maternità in un corpo femminile e rimandanti, piuttosto, all'esercizio di alcune funzioni.

Nel prendere in considerazione, in questo senso, i *diritti riproduttivi sessuati* – intendendo con ciò i diritti riproduttivi che la donna rivendica a partire dalla propria caratterizzazione sessuale-riproduttiva – con particolare riferimento al c.d. *diritto di procreare* attraverso il ricorso alle nuove tecnologie, in assenza della figura paterna, a mio avviso, si tratta di rilevare, attraverso un'analisi svolta secondo il profilo psicologico e filosofico della questione, se la *paternità* e la *maternità* come *modi costitutivi della familiarità* nel “processo

di ominizzazione”, sono *ruoli* o *modi di essere dell'esistente* attraverso cui si attiva l'acquisizione dell'*identità* dell'*essere umano*.

Secondo la prospettiva di una riflessione filosofica del diritto, quel che occorre valutare è se, nella pratica della procreazione assistita ad una donna sola, o ad una coppia di donne omosessuali, si stia assistendo alla mera possibilità di erosione di un modello familiare (quello tradizionale) – storicamente determinato, secondo alcuni o naturalisticamente fondato, secondo altri – o non piuttosto della “stessa *familiarità* nella sua struttura giuridica fondamentale”³⁹, attivando un'antropologia che è quella del “carattere irrelato della soggettività”⁴⁰ a scapito della dimensione della *coesistenza*.

Le conseguenze di un'analisi interdisciplinare del problema si pongono, in ultimi termini, sul piano “ontologico”: mettere a fuoco in quale modo si determini “l'*identità essenziale* dell'uomo” e “in qual modo l'uomo giunga ad acquisirla, in tutte le dimensioni concrete del suo esistere”⁴¹, il che equivale a discernere quali sono le “condizioni alla cui rinuncia è ricollegata quella

³⁶ *Proposta per una dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo secondo una prospettiva di genere*, Lima, Perù, CLASDEM, pp. 7-8; Il Comitato del Consiglio d'Europa ha, contrariamente, dichiarato che il diritto alla salute, contemplato nell'articolo II (paragrafo 2) del Convegno Europeo dei Diritti Umani non include il diritto ad avere un figlio, Cf. Information Forum on National Policies in the Field of Equality between Women and Men, Theme: *Guaranteeing Freedom of Choice in Matters of Reproduction, Sexuality and Life Styles in Europe; Trends And Developments* Tallin (Estonia), 27 al 29 novembre 1997. *Convention on Human Rights and biomedicine*. Committee of Ministers 19 novembre, 1996, Council of Europe document DIR/Jur (96) 14. Firmato ad Oviedo 14 aprile 1997. Il modello, proposto dalla CLASDEM si riflette perfettamente nella prospettiva assunta dalla Federazione IPPF, *International Planned Parenthood Federation* (sede a Londra), il cui documento base, *Charter of Reproductive Rights* (IPPF, IPPF Charter on Sexual and Reproductive Rights, Londres, IPPF, 1996), è un'apologia della visione liberale della sessualità influente nelle trasformazioni legislative europee.

³⁷ GIANDOMENICO MILAN, *La madre su commissione* in *Giustizia civile*, 1985, n. 2, p. 312; Cf. fra gli studi: FRANCESCO PROSPERI, *La famiglia “non fondata sul matrimonio”*, edizioni scientifiche italiane, Camerino-Napoli, 1980, pp. 11 ss.; GIANDOMENICO MILAN, *Convivenza “more uxorio” e ordinamento giuridico*, in *Rassegna di diritto civile*, 1981, pp. 135 ss.; FRANCESCO GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, ed. Giuffrè, Milano, 1983, pp. 1 ss.

³⁸ Cf. ANTONIO GORGONI, *Rilevanza giuridica dell'embrione e “procreazione” di un solo genitore*, in *Rivista di diritto privato*, 2002, n. 2, p. 384.

³⁹ Intesa come “una delle stesse modalità strutturali attraverso cui l'*humanum* si manifesta”. FRANCESCO D'AGOSTINO, *La famiglia, il diritto e le nuove tecnologie riproduttive*, in *Bioetica*, ed. G. Giappichelli, Torino, 1997, p. 161. Per ulteriori approfondimenti cf. FRANCESCO D'AGOSTINO, *Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, ed. Giuffrè, Milano 1991; *Il principio irrinunciabile è la difesa dell'identità*, in *Prospettive nel mondo*, anno XIII, n. 150, dicembre 1988, pp. 15-22; *Dalla bioetica alla biogiuridica*, in *Transizione*, 1989, n. 13-14, pp. 289-299 e *La verità della famiglia* in *Iustitia*, 1991, n. 44, pp. 27-39.

⁴⁰ NORBERT ROULAND, *Antropologia giuridica*, ed. Giuffrè, Milano, 1992, pp. 406 ss., cit.

⁴¹ FRANCESCO D'AGOSTINO, *Una filosofia della famiglia*, ed. Giuffrè, Milano, 1999, p. 67. Cf. LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *L'uomo non contemplato. Diritto, etica, bioetica* in *Il Mulino*, Bologna, 36, 1987, p. 601.

della propria soggettività di uomo” (la perdita della propria identità è “la più grande delle sofferenze che possano essere patite da un uomo”).⁴²

Si tratta, in definitiva, di considerare la rivendicazione dei diritti riproduttivi da parte della donna alla luce dei rapporti di coesistenza che il diritto è chiamato a tutelare, “diritto” inteso, in questa sede, non come una qualsiasi realtà ordinamentale positiva ma come “l’universale fondamento di qualsiasi forma ordinamentale, cioè quella specifica forma di coesistenza, che a partire dal riconoscimento della parità ontologica dei soggetti li costituisce in un universo relazionale privo – potenzialmente – di qualsiasi forma di esclusione”⁴³. In questo senso occorrerà valutare se la questione dei diritti riproduttivi riguarda solo il rapporto con il proprio corpo o se, implicando il problema dell’alterità, tali diritti richiedano di essere valutati, secondo un bilanciamento d’interessi costituzionalmente rilevanti, ovvero all’interno di “equilibrati rapporti intersoggettivi”.

3. Ruolo del “principio famiglia”: Percorsi della giurisprudenza e della legislazione

L’assenza di una regolamentazione delle nuove tecnologie riproduttive che per molto tempo ha caratterizzato il sistema legislativo del nostro Paese, ha condotto alla risoluzione di fattispecie in maniera talvolta contrastante, ora privilegiando la volontà/desiderio di avere un figlio in nome del principio di autonomia, ora la salute e la vita del nascituro in nome del principio di beneficenza che si articola attraverso la ricerca d’interessi oggettivi per garantirne la tutela. Emblematiche a questo proposito ci paiono due note ordinanze, quella del Tribunale di Palermo, 8.I.1999⁴⁴, e quella del Tribunale di Bologna, 9.V.2000⁴⁵, previe quindi alle disposizioni della L. 40/04.

⁴² *Ibid*, p. 67. La posta in gioco è quella dell’identificazione di un “volto” nel senso di Lévinas (cf. *Totalité et Infini*, tr. it., Milano 1977, pp. 191 ss.

⁴³ FRANCESCO D’AGOSTINO, *Una filosofia della famiglia*, ed. Giuffrè, Milano, 1999, pp. 64-5, cit. In questo senso la verità del diritto è la stessa dell’uomo ovvero la coesistenza, *iustitia est ad alterum* cf. SERGIO COTTA, *Il diritto nell’esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, ed. Giuffrè, Milano, 1991; cf. FRANCESCO D’AGOSTINO, *Elementi per una definizione del diritto, Frammenti di filosofia del diritto*, ed. Torre, Catania, 1984, pp. 7 ss.

⁴⁴ Tribunale di Palermo, ordinanza 29 dicembre 1998, in *Fam. dir.*, 1999, n. 4, p. 384, con commento di GIUSEPPE CASSANO, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nell’inseminazione artificiale post-mortem*, 1999, n. 4, pp. 384 - 393.

⁴⁵ Tribunale di Bologna, ordinanza 9 maggio 2000, in *Fam. dir.*, 2000, n. 6, p. 487 con nota di GIUSEPPE CASSANO.

La prima si riferisce ad una coppia di coniugi con problemi d'infertilità⁴⁶ che stipula un contratto d'opera con un Centro di Medicina della riproduzione, avente come oggetto la fecondazione dei gameti provenienti dalla coppia stessa. Poco tempo prima del secondo tentativo d'impianto muore il marito, ed il Centro Medico interrompe l'esecuzione del contratto; la vedova si rivolge al Tribunale chiedendo tutela cautelare del proprio diritto all'adempimento. Secondo il Tribunale, il contratto si deve considerare efficace alla luce dei principi costituzionali, del diritto positivo vigente, e dei diritti fondamentali dell'uomo e del nascituro previsti dalle Raccomandazioni degli Organismi Sopranazionali. Il Tribunale pertanto ordina l'impianto in utero dell'embrione, fino a quel momento crioconservato, facendo prevalere il diritto del nascituro alla vita e quello della donna all'integrità personale (che verrebbe leso nell'eventualità in cui fosse interrotto il processo vitale innescato con l'apporto dei propri gameti) su quello del nascituro stesso ad una famiglia "completa"⁴⁷.

Differente è il caso posto all'attenzione del Tribunale di Bologna riguardante una coppia che si separa legalmente quando, in esecuzione di un contratto d'opera professionale stipulato con un Centro Medico per ovviare alla sterilità, erano già stati formati e congelati gli embrioni. Nonostante la crisi matrimoniale, la moglie, volendo avere un figlio, si rivolge al Centro Medico chiedendo l'impianto in utero dei gameti fecondati, ma riceve una risposta negativa data l'espressa volontà contraria del marito a procreare, e ad assumere, quindi, il ruolo di padre. Contrariamente a quanto stabilito dal Tribunale di Palermo, in tal caso, viene fatta prevalere la salvaguardia del diritto del nato ad avere due genitori, e la necessità di evitare l'assunzione forzata della paternità.

Le due ordinanze si riferiscono a fattispecie in cui è già stata effettuata la fecondazione in vitro (omologa) e, in una di esse, valutati e bilanciati gli interessi in questione, si è giunti alla conclusione di ritenere ammissibile l'impianto del concepito pur trovandosi quest'ultimo ad avere un solo genitore sociale. Si tratta pertanto di situazioni differenti rispetto all'ipotesi in cui fosse "prodotto" un embrione con la sola volontà primaria di dare ad

⁴⁶ Per *infertilità* s'intende – secondo l'O.M.S. il fenomeno colpisce, nei paesi industrializzati come l'Italia, il 15-20% delle coppie – l'incapacità da parte di una coppia di portare avanti una gravidanza fino all'epoca che garantisce la sopravvivenza del feto cf. MARIA LUISA DI PIETRO, *Procreazione assistita e fecondazione artificiale tra scienza, bioetica e diritto*, La Scuola, Brescia, 1998, p. 7.

⁴⁷ A tale diritto viene riconosciuto un fondamento giuridico costituzionale v. artt. 30 (afferma il diritto del nascituro ad essere istruito, educato e mantenuto da parte dei propri genitori) e 31 Cost. (proclama il dovere per lo Stato di "proteggere l'infanzia, favorendo gli istituti necessari a tale scopo") e legislativo, v. L. 184/1983 sull'adozione e l'insieme delle norme sul diritto di famiglia (cf. LUCIANO BRUSCAGLIA, *Diritti dei minori e procreazione artificiale* in GILDA FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, ed. Cedam, Padova, 1989, pp. 171 ss.).

una donna non coniugata o non convivente un figlio. Tale sarebbe il caso di una fecondazione a donne sole *tout court*. Nel verificarsi di tale circostanza, il diritto del nascituro alla doppia figura genitoriale sarebbe contemperato e subordinato al desiderio (volontà) della donna di procreare e non entrerebbe in considerazione, come nell'ordinanza di Palermo, l'interesse alla vita dell'embrione (posto che il giudizio sull'ammissibilità del concepimento in vitro precederebbe la stessa produzione di quest'ultimo).

In questo senso, all'interno del Comitato degli esperti del Consiglio d'Europa, al quale si deve il "Rapporto sulla procreazione artificiale umana", si erano levate voci a favore dell'accesso alle tecniche di fecondazione assistita anche da parte di singole donne, ma tali voci non hanno lasciato traccia nel Rapporto che riserva l'accesso alle coppie (principio 1.1)⁴⁸. Secondo il documento il preteso diritto della donna alla maternità finirebbe di fatto col cedere sistematicamente di fronte all'esigenza di tutela del nascituro.

Il diritto comparato ne è testimone. Quasi tutti i Paesi, sulla base del riconoscimento del diritto del fanciullo alla doppia figura genitoriale, attribuiscono la possibilità di accesso alle tecniche di procreazione assistita solamente a coppie eterosessuali. Tale posizione è assunta tra i vari Stati in Germania, in Austria,⁴⁹

⁴⁸ Nella Risoluzione (doc. a 2-372/88) concernente la fecondazione artificiale "in vivo" o "in vitro" nella PARTE I, 1.3 si legge interesse del figlio è di nascere e crescere in una famiglia stabile, cioè come figlio di un uomo e di una donna tra loro legati da una stabile relazione di affetto, tutte le più moderne ricerche concordano che questa è la più importante condizione di umanizzazione e socializzazione. Alcune leggi hanno espressamente proclamato il diritto del minore alla famiglia, ciò rende inaccettabile la fecondazione artificiale in favore di coppie omosessuali o di donne sole, neppure quando la fecondazione sia fatta con seme del defunto marito: attraverso la fecondazione artificiale non si debbono produrre orfani artificiali. È vero che attraverso atti sessuali naturali anche una donna sola, o persona legata con altra da vincolo omosessuale può avere un figlio ma non si può certo dire che tale situazione sia ideale per il figlio, tanto è vero che le leggi chiamano illegittimo il figlio. Quando la ragione e la società umana si impegnano per generare un uomo, devono elaborare un progetto che sia il migliore possibile, non adeguarsi a situazioni che purtroppo si verificano, ma sono deprecabili. Sorge così il problema se la procreazione artificiale debba essere consentita in favore di coppie che non siano coniugate, ma che siano di fatto stabili. Sebbene i costumi siano cambiati, non si può negare che il matrimonio resta l'atto con cui la società assume conoscenza della volontà di fondare una stabile famiglia. Senza matrimonio la prova della stabilità è aleatoria, né si capisce quale soggetto dovrebbe o potrebbe accettarla (il medico? il giudice? l'assistente sociale?). Gli ordinamenti interni sono liberi di considerare famiglia legittima anche convivenze non fondate sul matrimonio, ma fino a che la legittimità della famiglia e della filiazione presupporranno il matrimonio non sembra coerente un sistema che consenta legalmente la procreazione artificiale fuori del matrimonio.

⁴⁹ Cfr. *Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz-FMcG) sowie da allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz und die Jurisdiktionsnorm geändert werden*; trad. it. *Legge federale di introduzione di norme sulla riproduzione assistita (legge sulla riproduzione assistita) nonché di riforma del codice civile, della legge sul matrimonio e della norma di giurisdizione* 1. Luglio, 1992, n°. 293, art. 2, 1 "La riproduzione assistita è consentita unicamente all'interno del matrimonio o di analogo rapporto di convivenza" in GIANNI BALDINI, GIUSEPPE CASSANO, *Persona, biotecnologie e procreazione*, ed. Ipsosa, Milano, 2002.

in Svezia⁵⁰ e in Norvegia⁵¹. Sono rari, comunque, i casi in cui si richiede che i due siano legati da un vincolo matrimoniale; la maggior parte dei paesi infatti includono anche coppie di conviventi (Austria, Francia, Norvegia, Svezia, Australia, Germania e Svizzera), purché eterosessuali. La normativa francese richiede, come requisito aggiuntivo, che le coppie conviventi siano stabili⁵². In Italia la L. 40/04 ha cercato di salvaguardare il diritto del nascituro alla doppia figura genitoriale, indicando espressamente all'art. 5 come requisiti soggettivi delle coppie richiedenti: il fatto che siano “maggioresni di sesso diverso coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”. Il Legislatore italiano ha optato, dunque, tra le diverse possibilità prospettate, per non limitare l'accesso alle coppie sposate, ma lo ha allargato anche alle convivenze di fatto (per l'accertamento della convivenza, così come degli altri requisiti – maggiore età, sesso diverso ecc. ... – il medico “si avvale di una dichiarazione sottoscritta dai soggetti richiedenti”, art. 12) escludendo i singoli e le coppie omosessuali, diversamente dagli ordinamenti della Spagna⁵³ e dell'Olanda⁵⁴ i quali prevedono, entrambi, la possibilità che donne singole e le coppie formate da persone di un medesimo sesso possano ricorrere alle

⁵⁰ Nella legge 20 dicembre 1984, n. 1140 – *Sull'inseminazione artificiale, (Lag om insemination)*, all'art. 2 si legge “è consentito effettuare l'inseminazione soltanto sulla donna sposata oppure convivente *more uxorio* con un uomo”; per “l'inseminazione è richiesto il consenso scritto del coniuge o del convivente”, requisito confermato nella *Lag om befruktning utanför kroppen* (1988 nella legge 14 giugno 1988 n. 711 – *Sulla fecondazione all'esterno del corpo*, trad. it.) dove gli artt. 2 e 3, rispettivamente, recitano: “l'introduzione nel corpo della donna di un ovulo che è stato fecondato all'esterno del corpo è consentita unicamente 1.) se la donna è sposata oppure convivente, 2.) se il coniuge o il convivente danno il consenso scritto, e 3.) se l'ovulo è convivente, chiunque violi le disposizioni degli artt. 2 e 3, abitualmente o a scopo di guadagno, è punito con una sanzione pecuniaria o con la reclusione fino a sei mesi” in GIANNI BALDINI, GIUSEPPE CASSANO, *Persona, biotecnologie e procreazione*, ed. Ipsoa, Milano, 2002.

⁵¹ Cf. Legge n. 68 del 12 Giugno 1987, SVIZZERA *Legge federale concernente la procreazione con assistenza medica* del 18 Dicembre, 1998 in GIANNI BALDINI, GIUSEPPE CASSANO, *Persona, biotecnologie e procreazione*, ed. Ipsoa, Milano, 2002.

⁵² Cf. *Loi n. 2004-800 du 6 aout 2004 relative à la bioéthique*, TITRE VI *Procréation et embryologie*, Art. L. 2141-2. Condizione già richiesta nella normativa del 1994; *Loi n. 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, *Journal Officiel de la République Française*, 30.7.1994; chapitre II bis, art. L.152-2 *L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'isémination* in GIANNI BALDINI, GIUSEPPE CASSANO, *Persona, biotecnologie e procreazione*, ed. Ipsoa, Milano, 2002.

⁵³ *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio* in BOE- *Boletín oficial del Estado*. 157 del 2 Luglio 2005.

⁵⁴ *Wet van 21 december 2000 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek adoptie door personen van hetzelfde geslacht*, in *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden* n. 10,11 gennaio.

tecniche. Oltre alle leggi olandesi e spagnole, anche la normativa inglese⁵⁵ considera, in alcuni casi, la donna unica destinataria delle tecniche riproduttive e l'uomo assume rilevanza solo ai fini dell'attribuzione della paternità legale (ipotesi questa che, ovviamente, apre le porte rispetto all'accesso alle tecniche anche da parte delle coppie di donne omosessuali le quali, nella prassi, si rivolgono numerose ai Centri di fecondazione artificiale).

In tutti i modi, dalla panoramica legislativa esposta emerge che, tranne alcune eccezioni, gli Stati europei vietano l'inseminazione artificiale della *donna sola* (così come, anche se in minor numero, precludono, ai singoli l'adozione per le medesime ragioni)⁵⁶. Del resto, a parte casi assolutamente marginali di sterilità, si tratterebbe di ipotesi in cui la donna potrebbe procreare naturalmente, e pertanto farebbe difetto lo stesso presupposto di accesso all'assistenza medica (nonostante, non manchino, in dottrina, posizioni divergenti a proposito per le quali, quanti sostengono la necessità di escludere le coppie non coniugate o le donne sole dalla possibilità di accedere alla fecondazione medicalmente assistita, sulla base del diritto del figlio ad una famiglia stabile e composta da due genitori, non entrano nel merito della capacità di quella coppia o di quella donna ad educare e crescere il figlio. Per costoro, pertanto, una norma in tal senso affermerebbe il principio astratto per cui è meglio avere due genitori piuttosto che uno soltanto e, a ben guardare, il bene giuridico tutelato primariamente non sarebbe tanto l'interesse del figlio quanto piuttosto uno specifico modello di famiglia⁵⁷). Nella maggior parte dei paesi stranieri ed europei, infatti, la procreazione artificiale è ammessa solo quando sia accertata l'impossibilità di generare in altro modo, e se non sono possibili altre terapie contro l'infertilità⁵⁸.

⁵⁵ Cf. *Report of the Committee of Inquiry into human fertilisation and embryology- Rapporto Warnock*, a cura del Dipartimento della Salute e della Sicurezza sociale del Regno Unito di Gran Bretagna e dell'Irlanda del Nord, al Cap. II *Soggetti del trattamento*, 2.(5.)(6.)(7.)(8.)(9.)(10.)(11.)(12.), vedi inoltre Cap. IV *Tecniche per la cura dell'infertilità* 4. (4)].

⁵⁶ Rispetto ai Paesi stranieri, solo la Grecia ed alcuni Stati americani ammettono il ricorso alle tecniche di fecondazione anche alle donne singole. Il fatto che un certo numero di Stati ammettano l'adozione da parte di single (ad esempio Svizzera e Francia) non comporta necessariamente che la stessa soluzione debba essere accolta in merito alla procreazione assistita: gli Stati godono infatti di un certo margine di discrezionalità per determinare se e in qualche misura le differenze tra situazioni per altri profili analoghe giustificano distinzioni di trattamento giuridico. La nostra Corte Costituzionale ha ritenuto ammissibile l'adozione da parte del singolo (con legge *ad hoc*) e la Corte d'appello di Roma ha dichiarato possibile già oggi, sulla base della Convenzione di Strasburgo del 1967 (Corte Costituzionale 16 Maggio 1994, n. 183, in *Famiglia e diritto*, 1994, n. 3, pp. 245 ss.; Corte d'appello di Roma, 28 novembre 1994, *Famiglia e Diritto*, 1995, n. 1, pp. 33 ss.).

⁵⁷ Cfr., ad esempio, ANTONIO GORGONI, *Rilevanza giuridica dell'embrione e "procreazione" di un solo genitore* in *Rivista di diritto privato*, 2002, n. 2, p. 384.

⁵⁸ In Austria la procreazione assistita "è consentita esclusivamente se in base alle conoscenze

Altrettanto meritevole di considerazione in riferimento alla valutazione del rapporto diritto alla (“desiderio di”) procreazione – famiglia è il caso *R. v. Human Fertilisation and Embryology Authority*⁵⁹ facente riferimento anch’esso all’*inseminazione post-mortem*, con la rilevante differenza che, rispetto alla fattispecie sottoposta all’attenzione del Tribunale di Palermo, la circostanza della morte del marito precede la stessa produzione dell’embrione. La *Court of Appeal* inglese autorizza una vedova, Diane Blood, “ad aggirare” il divieto della legge nazionale che impedisce l’inseminazione post-mortem. La vedova interessata, in effetti, aveva fatto ricorso al Tribunale perché la *British Human Fertilisation and Embryology Authority* aveva respinto la sua richiesta di poter utilizzare il seme del marito defunto, Stephen Blood, depositato presso apposita struttura sanitaria. Il Tribunale, pur confermando il divieto dell’inseminazione successiva alla scomparsa del coniuge, ha rilevato che il rifiuto dell’*Authority* non aveva tenuto conto del fatto che la normativa comunitaria prevede la libertà di circolazione dei servizi, e che tale libertà contempla a sua volta la facoltà di fruire dei servizi sanitari di un altro Stato. Di qui, la successiva decisione dell’*Authority* di autorizzare la vedova ad esportare lo sperma del marito defunto, favorendo di fatto l’inseminazione artificiale in Belgio. Nel 1998 Diane Blood dava alla luce un figlio, di nome Liam, utilizzando lo sperma del marito defunto; nel 2002 un secondo figlio, Joel, nasceva grazie

scientifiche ed all’esperienza sono fallite, o non hanno alcuna prospettiva di successo, tutte le altre terapie possibili ed accettabili” o anche “per evitare al figlio la trasmissione di una malattia di particolare gravità”. *Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung [Fortpflanzungsmedizinengesetz-FMcDG] sowie das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz und die Jurisdiktion geändert werden*; trad. it. Legge 1° Luglio 1992, n. 293 art. 2. 2. Analoga è la normativa francese la quale prevede che «l’assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d’un couple. Elle a pour objet de remédier à l’infertilité dont la caractere pathologique a été médicalement diagnostiqué. Elle peut aussi avoir pour objet d’éviter la transmission à l’enfant d’une maladie d’une particulière gravité» (Loi n. 94-654 du 29 juillet 1994 *Relative au don et à l’utilisation des éléments et produits du corps humain, à l’assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Journal Officiel de la République Française, 30. 7. 1994; chapitre II bis, art. L. 152-2) e quella italiana (L. 40/04) la quale consente il ricorso alle tecniche di riproduzione assistita solo quando sia accertata l’impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione (CAPO I, art. 1.1 e 1.2 e CAPO II, art. 4.1) e richiede, con una “formula” alquanto “elastica ed ampia” che “le coppie siano in età potenzialmente fertile” CAPO II, art. 5. Rispetto alle legislazioni straniere, l’Ungheria fissa l’età massima dei quaranta anni come ulteriore limite aggiuntivo per la donna. “La fecondazione ottenuta con intervento artificiale – detta in seguito fecondazione artificiale – può essere effettuata su richiesta della donna, in costanza di matrimonio, fino all’età di 40 anni ...”, Decreto del Ministro della Sanità 29 novembre 1981, n. 12 – *Sulla fecondazione artificiale* – art. 1 in GIANNI BALDINI, GIUSEPPE CASSANO, *Persona, biotecnologie e procreazione*, ed. Ipsa, Milano, 2002.

⁵⁹ *R. v. Human Fertilisation and Embryology Authority*, ex parte Blood (1996), 2 W. L. R. 806. Per un’analisi della sentenza v. DEREK MORGAN, ROBERT G. LEE, *In the Name of the Father? Ex parte Blood: Dealing with Novelty and Anomaly*, in *Modern Law Review*, 1997, pp. 840 ss.

alla medesima procedura. Subito notiamo la “debolezza etica” del divieto, in quanto basta appellarsi al principio della libertà di circolazione dei servizi perché il divieto venga superato con apposita autorizzazione del Tribunale. Inoltre, il ricorso a tale principio si dimostra fortemente espansivo, lasciando intravedere un implicito relativismo etico-giuridico che condiziona la soluzione di singole fattispecie.

In tutti i modi, è risaputo che, in Gran Bretagna in genere, fatta eccezione per taluni principi, tra cui appunto il divieto di fecondazione post-mortem⁶⁰, il *case by case approach* evidenzia come nulla sia vietato a priori. Ogni scelta è sottoposta al duplice vaglio della presenza della necessaria autorizzazione delle strutture sanitarie, in cui sono praticati gli interventi, e della costante verifica del *best interest of the child*. Il sistema inglese adotta, in questo senso, un'impostazione estremamente flessibile guardando alle *implications for the child's welfare*. Il “desiderio” di avere un figlio sembra trovare spazio nelle more di una disciplina che non offre un'unica risposta ma, tende a modularla, conformemente ad una tradizione giuridica che muove, in tal senso, in relazione alle parti coinvolte. In questo senso, Caroline Flint, ministro della sanità inglese, si è pronunciata di fronte alla *Commissione per la Scienza e la Tecnologia della Camera dei Comuni*⁶¹ dichiarando che non c'è probabilmente ragione di mantenere nella legge britannica la richiesta, ai Centri che praticano la procreazione assistita, di rifiutare i loro servizi a quelle donne che non possono garantire al nascituro la presenza di un padre⁶² per cui, ultimamente (il 20 maggio 2008), la Camera dei Comuni britannica ha votato a favore della nuova “Legge sulla

⁶⁰ *Human Fertilisation and Embryology Act* (1990), art. 28,6 (b) Per il parere espresso dalla Commissione d'inchiesta precedente alla legge del 1990, cf. *Report of the Committee of Inquiry into human fertilisation and embryology – Rapporto Warnock – Cap. IV “TECNICHE PER LA CURA DELL'INFECUNDITÀ”* 4. (4) e Cap. X “CONGELAMENTO E CONSERVAZIONE DI SPERMA, UOVA E EMBRIONI UMANI”, 10. (9) “La Commissione scoraggia vivamente l'AIH nel caso di vedova che intenda usare il seme del marito, come già detto (v. 4. 4). Nondimeno, ci rendiamo conto che una simile richiesta può essere fatta in qualche circostanza, ad es. quando si vogliono raggiungere finalità specifiche da parte di chi amministra proprietà di persone decedute, poiché la fecondazione post-mortem può comportare concreti problemi di eredità e di successione e, più in generale, questioni che possono sorgere anni dopo la morte. Pertanto, raccomandiamo che la legislazione escluda dalla successione e dall'ereditarietà il bambino nato per AIH che non era in utero alla data della morte del padre. Un ampliamento di quanto disposto è costituito dall'*Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003 c. 24* in cui sono state stabilite le condizioni perché un uomo possa essere registrato come padre di un bambino concepito dopo la sua morte utilizzando il suo sperma o l'embrione creato con il proprio patrimonio genetico prima della di lui morte.

⁶¹ HORSEY KIRSTY, *UK fertility law to drop “need for a father”; ban sex selection?*, *BioNews*, 17 luglio, 2006.

⁶² *Human Fertilisation and Embryology Act* (1990) all' art. 13, comma 5, afferma attualmente: “A woman shall not be provided with treatment services unless account has been taken of the welfare of any child who may be born as a result of treatment (including the need of that child for a father)”.

fecondazione artificiale e l'embriologia" che prevede, tra le altre cose, la possibilità di cancellare la figura del padre nei trattamenti di fecondazione in vitro, aprendo così le porte alle coppie lesbiche e alle madri single.

Resta valido che a livello normativo, tra gli Stati è diffuso un atteggiamento negativo di fronte alla pratica dell'inseminazione post-mortem. L'Austria⁶³, la Norvegia⁶⁴, la Svezia⁶⁵ e la Svizzera⁶⁶ per quanto riguarda l'uso del seme dopo la morte del coniuge a fini riproduttivi si sono pronunciate in senso negativo. La normativa francese stabilisce che «l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin Chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation»⁶⁷. In Germania⁶⁸, "è punito con la reclusione fino a tre anni o con una multa, chi consapevolmente effettua la fecondazione artificiale di un ovulo con lo sperma di un uomo deceduto" e al comma 2 si legge "nel caso di cui al primo comma n.3 non è punibile la donna sottoposta alla fecondazione artificiale". La riproduzione artificiale post-mortem è ammessa solo in alcuni Stati americani, in Grecia e in Spagna⁶⁹ dove la nor-

⁶³ Legge 1 Luglio 1992, n. 293, *Legge federale di introduzione di norme sulla riproduzione assistita nonché riforma del codice civile, della legge sul matrimonio e della norma di giurisdizione*, in vigore dal 1 Luglio, 1992 in BALDINI GIANNI, CASSANO GIUSEPPE, *Persona, biotecnologie e procreazione*, Ipsos, Milano, Edizione I.

⁶⁴ Legge 12 Giugno 1987, n. 68 *Sulla Fecondazione artificiale* in CNB, *La legislazione straniera sulla procreazione assistita*, Roma: Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria, 1992: 189-191.

⁶⁵ Legge 20 Dicembre 1984, n. 1140 *Sull'inseminazione artificiale*, 1984, in GIANNI BALDINI, GIUSEPPE CASSANO, *Ibid.*

⁶⁶ Legge 18 Dicembre 1998 – *Legge federale del 18 dicembre 1998 concernente la procreazione con assistenza medica (Legge sulla medicina della procreazione*, LPAM.Confermata dal referendum del 12 Marzo 2000) in GIANNI BALDINI, GIUSEPPE CASSANO, *Ibid.*

⁶⁷ Legge 29 Luglio 1994, n. 94-653 *Concernente il rispetto del corpo umano* ("Journal Officiel" 30 Luglio 1994) al TITOLO III, Sez. 4 art. 311-20 si legge "Il consenso è privo di ogni effetto in caso di morte, di deposito di richiesta di divorzio o di separazione giudiziaria o di cessazione della comunità di vita che sopraggiunga prima della procreazione medicalmente assistita" in GIANNI BALDINI, GIUSEPPE CASSANO, *Ibid.*

⁶⁸ Legge 13 Dicembre 1990, *Legge sulla procreazione assistita e la tutela degli embrioni* art. 4.3. in GIANNI BALDINI, GIUSEPPE CASSANO, *Ibid.*

⁶⁹ Legge 22 maggio 2006 n. 14, all'art. 9, comma 1 e comma 2 (in GIANNI BALDINI, GIUSEPPE CASSANO, *Ibid.*)

mativa vigente di quest'ultima riconosce la paternità del marito o convivente defunto a condizione che in vita abbia manifestato il desiderio che la moglie o compagna potesse ricorrere alle tecniche di riproduzione artificiale dopo la di lui morte. In Italia, la L. 40/04, consentendo l'accesso alle tecniche di riproduzione artificiale ai coniugi o conviventi entrambi viventi (art. 5), esclude indirettamente il ricorso alle tecniche di riproduzione artificiale post-mortem. Nessuno degli strumenti universali di protezione dei diritti umani appare, per altro, garantire un diritto all'inseminazione post-mortem. Il Rapporto sulla procreazione artificiale umana pone un netto divieto (*artificial procreation with the semen of the deceased husband or companion shall not be allowed* (principio 7.4)⁷⁰. Alla base, c'è la constatazione che il bambino sarebbe altrimenti destinato a nascere senza padre, in aperto contrasto con il principio per cui la procreazione assistita deve essere ammessa solo se esistono condizioni tali da assicurare il benessere del futuro bambino (principio 1.1). Nonostante la normativa italiana accolga tale principio ricollegandolo all'importanza della presenza di entrambe le figure genitoriali per il nascituro la risoluzione di due recenti casi riportati dalla cronaca giornalistica⁷¹, sembrerebbe rendere "evanescente" la *ratio* della legge che al principio s'ispira. La fecondazione assistita, negata normalmente alle coppie fertili, stando alla L. 40/04, è stata concessa dal Gup di Palermo all'ergastolano Salvino Madonia⁷² e alla moglie, che pur non essendo sterili, a causa della detenzione, non potevano concepire naturalmente. In tal modo, è stato reso possibile ad un uomo consapevole di non poter più uscire di prigione, di avere un figlio che si troverà, nella situazione dei fatti, a beneficiare della presenza effettiva di un solo genitore. Vicenda giudiziaria peraltro non isolata dal momento che, a distanza di solo un anno, i quotidiani diffondevano la notizia che la moglie di un ex capo della camorra, Raffaele Cutolo, condannato a nove ergastoli (in carcere dal 1982 e sottoposto da quattordici anni al regime del 14 bis) avrebbe partorito una bambina⁷³.

⁷⁰ Quanto all'ipotesi del soggetto che, nel timore di futuri problemi di sterilità, depositi i propri gameti in previsione della procreazione e successivamente deceda, il Rapporto lascia alla normativa statale il compito di fissare un termine per la conservazione, scaduto il quale i gameti verranno distrutti (principio 7.2 e 7.3: per ragioni di sensibilità, non è previsto di richiedere al soggetto, al momento del deposito, istruzioni circa la sorte dei propri gameti in caso di decesso).

⁷¹ Il GIORNALE, Venerdì 7 Luglio, 2006 *Un bimbo in provetta per il killer ergastolano*.

⁷² Boss del quartiere palermitano di Resuttana e condannato all'ergastolo come killer di Libero Grassi (commerciante ucciso a Palermo nell'agosto del 1991). Dal dicembre del 1991 in carcere è sposato ed aveva avuto già un figlio nel 2000 avendo utilizzato il seme depositato prima dell'arresto.

⁷³ Il QUOTIDIANO, Mercoledì 31 Ottobre, 2007 *Fecondazione assistita durante il 41 bis*. Cf., inoltre, www.lucacoscioni.it, accesso del 1.11.2007.

In maniera differente era stato risolto un analogo caso in Gran Bretagna che ha portato le parti in causa (Kirk e Loraine Dickson), richiedenti l'accesso alla fecondazione artificiale, a ricorrere in appello presso la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁷⁴. I coniugi erano entrambi detenuti, si erano conosciuti attraverso una corrispondenza epistolare durante il periodo di reclusione, si erano sposati ed avevano chiesto al Secretary of State di avere un figlio ricorrendo all'inseminazione artificiale. La risposta da parte degli organi inglesi è stata negativa dal momento che *the requests for artificial insemination by prisoners are carefully considered on individual merit and will only granted in exceptional circumstances*⁷⁵, in aggiunta all'interessante, per noi, motivazione del Secretary of State⁷⁶ per cui il bambino si troverebbe a vivere senza un padre per gran parte dei suoi anni d'infanzia (Kirk Dickson non era condannato all'ergastolo)⁷⁷. I coniugi sono ricorsi in appello presso la Corte di Strasburgo lamentando che lo Stato, rifiutando il loro accesso alle tecniche di procreazione artificiale, è manchevole nell'adempiere all'obbligo positivo di assicurare rispetto per la vita privata e familiare contravvenendo all'art. 8 della Convenzione⁷⁸. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ritenuto che, nel determinare l'esistenza e lo scopo di ogni obbligo positivo dello Stato, è necessario che siano bilanciati gli interessi della Comunità e quelli individuali⁷⁹; inoltre lo Stato deve prendere in considerazione, come

⁷⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Case of Dickson v. The United Kingdom*, Strasbourg, 18th April 2006 in <http://www.hrlrc.org.au/html>, accesso del 11.03.2009.

⁷⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Case of Dickson v. The United Kingdom*, Strasbourg, 18th April 2006, p. 2, cit., “- whether the provision of AI facilities is the only means by which conception is likely to occur. – whether the prisoner’s expected day of release is neither so near that delay would not be excessive nor so distant that he/she would be unable to assume the responsibilities of a parent. – whether both parties want the procedure and the medical authorities both inside and outside the prison are satisfied that the couple are medically fit to proceed with AI. – whether the couple were in a well established and stable relationship prior to imprisonment which is likely to subsist after the prisoner’s release. – whether there is any evidence to suggest that the couple’s domestic circumstances and the arrangements for the welfare of the child are satisfactory, including the length of time for which the child might expect to be without a father or mother. – whether having regard to the prisoner’s history, antecedents and other relevant factors there is evidence to suggest that it would not be in the public interest to provide artificial insemination facilities in a particular case” in *Ibid*.

⁷⁶ SECRETARY OF STATE in una Lettera datata, 28 Maggio, 2003.

⁷⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Dickson v. the United Kingdom judgment*, Strasbourg, 18th April 2006, p. 3, cit., “Fourthly, any child would be without a father for an important part of its childhood years.” in *Ibid*.

⁷⁸ CONVENTION, art. 8 “Everyone has the right to respect for his private and family life ...”.

⁷⁹ CONVENTION, art. 2 “There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in

requisito per l'accesso alla fecondazione artificiale, l'effettiva protezione del nascituro insieme al suo benessere materiale e morale. In tal senso, anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ritenuto contraria a quest'ultimo il ricorso da parte del detenuto e di sua moglie all'inseminazione artificiale per “the prolonged absence of the father for an important part of its childhood years and the apparent lack of sufficient material provision and immediate support network in place for the mother and child”.

4. Modelli familiari emergenti

Dai casi giurisprudenziali e dalle legislazioni prese in considerazione, emerge, dunque, il dubbio di prescindere dall'idea di un unico modello familiare (statico) con cui confrontare la prassi per promuovere invece un diritto aperto a *varie forme di strutture familiari* che siano rispettose degli interessi del nascituro, posto che sia da dimostrare che il modello di famiglia “tradizionale” (stabile, bigenitoriale ed eterosessuale) sia da preferire a quello monogenitoriale o omosessuale.

Dunque modello unico di famiglia o modelli familiari? I presupposti filosofico-teoretici della proposta di uno *schema aperto* ed eticamente neutrale della *famiglia* possono essere considerati, nelle loro linee fondamentali, il “liberalismo”⁸⁰ e il “liberazionismo”⁸¹. Entrambi questi orientamenti condividono il presupposto relativista per cui non è possibile affermare l'esistenza di una verità oggettiva delle cose e, seppur essa esistesse, non è possibile conoscerla (non-cognitivismo). La conoscenza umana, secondo tale prospettiva, è una collezione di fatti empirici da cui non sono derivabili valori universali (legge di Hume: dall'essere non è derivabile il dover-essere, dai fatti i valori). L'idea di base è, dunque, che occorra, per una definizione della famiglia secondo una “declinazione plurale di modelli”, abbandonare i presupposti teoretico-cognitivi di una filosofia caratterizzata da una “fiduciosa tensione conoscitiva”

the interests of national security, public safety or the economic well – being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedom of others”.

⁸⁰ Cf. JOHN STUART MILL, *On liberty* (1859), (*Saggio sulla libertà*, Milano, Il Saggiatore, Coll. Est, 1997; cf. JOHN LOCKE, *Second treatise of government* (1689), (*Secondo trattato sul governo. Saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile*, Milano, BUR, 2001); ID., *Lettera sulla tolleranza*, Bari, ed. Laterza, 1994; BENJAMIN CONSTANT, *Discorso sulla libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, (1813), Treviso, Canova, 1966.

⁸¹ FRANCESCO D'AGOSTINO, *Il ruolo del diritto e del giurista*, in *Forum: famiglia o famiglie? Sociologia, diritto, morale*, in *Rivista di teologia morale*, 1997, 113 (1), pp. 19-25.

verso il reale. In questa prospettiva, non solo l'etica, ma anche l'antropologia assume un forte radicamento soggettivo: i valori in quanto non oggettivi sono relativi al soggetto che li pronuncia. Da ciò ne consegue che la libertà, prescindendo dall'"intellegibilità" del reale, divenga *scelta assoluta*, sganciata da ogni vincolo, superando il concetto tradizionale di una libertà intesa come "autorealizzazione verso il bene"⁸². All'interno di questo quadro concettuale non esistono più ruoli, funzioni proprie, "naturali" dell'uomo che il diritto è chiamato a tutelare. L'uomo è la sua storia⁸³ ed in base a ciò ogni sua scelta appare indifferente. Viene meno l'idea di una verità ontologica o esistenziale da conoscere, su cui orientare la normatività che appare piuttosto coincidente con il corretto esercizio di una procedura⁸⁴. Il soggettivismo, legandosi alla psicanalisi (e alle sue volgarizzazioni), si autogiustifica "ontologicamente" fondandosi sulla convinzione che sia necessario dar spazio alla "spontaneità", superando le inibizioni della coscienza razionale⁸⁵, ed erigendo il *desiderio* a criterio di ogni scelta. La soggettività, sganciata da ogni "vincolo conoscitivo" con il reale, rischia, dunque, di divenire un *trascendentale*, fondamento di ogni realtà lecita.

Come denominatore comune a gran parte delle proposte di legge che si discutono oggi in riferimento al rapporto *diritto-famiglia-procreazione*, sembra emergere l'assolutizzazione della volontà del singolo e del suo desiderio i cui diritti rivendicati (nella fattispecie quello della procreazione in relazione alla propria "idea-desiderio" di salute, di famiglia, di genitorialità e di filiazione...) sono conciliabili con l'idea di una "famiglia" considerata prodotto della storia e della società (nella versione storicistica del relativismo) o prodotto dell'accordo delle parti o della decisione individuale (nella versione contrattualista del relativismo). Seguendo quest'impostazione di pensiero, la famiglia, la cui dinamica è evolutiva⁸⁶ e la cui origine è convenzionale (non naturale), è un fenomeno accidentale, variabile secondo le esigenze, i bisogni, le circostanze:

⁸² ELIO SGRECCIA, *La legge di Hume*, in *Medicina e morale* 2006, n. 3, p. 568.

⁸³ SERGIO COTTA, cit. *Sacramentalità e realtà esistenziale del matrimonio*, Giuffrè, Milano, 1991, cit. p. 16.

⁸⁴ Per uno sviluppo sul tema cf. PIERFRANCO VENTURA, *Normalità e normatività: prospettive filosofico-giuridiche della anormalità*, ed. Giuffrè, Milano, 1982.

⁸⁵ Cf. PIERFRANCO VENTURA, *Ibid.*, in particolare p. 15.

⁸⁶ "La famiglia, se resta, e per il periodo in cui resterà ancora, non è più una realtà di natura, che si impone allo Stato e da questo deve essere rispettata, ma una realtà artificiale, governata da leggi e da provvedimenti giurisprudenziali, che guardano ad interessi ad essa esterni", *Ibid.*, p.14, cit. Per un'analisi della componente del pensiero hegeliano per la crisi moderna dell'idea di famiglia cf. GAETANO LO CASTRO, *Matrimonio, diritto e giustizia*, ed. Giuffrè, Milano, 2003, pp. 9 ss.

diviene irrilevante la natura biologica e con essa tende a divenire irrilevante la stessa eterosessualità e bigenitorialità⁸⁷. “Il pluralismo della società aperta, che si pretende pronta a tutte le esigenze della persona”, rese possibili dalla tecnica “ma neutrale quanto ai valori, finisce così, in omaggio a tale istanza di liberazione, col dover definire artificialmente tutto”⁸⁸ (chi è uomo e chi è donna, con la specificità dei sessi; chi è un padre e chi una madre).

All'abbandono dell'orizzonte *teoretico-veritativo* entro cui pensare la famiglia e i “ruoli” dei soggetti che la costituiscono, corrisponde l'assunzione di una prospettiva *pragmatico-funzionalistica*, potenziata dall'incentivo tecnologico, per la quale “l'essenza del familiare” è del tutto relativa a particolari interessi pragmatici e al perseguimento di determinate *finalità desiderate* (quali ad esempio la riproduzione) *raggiungibili* sempre e comunque dalla *tecnica*. “La famiglia va dunque compresa come un'unità funzionale, di tipo *problem solving*”⁸⁹, adatta ad evolvere in un contesto sociale sempre più complesso ed articolato secondo le possibilità della tecnologia riproduttiva in ordine ai desideri dei *soggetti desideranti*. Famiglia è ciò che funziona come famiglia, e il suo significato muta nel tempo e al variare dei *problemi da risolvere*, delle possibilità tecnologiche con cui risolverli; dei *desideri da raggiungere* e delle modalità tecnologiche con cui raggiungerli. Sembra, in questo senso, che la famiglia sia qualcosa da “fare” e non una modalità di relazione, che istituisce un modo peculiare di “essere” del sociale⁹⁰ e risulta, piuttosto, concepita come il risultato di scelte individuali: l'unico dato verificabile è il singolo soggetto con le sue aspirazioni e i suoi diritti, tutto il resto ne è variabile dipendente. La forma familiare viene sottoposta a un “gioco” di decostruzione-ricostruzione infinita: il “fare” famiglia prende il

⁸⁷ LAURA PALAZZANI, *Quali diritti per le coppie di fatto?*, in *La Famiglia*, 1989, n. 1, pp. 29 ss.

⁸⁸ MASSIMO PARADISO, *Famiglia e nuovi diritti di personalità: norma, desiderio e rifiuto del diritto* (Estratto da: *Quadrimestre- Rivista di Diritto Privato* Nr. 2/1989), ed. Giuffrè, Milano, 1989, cit. p. 308 con nota (26). “Ogni confine (interno/esterno, maschio/femmina, padre/madre, marito/moglie, “generante/generato”, etc.) viene travolto, entra nel “flusso” liquido della rinegoziazione e deve essere ristabilito in modo rivoluzionario. Attraverso le biotecnologie nascono altre forme di relazione familiare precedentemente impossibili o improbabili: emergono nuove costellazioni familiari (famiglie di fatto, omosessuali, ricostituite, monogenitoriale, conviventi non conviventi, unipersonali, multietiche, etc.) ...” FRANCESCO D'AGOSTINO, LUISA SANTOLINI, (a cura di) *Famiglie e convivenze. Nuove tensioni nella società italiana*, ed. Cantagalli, Siena, 2007, p. 73, cit.

⁸⁹ RICCARDO PRANDINI, *I diritti della famiglia e le “famiglie” del diritto: identità e pluralismo nelle relazioni tra società, diritto e famiglia*, in *Famiglia e società del benessere. 6° rapporto Cisl sulla famiglia in Italia* pp. 405 ss.; cit.

⁹⁰ Ovvero non è compresa come uno specifico modo di relazione umana che “emerge”, nella storia dell'umanità, per dare risposte a precise esigenze di ordine biologico, pratico, psicologico, sociale e simbolico.

posto dell' "essere" famiglia⁹¹. La prospettiva teologica appare superata in una società ormai secolarizzata e multiculturali per cui è proprio della cultura contemporanea negare la famiglia come espressione di una realtà che ha radici nel disegno di Dio sull'uomo⁹². Altrettanto si può dire per quella "naturalistica", fondata sul dato biologico della generazione⁹³, dal momento che l'"artificialità" della tecnica ha reso possibile ciò che prima non risultava esserlo⁹⁴. Con l'ausilio delle nuove tecnologie riproduttive anche gli omosessuali o le donne *single* possono assolvere alle funzioni di riproduzione ed "allevamento" della prole prima possibili solo ad una coppia eterosessuale in età potenzialmente fertile.

L'età della tecnica ha ridotto gli aspetti umanistici del nostro scenario esistenziale, e le domande di senso che lo caratterizzano restano inevase, perché questo non è un obiettivo specifico della tecnica. L'esigenza di quest'ultima si configura piuttosto come ricerca di risposte ai "bisogni" altrimenti "insoddisfatti" dell'uomo (la procreazione irrealizzabile altrimenti per una coppia sterile o omosessuale o per una donna sola). Nell'immaginario collettivo alla tecnica si chiede solo di funzionare e se, e quando, funziona ha soddisfatto i suoi *standard* intrinseci di *qualità*. Ricondurre tutta la realtà nei confini della realtà scientifica, e questa nei confini della realtà tecnologica si

⁹¹ Cf. FRANCESCO D'AGOSTINO, LUISA SANTOLINI, (a cura di) *Famiglie e convivenze. Nuove tensioni nella società italiana*, ed. Cantagalli, Siena, 2007, pp. 65-7. "Cosa valga come famiglia lo decidono gli individui e la società-Stato, attraverso la legge, deve agevolare questo modo di fare; in tal modo si perdono completamente i confini tra la famiglia e ciò che non è famiglia, perché si perde il riferimento al simbolo e alla norma sociale. Si passa alla tautologia: è famiglia ciò che appare come famiglia. E dalla tautologia si va al nichilismo: è famiglia ciò che voglio sia famiglia. In tal senso ci sono solo delle famiglie e non più la famiglia, anche se, paradossalmente, per identificare ciò che "fa" le famiglie si deve continuare a riferirsi a qualcosa che "è" la famiglia". *Ibid.* p. 70, cit.

⁹² Cf. analisi di GAETANO LO CASTRO, *op. cit.*, pp. 21 ss.

⁹³ Il modello naturalistico-istituzionale riconosce nella famiglia un ordinamento naturale ovvero trascendente il volere dei singoli. Si tratta di un modello frutto dell'analisi propria della cultura giuridico-naturalistica cf., ad esempio, il pensiero di A. Rosmini per cui in seno alle "due persone giuridiche dei coniugi si genera una terza persona giuridica", cioè la prole, che insieme a quella dei genitori costituisce l'unità di una persona "collettiva": "il principio che determina le relazioni giuridiche tra padre, madre e figliuoli, si è la speciale persona collettiva, che queste tre persone giuridiche formano insieme secondo natura" *Filosofia del diritto*, vol. IV, Padova, 1969, cit., p. 1151, n. 1446; cf. ANDREA BETTETINI, *La secolarizzazione nel matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, ed. Cedam, Padova, 1996, p. 8, nota (19).

⁹⁴ "L'ingegneria genetica e le biotecnologie rendono la natura e la cultura indistinguibili. Per la famiglia tutto ciò significa entrare nell'orizzonte del disponibile e del manipolabile. Le basi naturali della maternità, paternità, familiarità e parentela diventano "decidibili". La "norma" del familiare perde di rilevanza e, saltando la differenza tra normale/deviante, si normalizza (controlla) la diversità. Si affacciano le possibilità di donare ovuli e sperma, di madri surrogate, di madri e padri sociali, legali, economici, etc." FRANCESCO D'AGOSTINO, LUISA SANTOLINI, (a cura di) *Famiglie e convivenze. Nuove tensioni nella società italiana*, ed. Cantagalli, Siena, 2007, p. 74.

risolve alla fin fine in un processo di impoverimento per l'uomo e per la sua intelligenza, che si concentra esclusivamente sugli aspetti procedurali. La ragione assumerebbe all'interno del suo procedimento un ruolo puramente tecnico, il suo *λόγος* sarebbe soltanto *tecno-logico* e la sua cifra l'efficienza, misurata dai vantaggi che produce e dai risultati che offre. Ancora una volta emerge un'abdicazione al "senso delle cose" – *εἶδος* – per la promozione di un significato contingente-soggettivo variante da soggetto a soggetto a seconda dei risultati da quest'ultimo ricercati. L'indebolimento del pensiero filosofico con il conseguente impoverimento della capacità da parte della ragione di "accedere alla realtà" cogliendone il *significato* (in tal caso, quello *antropologico* della famiglia, dei ruoli genitoriali, della procreazione e della sessualità), e nello stesso tempo, il predominio di una modalità di pensiero tecnocratica, ha determinato la configurazione di un diritto rinunciatario a "riflettere" in termini di "verità" (la verità del diritto è la stessa dell'uomo: la coesistenza)⁹⁵ e propenso piuttosto a tutelare quanto risulta funzionale alla soddisfazione di diritti identificabili con i bisogni/desideri del singolo (come può essere quello procreativo) all'interno di un' "epoca in cui tutto è sempre più raggiungibile artificialmente"⁹⁶.

5. "Principio famiglia" e identità personale

La risposta relativa alla possibilità che la famiglia divenga o meno *oggetto di sperimentazione* della scienza muta a seconda della natura che le attribuiamo. Infatti, se consideriamo la famiglia una realtà convenzionale, se ne deduce che essa possa cambiare a seconda dei cambiamenti subiti dalla società. Quindi, se la scienza cambia la società, la scienza può cambiare il modo di concepire la famiglia⁹⁷. Da parte di taluni autori la qualifica "naturale", attribuita alla

⁹⁵ Cf. SERGIO COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, ed. Giuffrè, Milano, 1991. Buber sostiene che "il fatto fondamentale dell'esistenza umana è l'uomo-con-l'uomo" MARTIN BUBER, *Il problema dell'uomo*, LDC, Leumann, Torino 1990, p. 122.

⁹⁶ Cf. Ordinanza del Tribunale di Roma, ord. 17 febbraio 2000, in *Famiglia e diritto*, 2000, n. 2, p. 706, con nota di Dogliotti p. 151; in *Guida al diritto* 2000, 972, con nota di Ciani (ivi, 2000, n. 1, 1699) in *Giurisprudenza di merito*, 2000, n. 3, p. 527, con nota di Cianci. Si tratta di un caso interessante, perché dalla motivazione del giudice emerge una concezione evoluzionista e convenzionale della maternità così come della genitorialità e della famiglia determinata dalle nuove possibilità della scienza in riferimento ai desideri del singolo. A parere del giudice Schettini occorre confrontarsi con modelli giuridici e culturali in continua evoluzione: ci troviamo dinanzi ad un mutamento antropologico e culturale della maternità e della famiglia determinato dalle tecniche riproduttive ("maternità surrogata" e "fivet" eterologa).

⁹⁷ Per un'analisi del problema cf. GAETANO LO CASTRO, *op. cit.*, pp. 22-23; PIETRO BARCELLONA,

famiglia dalla norma costituzionale, non sta ad indicare una realtà “non formale” (ovvero non creata da leggi o da legislatori), “carica di aspettative sostanziali che, benché soggette alle esigenze dell’umano divenire, s’impongono all’uomo” (...) ma, vedendo nell’art. 29 una specificazione dell’art. 2 della stessa Costituzione (“riconosce e garantisce diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità”), ritengono che “il termine “naturale” dell’art. 29 dovrebbe essere inteso come equivalente di “sociale”⁹⁸. Le difficoltà nell’interpretazione dell’art. 29 della nostra Costituzione derivano più che dal dato testuale, dalla matrice relativista e, a ben dire, antimetafisica e positivista della cultura filosofica contemporanea restia a pensare ad una *datità naturale intelligibile* preposta alla norma⁹⁹ per cui, la famiglia fondata sul matrimonio di una coppia eterosessuale chiamata a procreare è ormai considerata, secondo un’opinione condivisa da molti, un fatto di mera cultura piuttosto che di natura e pertanto superata o superabile.

Parte della dottrina, sopra richiamata, sostiene che una legge escludente dall’accesso alla fecondazione assistita le coppie omosessuali o le donne sole sulla base del principio per cui è meglio avere due genitori piuttosto che uno soltanto, in realtà, non entra nel merito della capacità educativa dei soggetti che intendono crescere il figlio. Secondo questa prospettiva apparirebbero, dunque, più razionali e non viziate da “preconcetti stereotipati” le normative che consentono la fecondazione artificiale a donne omosessuali o le decisioni volte a tutelare il diritto alla procreazione degli ergastolani (Madonia e Cutolo) piuttosto che quella della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo contraria al ricorso alle tecniche riproduttive da parte del detenuto e di sua moglie (in quanto sarebbe da dimostrare che “the inevitable absence of one partner for

Famiglia (diritto civile), in *Enc. Dir.* XVI (Milano, 1967), p. 782, con richiami di altra dottrina nelle note.

⁹⁸ GAETANO LO CASTRO, *op. cit.*, p. 22, cit. “Gli artt. 2 e 29, alla fine, permetterebbero di iscrivere la famiglia fra “le formazioni sociali la cui esistenza è costituzionalmente garantita”, ma non consentirebbero di porre il fondamento dell’istituto familiare “sul terreno del diritto naturale””, *Ibid.*, p. 22, cit.

⁹⁹ “L’interpretazione che intende “naturale” come “sociale”, e attribuisce all’art. 29 il significato di rinviare “alle valutazioni operanti nell’ambiente sociale” per determinare struttura ed organizzazione della famiglia, non è in verità persuasiva intanto sul piano stesso della esegesi letterale della norma: poiché, se fosse così intesa, la norma ribadirebbe nell’attributo la qualifica di società già espressa nel sostantivo della definizione; sarebbe come far dire al legislatore che la famiglia è una “società sociale”, attribuirgli una specie di allitterazione concettuale. Ma poi l’anzidetta interpretazione non è neppure apprezzabile positivamente nel significato sostanziale che ne deriverebbe, in quanto alla fine mutila l’inciso dell’art. 29 1° comma, che definisce la famiglia, di una parte del suo significato valorativo, che sta proprio in quel “naturale”; l’altra parte essendo data dall’individuazione del matrimonio come fondamento della famiglia”, GAETANO LO CASTRO, *op. cit.*, p. 24 con nota n. (26), cit., cf. *Ibid.*, pp. 22-24.

a long period would have negative consequences for the child and for society as a whole”)¹⁰⁰. Inoltre, a questo proposito c'è chi, a supporto di tale linea di pensiero, fa riferimento ad alcuni studi americani i quali dimostrerebbero che non c'è differenza, in materia di benessere e salute mentale, tra i figli “allevati” in un contesto familiare in cui siano presenti entrambe le figure genitoriali e quelli cresciuti in un contesto familiare in cui una delle due figure sia assente o i genitori siano omosessuali.

Ma un'attenta lettura delle più recenti pubblicazioni americane cui si fa riferimento – la bibliografia disponibile è estremamente ricca e in un lungo articolo di Charlotte Patterson¹⁰¹ sono elencati una trentina di studi precedenti – non può impedire di indurre, quanto meno, una certa perplessità rispetto alla loro credibilità (campione estremamente limitato, mancanza di gruppi di controllo, questionari comportamentalisti e stereotipati, nessuna attenzione alla durata, scelta di situazioni falsate – ad esempio, comparazione solo con bambini allevati da una madre o da un padre divorziati –, conclusioni unilaterali ovvero senza alcuna eccezione alla tesi)¹⁰².

In effetti, recenti studi di psicopatologia ci confermano la consolidata teoria freudiana la quale riconosce quanto il bambino deve, per la sua crescita psichica, al gioco sottile delle identificazioni e differenziazioni nei riguardi del padre, in quanto uomo, e della madre, in quanto donna. Se da una parte, la figura materna fa da caposaldo nei primi anni dell'esistenza individuale (è nella relazione affettiva con la madre che il bambino impara a percepire il proprio corpo e se stesso)¹⁰³, dall'altra, è altrettanto importante che la simbiosi tra madre e figlio abbia fine secondo i tempi ed i modi opportuni. Nel caso in cui non si verificasse tale realtà, l'individuo rischierebbe di rimanere fermo nel processo dell'evoluzione sessuale, un “bambino” in perenne ricerca spasmodica della madre, l'“oggetto amato” di cui è stato privato¹⁰⁴. Freud utilizza

¹⁰⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Case of Dickson v. The United Kingdom*, Strasbourg, 18th April 2006, p. 8.

¹⁰¹ CHARLOTTE PATTERSON, *Children of Lesbian and Gay Parents*, “Child development”, 1992, 63, pp. 1025-1042 (abbrev.: CP).

¹⁰² Per il confronto di tali rilievi consiglio di fare riferimento ad alcuni testi particolarmente significativi di Xavier Lacroix il quale ha studiato e consultato larga parte di tali studi menzionati. In particolare modo cf. XAVIER LACROIX, *Homoparentalité, les dérives d'une argumentation* in *Études* 3993 (2003); versione integrale: *Le terme homoparentalité a-t-il un sens?* in *Revue d'éthique et de théologie morale* 225(2003).

¹⁰³ Cf. CLAUDIO RISÉ, *Il padre, l'assente inaccettabile*, S. Paolo, Milano, 2004, pp.17 ss. Inoltre, cf. LUISELLA BRUSA, *Mi vedevo riflessa nel suo specchio. Psicoanalisi del rapporto tra madre e figlia*, ed. Franco Angeli, Milano, 2006.

¹⁰⁴ Cf. JOSHUA PERMAN., *The Search of the Mother: Narcissistic Regression as a Pathway of Mourning in Childhood*, in *The Psychoanalytic Quarterly*, vol. 48, n. 3, New York, 1979.

il termine “narcisismo” – dal mito di Narciso da cui il concetto di un amore verso l’immagine di sé – per spiegare la scelta d’oggetto negli omosessuali i quali “prendono se stessi come oggetto sessuale; partono dal narcisismo e cercano dei giovani che rassomiglino a loro per poterli amare come la loro madre ha amato se stessi ...” rimanendo fermi alla fase dell’evoluzione sessuale corrispondente ad uno stato originario di frazionamento della pulsione sessuale (*libido*) implicante, quanto al rapporto con l’oggetto, l’assenza di un oggetto totale (Io o persona estranea)¹⁰⁵. La figura paterna è ciò che permette il processo di separazione dalla madre indispensabile nella maturazione dell’identità psicologica individuale e nell’iniziazione al sociale¹⁰⁶. La psicanalisi freudiana rileva, a questo proposito, come lo specifico della relazione con il padre è quello della trasmissione del sapere di una ferita, conseguente a una perdita, intrinsecamente necessaria all’esistenza dell’uomo e fondatrice del suo ordine (una permissività che non infligga ferite coincide con il caos). In questo senso, la stessa letteratura antropologica e di etnopsicanalisi è ricca di cerimonie indicanti il momento decisivo della rottura simbolica, operata dal padre, del legame fusionale del bambino con la madre. Si tratta di episodi importanti che sancivano l’inizio della personalità adulta del nuovo individuo ed indicavano il momento a partire dal quale egli avrebbe preso parte attiva all’interno della società con l’apporto della propria personalità¹⁰⁷.

Freud fa della ferita che dal padre si trasmette al figlio, la “castrazione” (per affermare il tabù dell’incesto con la madre), l’oggetto inconscio del desiderio del giovane e, al contempo, l’elemento fondamentale sia per il processo di differenziazione individuale rispetto alla madre che per quello che conduce alla maturazione della propria identità sessuale. Nella teoria freudiana¹⁰⁸,

¹⁰⁵ “Il soggetto comincia col prendere se stesso, il proprio corpo, come oggetto d’amore” (*Caso Schreber*, 1911); il che consente una prima modificazione delle pulsioni sessuali (le stesse tesi sono esposte in *Totem e tabù*, 1913).

¹⁰⁶ In questo senso, sia in campo maschile che femminile la scomparsa del padre, e di figure maschili, dalle posizioni di formazione e iniziazione al sociale, ha prodotto, nell’uomo, un’interruzione nella trasmissione della cultura materiale e istintuale dell’uomo, insieme ad progressiva perdita della capacità di controllare, ed utilizzare positivamente la propria aggressività (cf. ROBERT BLY, *La società degli eterni adolescenti*, Red, Como, 2000) mentre, nella donna, che una profonda insicurezza nell’istaurare la sua relazione con la società. Cf. CLAUDIO RISÉ, in *Il padre, l’assente inaccettabile*, S. Paolo, Milano, 2004, pp. 61-65; inoltre cf. in *Ibid.*, cap. V *Patologia della società senza padre*.

¹⁰⁷ Tra le varie descrizioni interessante è quella della cerimonia praticata dalla tribù australiana dei Kurnai in cui gli uomini, che procedevano allineati, raggiungendo la fila delle madri prendevano i bambini nelle loro braccia alzandoli più volte verso il cielo, cf. MIRCEA ELIADE, *Séparation d’avec la mère*, in *Naissances Mystiques. Essai sur quelque types d’initiation*, Gallimard, Paris, 1959.

¹⁰⁸ Per l’autonomia rispetto all’interpretazione psicoanalitica classica che ha ridotto la spiegazione interpretativa di ogni evento psichico a motivazioni sessuali cf. BRUNO BETTELHEIM, *Ferite simboliche*, Sansoni, Firenze, 1973.

infatti, non c'è per il bambino che un organo sessuale (il pene);¹⁰⁹ lo si ha e si ha paura di perderlo, “*angoscia di castrazione*” nei maschi (l’alternativa di fronte la quale si trova il soggetto durante la fase fallica – durante la quale il complesso di Edipo raggiunge il suo acme – dipende da questi due termini: avere il fallo o essere castrato, dalla presenza ed assenza di un solo termine: il pene)¹¹⁰, oppure non lo si ha e allora lo si desidera perdutamente, “*invidia del pene*” nelle femmine (la mancanza o il conflitto viene avvertita rispetto alla funzione simbolica del pene, intesa come funzione generativa immaginata come attiva, esplorativa ed aggressiva: non si tratta, pertanto, della percezione della mancanza dell’organo anatomico, ma di una potenzialità, quella fallica).¹¹¹ Il maschio “teme l’evirazione come attuazione di una minaccia paterna in risposta alle sue attività sessuali” da cui, il complesso di castrazione “in stretta relazione con il complesso di Edipo¹¹² e, più particolarmente, con la funzione proibitrice e normativa di quest’ultimo”¹¹³. Il bambino può superare l’Edipo e accedere all’identificazione paterna “solo se si è visto rifiutare l’uso del pene come strumento del suo desiderio per la madre”¹¹⁴. Il complesso di castrazione va riferito all’ordine culturale il cui diritto ad un certo uso è sempre correlativo ad un divieto. Nella “minaccia di castrazione”, che sigilla il divieto dell’incesto, viene a incarnarsi la funzione della Legge in quanto

¹⁰⁹ Nella letteratura psicoanalitica contemporanea il termine “pene” è utilizzato in modo indiscriminato con quello di “fallo” (nell’antichità greco-latina esso raffigurava l’organo maschile): il primo designa l’organo maschile nella sua realtà corporea, mentre il secondo sottolinea il suo valore simbolico (ovvero la funzione simbolica svolta dal “pene” nella dialettica intra e intersoggettiva).

¹¹⁰ Cf. SIGMUND FREUD, *Über infantile Sexualtheorien*, 1908. G.W., vol. VII, 178; S.E., vol. IX, 215-6.

¹¹¹ Per questo Freud non limita il concetto di “invidia del pene” al desiderio femminile di avere un pene come il ragazzo, ma ne indica le principali vicende: desiderio di avere un bambino secondo l’equivalenza simbolica pene-bambino; desiderio dell’uomo in quanto “appendice del pene” cf. SIGMUND FREUD, G. W., vol. X, 405; S.E., vol. XVII, 129.

¹¹² Nella sua forma positiva esso si presenta come nella storia di Edipo Re: desiderio della morte del rivale, rappresentato dal personaggio dello stesso sesso, e desiderio sessuale per il personaggio di sesso opposto. Nella sua forma negativa, esso si presenta capovolto: amore per il genitore dello stesso sesso e odio geloso per il genitore del sesso opposto. In realtà queste due forme si rinvengono in gradi diversi nella forma c.d. completa del complesso di Edipo.

¹¹³ JEAN LAPLANCHE e JEAN BERNARD PONTALIS, *Enciclopedia della psicoanalisi*, Laterza, Bari, 1987, pp. 77 ss.

¹¹⁴ Il maschio teme la castrazione come attuazione di una minaccia paterna in risposta alle sue attività sessuali; ne risulta per lui un’intesa angoscia di castrazione da parte del padre cui attribuisce tutte le minacce formulate da altre persone. Egli considera il fallo come una parte essenziale dell’immagine di sé e la minaccia di castrazione mette radicalmente in pericolo questa immagine; “l’efficacia della minaccia deriva dalla congiunzione di questi due elementi: prevalenza del fallo e ferita narcisistica” JEAN LAPLANCHE e JEAN BERNARD PONTALIS *Enciclopedia della psicoanalisi* (sotto la direzione di Daniel Lagache, edizione italiana a cura di Giancarlo Fuà) ed. Laterza, Bari, 1968, p. 79, cit.

istitutiva dell'ordine umano, come è illustrato, in modo mitico, in *Totem e tabù* (1912) dalla teoria del padre originario, che si riserva, con la minaccia di castrare i figli, “l'uso sessuale delle donne dell'orda”.¹¹⁵ Il bambino che entra nella relazione con il padre, con l'uomo adulto, portatore della norma, sperimenta di non essere onnipotente, di essere vincolato a regole da rispettare¹¹⁶; si realizza in tal modo la situazione di cui parla Ricoeur “lo sguardo viene rivolto verso l'avvenire, dall'idea di un compito da perseguire”¹¹⁷.

La tesi centrale sostenuta da Freud nel breve saggio sul feticismo (1927) consiste proprio nell'incapacità, da parte del transessuale/omosessuale¹¹⁸, di superare il complesso di castrazione, complesso che, rispetto a quello di Edipo¹¹⁹, si pone diversamente nei due sessi¹²⁰. Per entrambi i sessi, è grazie al *complesso di castrazione* che, durante tutto il periodo di sviluppo, si realizza una posizione inconscia del soggetto, senza la quale egli non sarebbe in grado d'identificarsi con il tipo ideale del proprio sesso e non potrebbe far fronte, se non con gravi rischi, ai bisogni del proprio partner nella relazione sessuale. In questo senso, infatti, l'omosessualità maschile rappresenta un insieme di comportamenti che esprimono, in maniera inconscia, una relazio-

¹¹⁵ JEAN LAPLANCHE e JEAN BERNARD PONTALIS, *Enciclopedia della psicoanalisi* (sotto la direzione di Daniel Lagache, edizione italiana a cura di Giancarlo Fuà) ed. Laterza, Bari, 1968, p. 81, cit.

¹¹⁶ Cf. CLAUDIO RISÉ, *Il padre, l'assente inaccettabile*, S. Paolo, Milano, 2004, p. 27. (tra le altre cose è stato osservato, a questo proposito, in effetti, osservato che l'assenza del padre, figura dell'origine e del “futuro” – di “normatività” e pertanto di “direzionalità” – nella propria vita genera ansia, qualificabile come “disordine di attenzione per iperattività”, *attention deficit hyperactivity disorder*), riconducibile ad una richiesta insoddisfatta di regole e disistima a volte a livelli così alti che il soggetto non è più in grado di sostenere la relazione psicoterapeutica.

¹¹⁷ PAUL RICOEUR, *Il male*, Morcelliana, Brescia, 1993, p. 49, cit.

¹¹⁸ Cf. SIGMUND FREUD, *Drei Abhandlungen zur Sexualtheorie*, 1905. G.W., vol. V, 44, n. 1; S.E., vol. V, 44, n. 1; S. E., vol. VII, 145, n. 1; Fr., 167-8, n. 13. Freud presuppone l'esistenza di una fase intermedia tra l'autoerotismo e l'amore oggettuale, “il soggetto comincia col prendere se stesso, il proprio corpo, come oggetto d'amore” (SIGMUND FREUD, *Psychoanalytische Bemerkungen über einen autoiographisch beschriebenen Fall von Paranoia*, 1911. G.W., vol. VIII, 296-7; S.E., vol. XII, 60-1; it., 353) il che consente una prima unificazione delle pulsioni sessuali.

¹¹⁹ Secondo Freud, il complesso di Edipo raggiunge il suo acme all'età compresa tra i tre e i cinque anni (durante la fase fallica) e il suo declino segna l'entrata nella fase di latenza. Alla pubertà subisce una reviviscenza ed è superato con maggiore o minore successo in un tipo particolare di scelta oggettuale.

¹²⁰ Mentre per il bambino “esso segna la crisi terminale dell'Edipo, in quanto vieta l'oggetto materno” – l'angoscia di castrazione inaugura per lui il periodo di latenza e precipita la formazione del Super-io – per la bambina il complesso di castrazione (derivante dall'assenza del pene, sentita come un pregiudizio subito che la bambina cerca di negare, compensare o riparare) dà inizio alla ricerca che la conduce a desiderare il pene paterno e costituisce quindi il momento di entrata nell'Edipo (la concezione freudiana della sessualità femminile attribuisce un posto essenziale all'invidia del pene nella evoluzione psicosessuale verso la femminilità, che suppone anche un cambiamento di oggetto: all'attaccamento preedipico alla madre subentra l'amore edipico per il padre).

ne femminile con il padre. Nella storia delle persone omosessuali si osserva spesso un certo risentimento verso il padre¹²¹, risentimento che è in relazione con un'impossibile identificazione paterna: il soggetto rimprovera al padre, in modo più o meno fantasioso, la sua assenza, la sua debolezza ed un desiderio evanescente nei suoi confronti mentre la madre viene sopravvalutata, nella misura in cui non riconosce né valorizza il posto del padre. In questo senso, il soggetto omosessuale ha maggiori difficoltà a elaborare delle istanze psichiche (super-io e ideale dell'io) per valorizzarsi, individuare i propri limiti, accettare la propria identità sessuale e cogliere la realtà. Caratteri comuni, sebbene non simmetrici, si possono riscontrare nell'omosessualità femminile dove si verifica una massiccia identificazione con l'immagine del padre paradossalmente accompagnata da un "sincero" disgusto per l'immagine maschile, che comporta altresì una diffidenza ed un rifiuto sessuale degli uomini mentre la madre è spesso idealizzata e vissuta come qualcuno che deprezza il corpo; tale relazione dimostra una difficile identificazione materna, necessaria per accedere alla femminilità. Il fallimento identificatorio si riduce ad un gioco relazionale in fantasmi di relazione madre-figlio o padre-figlio che fissano la castrazione, l'impossibilità di realizzare la propria femminilità in relazione al maschile (essa può adottare atteggiamenti virili o, al contrario, di sottomissione e ricerca di partner complementari del proprio profilo attivo o passivo)¹²².

Appare evidente, dunque, come la costruzione dell'identità – di cui è parte integrante l'identità di sessuale (o di "genere" anche se il termine "genere" è stato utilizzato successivamente e in maniera differente)¹²³ – sia, nella teoria freudiana, imperniata intorno alla cosiddetta "scena primaria", cioè all'esperienza che fa il bambino della sessualità dei genitori, vissuti come adulti e come maschio e come femmina. La compresenza di entrambe le figure genitoriali come sessualmente differenziate riveste tutta la sua importanza come "crocevia"

¹²¹ Cf. JOSEPH NICOLOSI, *Omosessualità maschile, un nuovo approccio*, Sugarco Edizioni, Milano, 2002.

¹²² TONY ANATRELLA, *Omosessualità e omofobia*, in *Lexicon* (a cura del PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA), EDB, Bologna, 2001, p. 688, cit.

¹²³ Freud, a partire dai dati dell'anatomia e dell'embriologia (nell'edizione del 1920 dei *Tre saggi sulla teoria della sessualità* egli fa riferimento anche ad esperimenti di fisiologia ormonale dei caratteri sessuali) sosteneva che ogni essere umano ha delle disposizioni sessuali, intrinseche, sia maschili sia femminili che si ritrovano nei conflitti che il soggetto prova per assumere un determinato sesso "un certo grado di ermafroditismo anatomico è normale. In ogni individuo, maschio o femmina, si trovano tracce dell'apparato genitale del sesso opposto [...]. La concezione che deriva da questi fatti anatomici, noti già da tempo, è quella di un organismo bisessuale all'origine che, nel corso del suo sviluppo, si orienta verso la monosessualità pur conservando alcuni residui del sesso atrofizzato". SIGMUND FREUD, *Drei abhandlungen zur Sexualtheorie*. Trad. it. *Tre saggi sulla teoria della sessualità*, 1905., G. W., vol. V., 40; S. E., vol. VII, 141; Fr., 26.

obbligato per la maturazione e accompagna costantemente le vicissitudini dei rapporti oggettuali e delle istintualità garantendo da un'iniziale indistinzione tra sé e la madre, tra sé e il mondo oggettuale, il passaggio verso una possibilità graduale di percepire l'"altro", il padre, non solo come un'immagine sovrapponibile ed equivalente a quella materna, ma come un "secondo oggetto", distinto, oltre che separato sia dalla madre che da sé. In questo senso, le condizioni che assicurano un'adeguata evoluzione psicosessuale del bambino implicano particolari "spazi", "funzioni" e "differenze". Non solo Freud ma l'elaborazione psicoanalitica a lui successiva, in questo senso, ha definito *incestuose* le situazioni in cui nulla separa realmente la madre ed il figlio, situazioni angosciose all'interno delle quali, alla violenza dell'attrazione materna, risponde la violenza distruttrice dell'adolescente che vuole affermare la propria differenza (non dimentichiamo che "vita" e "violenza" affondano le radici nello stesso significato greco originario "bios" o "vios", "vita"). Dunque, la presenza di un *limite* si evidenzia come un bisogno sia per la madre che per il figlio; ad entrambi occorre il riferimento ad una *legge*, cioè ad una parola normativa che introduca *distanza* e differenza là dove la madre è fonte di *vicinanza* e dolcezza. I confini sono mobili, perché ciascuno dei genitori può riunire in sé qualità materne e paterne ma l'elemento essenziale è il *contrasto*, la *differenziazione*. La psicoanalisi ha fatto, infatti, notare come già da molto presto, a partire dalle prime parole, il bambino chiama diversamente i suoi due genitori "mamma" e "papà". La nominazione, a tal proposito, sembra non essere, peraltro casuale e fortuita. La psicoanalista Sabina Spielrein ha studiato i termini "papà" e "mamma" sottolineando come, in tutte le lingue indoeuropee, la *m* di "mamma" sia una costante. Si tratta di una labiale, il cui movimento è molto vicino a quello del bambino nel momento in cui succhia il latte al seno. *Maman, mamma, mama, mummy, mie, momo, many* e *miam-miam*, ... Poi viene *papa, papà, baba, o daddy*; "p", "b", "d" sono esplosive, esprimono un movimento di espulsione. E', infatti, il suono del bambino quando, sazio, "parlotta" dopo la poppata; suono che sottolinea una messa a distanza. *Papà, pepè, pipì, popò, pom, paf*, stesso movimento verso l'esterno. Nel primo caso il movimento è centripeto, nel secondo è centrifugo entrambi necessari nella loro differenza.

Dunque, c'è da dire che, se da una parte è vero che non esiste una correlazione diretta tra la doppia presenza eterosessuale dei genitori e la loro attitudine educativa; dall'altra, bisogna ammettere che ciò che è in gioco è molto più di alcune *attitudini soggettive*: si tratta di riconoscere il carattere imprincipabile di *strutture relazionali*¹²⁴ costitutive della differenza sessuale,

¹²⁴ "Privare un figlio della differenza sessuata fra suo padre e sua madre non equivale a privarlo

strutture relazionali determinate dall'*eterosessuazione*¹²⁵ (il sessuato rimanda al maschile e al femminile¹²⁶) e dall'*eterosessualità*¹²⁷ dei genitori (il sessuale rimanda a un comportamento, la sessualità).

Gli studi clinici rilevano in modo chiaro e inequivocabile i danni subiti dalla bambina psicotica, danni imputabili al fatto di trovarsi nell'impossibilità di immaginare se stessa come scaturita dal corpo del padre, vivendosi dunque come concepita dal nulla¹²⁸. Secondo Dumas occorre rendersi conto di ciò che può significare da parte della madre il silenzio sul ruolo del padre nel concepimento. "Questo silenzio può essere interpretato come la forma più quotidiana dell'incesto", cioè come un modo di salvaguardare la diade madre-bambino: "l'esclusione radicale di ogni rappresentazione sessuale"¹²⁹. È solo quando il bambino sperimenta se stesso come il frutto dell'unione fra due corpi, si percepirà giocoforza come qualcosa di diverso, unico, nuovo.

Inoltre, in riferimento all'eterosessualità, non si può non tener conto di un ulteriore dato segnalato dagli studi psicologici che metterebbero in luce come se durante i primi anni d'età il bambino è un "mero spettatore", già nella seconda fase della vita è portato ad "imitare tutto quanto ha osservato" ed infine "agisce come autore del suo stesso comportamento". Appare quindi logico pensare che per lo sviluppo psico-emotivo del figlio è necessaria la "compresenza dell'uomo e della donna come figure di padre e di madre", con i relativi tratti di mascolinità¹³⁰ e femminilità che si offrono come modelli

soltanto di attitudini individuali, bensì della differenza strutturale fra posizione paterna e quella materna. Privarlo di uno spazio, di una distanza: quello della differenza fra due spazi e due funzioni ..., XAVIER LACROIX, *In principio la differenza. Omosessualità, matrimonio, adozione*, ed. Vita e Pensiero, Milano, 2006, p. 74, cit.

¹²⁵ XAVIER LACROIX, *In principio la differenza. Omosessualità, matrimonio, adozione*, ed. Vita e Pensiero, Milano, 2006, p. 73, cit.

¹²⁶ IRÈNE THÉRY, *Pacs, sexualité et différence des sexes*, in *Esprit*, novembre 1999, 156. È importante che il bambino percepisca e sperimenti se stesso come un individuo nato da due corpi diversi. Se concepisce se stesso come un essere scaturito solo dal corpo della madre, faticherebbe a non vedersi come un prolungamento di quest'ultima

¹²⁷ Cf. *Ibid.*, p. 75.

¹²⁸ DUMAS DIDIER, *Sans père et sans parole*, Hachette, 1999, p. 67. Anche André Green, esponente di spicco dell'IPA, ha sviluppato una teoria di netta origine freudiana che oggi è accettata quasi universalmente valorizzando la presenza del terzo, cioè della funzione paterna all'interno della diade madre-bambino. La presenza del "terzo" significa il padre che è presente nella mente materna ovvero una madre che sa e pensa che il figlio è nato dalla coppia genitoriale e che, dunque, non è in relazione simbolica con la madre. Questo fonda la capacità della madre di amare in modo oggettuale (non in modo narcisistico, come rispecchiamento di sé), cioè riconoscendolo come distinto da sé, come "oggetto" ovvero persona autonoma.

¹²⁹ DUMAS DIDIER, *Sans père et sans parole*, Hachette, 1999, p. 196.

¹³⁰ Per l'importanza del ruolo del padre come "trasmettitore di mascolinità" cf. gli studi dello psicoterapeuta CLAUDIO RISÉ, *Il padre, l'assente inaccettabile*, S. Paolo, Milano, 2004.

emblematici allo sguardo del bambino (e alla sua affettività in formazione). Quest'ultimo s'identificherà con i genitori attraverso l'affetto che da essi riceve ed il modo in cui egli manifesterà loro le sue emozioni.¹³¹ Dunque, così come è importante che il bambino si consideri derivante dal corpo di un uomo è altrettanto importante che egli, sia di sesso maschile che femminile, trovi un "ancoraggio nel maschile", in modo particolare durante i suoi primi anni di vita. Infatti, se una delle principali mediazioni che permettono al ragazzo di sentirsi uomo è la prossimità, l'affinità, la somiglianza con il corpo del padre¹³² la stessa importanza riveste la presenza di un'identità maschile per la bambina la quale, come l'osservazione attesta¹³³, non si comporta allo stesso modo davanti al padre e alla madre (la bambina dall'uomo che conta per sua madre si aspetta di essere riconosciuta nella sua femminilità). È dalla prossimità, dunque, con il *familiare diverso* che il bambino e la bambina acquisteranno maggiore sicurezza nella propria identità sessuale e la predisposizione all'"eterosessualità" dal momento che osservando, impareranno le differenze nel comportamento affettivo che singolarizzano il padre e la madre, ed il modo in cui si trattano un uomo ed una donna quando si amano. Senza vivere questi rapporti, l'educazione sentimentale sarebbe incompleta, a prescindere dai casi in cui i genitori vedovi cerchino, di sostituire, in maniera naturale, la presenza della figura scomparsa¹³⁴.

Dunque – con un espressione del filosofo Lacroix – si può affermare che, per una donna, aspettare un bambino da sola o insieme al futuro padre non è la stessa cosa¹³⁵ e, altrettanto si può dire nel caso delle coppie omosessuali dove oltre ad essere messa in discussione l'eterosessualità dei genitori non è indifferente che il padre/madre – il procreatore/procreatrice siano o meno rivolti verso il femminile e viceversa (verso la persona della madre o del pa-

¹³¹ "Il rapporti tra il padre e la madre costituiscono il primo scenario dell'educazione sentimentale", intervista riportata da POLAINO LORENTE AQUILINO, in www.fides.org/ita/approfondire/2005/leggi2_famiglia06.html, cit., accesso del 1.11.2007.

¹³² GUY CORNEAU, *Père manquant, fils manqué*, Éd. de l'Homme, 1989, p. 27. Cf. anche p. 71: "Il fondamento di un'identità, per un individuo, comincia nel corpo che è simile al suo".

¹³³ "Una bambina di tre anni può essere più felice di quando dà la mano al padre per strada, per andare a fare la spesa insieme a lui la domenica mattina? Bisognerebbe, essa vorrebbe, che fosse sempre domenica! E ha ragione, perché è l'unico giorno in cui il padre ha tempo di andare a zonzo con lei e nel quale si sente finalmente una "vera piccola donna" agli occhi di un uomo che riconosce la sua differenza". OLIVIER CHRISTIANE., *Les fils d'Oreste*, Flammarion, 1994, p. 141, cit.

¹³⁴ "È facile che l'attrazione sessuale si assembli con caratteristiche analoghe a quelle che sono proprie della sua peculiare differenziazione affettiva sessuale, evitando così l'insorgere di problemi riguardo alla propria identità sessuale e personale", Intervista riportata da POLAINO LORENTE AQUILINO, in www.fides.org/ita/approfondire/2005/leggi2_famiglia06.html, cit. accesso del 1.11.2007.

¹³⁵ XAVIER LACROIX, *Passatori di vita*, *Ibid.*, pp. 91 ss.

dre in particolare) dal momento che il bambino non si riferisce a monadi, a individui dissociati, ma ad esseri umani in relazione¹³⁶ (oltre al fatto che la situazione sarebbe aggravata dall'effetto pregiudizievole¹³⁷ che ha sui bambini l'instabilità delle loro relazioni affettive¹³⁸). Il padre reale, per il bambino, è l'uomo di una donna. Dunque, non si tratta solo ed anzitutto della relazione verticale di un uomo con un bambino. Il bambino ha un padre reale nella misura in cui quell'uomo è quello che ha fatto di una donna che io chiamo "mamma", la causa del suo desiderio e l'oggetto del suo godimento. La sola garanzia reale della funzione paterna è un uomo rivolto verso una donna.

Oggi si sottolinea spesso, non senza un certo buon senso, la nozione di "adulto referente": la cosa veramente importante è che il bambino abbia la possibilità di riferirsi a una o più persone che contano per lui e con le quali possa identificarsi, offrendogli un "modello", maschile o femminile, di cui ha bisogno nei vari momenti della sua vita. Ciò è incontestabile. E non lo è meno il fatto che, in mancanza dei genitori, la relazione con adulti del genere è un aiuto ed un sostegno. Ed è proprio in questa direzione che bisogna cercare quando il bambino vive con un solo genitore o, se la situazione si presenta, con due adulti dello stesso sesso. Ma questo non significa erigere a principio, *a priori*, il fatto che tale referente possa equivalere ad un padre o ad una madre. Sarà mai possibile convincere qualcuno che non sia di alcuna importanza che il bambino abbia, con lui o con lei, una relazione di *origine*, cioè che sia legato a quell'uomo o a quella donna attraverso tutta la sua storia, fin dal suo inizio, in modo tale che nel legame sia implicata la sua stessa identità? Né può essere indifferente che questo legame passi non solo attraverso delle rappresentazioni, quindi attraverso il mentale, o attraverso il linguaggio, ma anche e anzitutto

¹³⁶ Cf. XAVIER LACROIX, *Passatori di vita, Ibid.*, p. 114.

¹³⁷ Polaino (professore di psicopatologia presso l'Università Complutense, Spagna) in occasione di un discorso presentato al Senato il 20 giugno 2005 ha affermato "Lo sviluppo emotivo e psico-affettivo è aperto al mondo circostante, al mondo delle relazioni interpersonali; non è una conseguenza cieca di una determinata configurazione biologica. Questo significa che i modelli di riferimento sociale ai quali è esposto il bambino o la bambina durante lo sviluppo psico-emotivo determinano o, comunque condizionano, in tutti i casi, lo sviluppo emotivo della persona".

¹³⁸ Per l'instabilità delle relazioni omosessuali Polaino A. cita alcuni studi realizzati dalla EEUU e in Spagna secondo i quali "el 28 por ciento de los homosexuales estudiados de una muestra de 600 habían tenido 1.000 o más compañeros; el 15 por ciento entre 100 y 249; el 9 por ciento 50 y 99; y un solo compañero sólo se daba en tres casos, y de estos 600 homosexuales la mitad tenía menos de 35 años". Polaino cita, anche, alcuni altri studi realizzati dalla *Federación Estatal de Lesbian y Gays* secondo cui "un varón homosexual tiene relaciones con 39 personas distintas como media a lo largo de su vida". Inoltre, cf. GERARD J. M. VAN DEN AARDWEG, *Omosessualità & speranza*, ed. Ares, Milano, 1995. Per quanto riguarda l'osservazione del comportamento dei genitori omosessuali e dello sviluppo della vita emotiva e della personalità dei loro figli Cf. GERARD J. M. VAN DEN AARDWEG, *Vivere da figlia con un padre omosessuale*, in *Studi cattolici*, Aprile, 2008, n. 566, pp. 269-272.

attraverso l'essere, l'essere corporeale. In realtà, la persona del padre o della madre è ben più di un riferimento. La funzione educativa non è l'unico aspetto della genitorialità. In quest'ultima, essa è indissolubile dalla funzione genealogica, che iscrive il bambino nella catena delle generazioni. Cosa che i genitori adottivi fanno simbolicamente e analogicamente. Infatti, anche la genitorialità adottiva ha una *dimensione carnale*. Dopo aver sentito continuamente ripetere per vari decenni che la genitorialità simbolica o affettiva non è la genitorialità biologica, sarebbe ora di riconoscere ciò che il *carnale* fornisce al *simbolico* e al *relazionale*. Il carnale è più del biologico. È il luogo della nostra affettività primordiale, al confine tra l'ontologico e il relazionale. I genitori adottivi sono "esseri di carne e di sangue", indissolubilmente sessuati e orientati sessualmente. Alla stregua dei genitori-procreatori, il bambino riceve i frutti della loro relazione, del loro legame e non è indifferente per lui che quell'uomo sia rivolto verso una donna e viceversa¹³⁹.

Per concludere, stando alla psicanalisi freudiana e ai dati riportati dalla psicologia, appare più chiaro in che modo, nel riconoscere l'interesse individuale a procreare, occorre non trascurare il benessere del nascituro e gli interessi della comunità nella misura in cui, la "personalità soggettiva" del singolo contribuisce a delineare quella "collettiva della società". I dati presentati porterebbero, dunque, ad avere un atteggiamento più cauto rispetto all'apertura che ha recentemente manifestato, tra gli altri, il Ministro della Sanità inglese nel dichiarare che non c'è motivo da parte dei Centri Medici della riproduzione di rifiutare l'accesso alle tecniche di procreazione assistita a quelle donne che non possono garantire, dall'inizio, al nascituro la presenza di un padre. In questo senso, la famiglia bigenitoriale ed eterosessuale, sulla linea di quanto il sociologo Donati sostiene, costituisce, infatti, "il luogo generativo e rigenerativo fondamentale della differenza sessuale¹⁴⁰, il luogo costitutivo di quel codice simbolico duale in cui si fonda il pensiero umano e la relazione di piena reciprocità intersoggettiva"¹⁴¹.

Al diritto, compete l'onere di mediare tra quanto è tecnicamente possibile

¹³⁹ XAVIER LACROIX, *Passatori di vita., Ibid.*, p. 115, cit.

¹⁴⁰ Interessante è notare, in base ad alcuni studi, come allo smarrimento della nozione di paternità in Occidente si accompagni la perdita della trasmissione dell'identità maschile (mascolinità sul piano psicologico e simbolico). Su questo punto cf. CLAUDIO RISÈ, *Il maschio selvatico. Ritrovare l'istinto rimosso dalle buone maniere*, ed. Red, 1991; *Essere uomini. La virilità in un mondo femminilizzato*, ed. Red, 2001.

¹⁴¹ Secondo questa prospettiva l'uomo non "è" ma diventa. L'antropologo e psicanalista Mitscherlich afferma che l'essere umano "non possiede un modello di comportamento ereditario né per far la corte, né per accoppiarsi ...", cit. ALEXANDER MITSCHERLICH, *The Society without Father*, Harper Perennial, New York, 1993; trad. it. *Società senza padri*, Feltrinelli, Milano, 1970.

e quanto è giuridicamente lecito, valutando la consistenza delle situazioni soggettive in conflitto, mediante un'analisi del loro contenuto relazionale. Nel momento in cui, come si è mostrato, vengono a mancare le condizioni per uno sviluppo integro dell'identità del nascituro la conseguenza rilevante per il diritto è quella del non riconoscimento, in ogni essere umano, di un soggetto giuridico. "Il giurista è chiamato a difendere attraverso la struttura della familiarità quell'immagine meta-biologica dell'uomo che l'esperienza giuridica ha costruito; in questa linea si può costruire un principio d'intelligibilità teso a riconoscere il diritto di procreare, attraverso il ricorso alle tecnologie riproduttive, in tutte quelle situazioni che di principio non sottraggono all'individuo la possibilità della sua identità"¹⁴². Nella procreazione umana si crea un vincolo, quello *familiare*, in cui va individuata "la struttura relazionale umana fondamentale attraverso la quale ogni soggetto riceve la sua identità soggettiva personale."¹⁴³

6. "Identità sessuale" e "Identità di genere"

L'erosione della famiglia tradizionale appare, ad un esame più attento, un aspetto di un più ampio fenomeno corrispondente allo "sganciamento" della cultura dalla natura, del corpo dalla mente, della differenza sessuale dal "genere" e, dunque, dell'erosione del concetto stesso d'identità.

Significativa è la vicenda giudiziaria del Luglio del 2002 sottoposta all'attenzione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁴⁴ presso cui è stata rico-

¹⁴² FRANCESCO D'AGOSTINO, *Una filosofia della famiglia*, ed. Giuffrè, Milano, 1999, p. 189, cit.

¹⁴³ FRANCESCO D'AGOSTINO, *Una filosofia della famiglia*, ed. Giuffrè, Milano, 1999, p. 188 con nota (15) "Il progetto di legge sulla fecondazione artificiale della c.d. Commissione Santosuosso ha insistito, nell'art. 2 di entrambi i disegni elaborati, sul "diritto ad una famiglia stabile" che andrebbe riconosciuto al nascituro, come condizione essenziale per il "suo equilibrato sviluppo psichico e fisico" (si veda il testo integrale dell'articolo in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, cit., p. 201). "Se al concetto di "equilibrato sviluppo" si dà una prevalenza psico-pedagogica, non si può non concordare col RESCIGNO, quando in questa esigenza non ravvisa un "carattere di sicura necessità" (*Relazione di sintesi, in Procreazione artificiale ...*, p. 201, cit.). Ma il punto è la dimensione strutturale della familiarità (come riferimento positivo o negativo che sia) non accompagna, ma *precede* lo sviluppo psico-pedagogico del bambino e ne costituisce la condizione stessa di possibilità. È ovvio che immediatamente il diritto non può garantire al bambino l'accoglienza familiare ideale (si può certo sforzare di farlo – si pensi alla normativa sull'adozione – ma non è questo il suo fine specifico), ma deve garantirgli una identità personale non deformata, perché il rispetto dell'identità dei suoi soggetti è il presupposto stesso del senso del diritto: e questo è possibile solo a partire dall'assunzione del principio della familiarità".

¹⁴⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Christine Goodwin v. United Kingdom*, 11th July, 2002 in <http://www.hrlrc.org.au/html>, accesso del 11.03.2009.

nosciuta la causa ai sensi dell'art. 35 CEDU¹⁴⁵. Nel caso di specie il ricorrente aveva interposto ricorso per la mancanza di riconoscimento legale del suo sesso post-operatorio e lo statuto giuridico dei transessuali nel Regno Unito, con particolare riferimento al trattamento riservatogli rispetto all'occupazione, alla previdenza sociale, alla pensione e alla sua incapacità a sposarsi appellandosi agli artt. 8, 12, 13 e 14 della Convenzione dei Diritti dell'Uomo. Sotto questo punto di vista, la Corte ha dichiarato di non essere più convinta che si possa continuare ad ammettere che le parole usate nell'art. 12 della Convenzione¹⁴⁶ implichino che il sesso debba essere determinato secondo criteri strettamente biologici; anzi il vincolo di *genere* sembra definitivamente superato per effetto della formulazione dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, usando la dizione "Il diritto a sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti ..." omette volutamente qualsiasi riferimento all'uomo e alla donna¹⁴⁷.

Il termine "genere", utilizzato dalla CEDU per esprimere l'idea di un'identità sessuale svincolata dalla biologia, nasce e viene sviluppato all'interno di un approccio – per lo più diffuso negli Stati Uniti, di matrice intersoggettivista o costruttivista –, successivo ed in evidente contrapposizione rispetto alla psicanalisi freudiana, che sostiene la necessità di tenere in conto, nella formazione dell'identità di genere, per l'appunto, della diversità dei fattori non solo biologici, ma ancor più, intrapsichici ed ambientali. Nonostante, infatti, Freud abbia teorizzato un processo di sviluppo per l'acquisizione, da parte del bambino, della propria identità sessuale adulta, in realtà egli

¹⁴⁵ Art. 35 CEDU "La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie del ricorso interne, qual è inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva".

¹⁴⁶ L'art. 12 della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, adottata dal Consiglio d'Europa a Roma il 4 novembre 1950, ratificata dall'Italia il 26 novembre 1955, sancisce il "diritto di sposarsi e formare una famiglia".

¹⁴⁷ Art. 9 "Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio". (Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, in G.U.C.E. del 18 Dicembre 2000, serie C 264/01). Interessanti sono, a proposito, le modifiche recentemente introdotte in tre norme del codice civile spagnolo: la precedente formulazione dell'art. 44 infatti, secondo cui "l'uomo e la donna hanno diritto a contrarre matrimonio" è diventata "qualunque persona ha diritto a contrarre matrimonio"; l'art. 66 è passato da "il marito e la moglie sono eguali nei diritti e nei doveri" a "i coniugi sono eguali nei diritti e nei doveri"; l'art. 67 infine ha sostituito "il marito e la moglie debbono rispettarci e aiutarci reciprocamente" con "i coniugi", ai quali ora questi stessi doveri sono imposti. La Risoluzione del Parlamento europeo del febbraio del 1994 aveva già auspicato che gli ordinamenti giuridici europei non solo ammettano in generale, come legittima forma di coniugalità, anche quella omosessuale, ma anche che riconoscano, di conseguenza, il *diritto* degli omosessuali "coniugati" alla genitorialità (un diritto da ottenere per via di fecondazione assistita o per via adottiva).

non ha utilizzato mai, il termine *identità di genere*. Quest'ultimo ("genere", "gender") – nato da un linguaggio iperspecialistico, ovvero dall'incrocio di tre ambiti interdisciplinari quali l'endocrinologia, la genetica e la psicanalisi – venne introdotto¹⁴⁸, in una condizione di difficoltà prettamente semantica, da Money (1955)¹⁴⁹, sessuologo di orientamento comportamentale, volendo rappresentare la formazione di un'identità sessuale (*gender*) univoca da parte d'incroci sessuali, soprattutto ermafroditi, dai caratteri sessuali corporei poco chiari e contraddittori (un'identità che contraddice il sesso anatomico)¹⁵⁰. La pratica clinica operata dal dott. Money allo scopo di curare bambini nati con difetti dei genitali lo portò a teorizzare l'idea per cui la definitiva identità sessuale adulta non è data dalla conformazione del sesso come si presenta alla nascita, quanto, piuttosto, dalla modalità con cui i bambini vengono cresciuti (in dipendenza, quindi, dai processi di socializzazione); l'identità non dipende dalla nascita ma dalla cultura "the term gender role is used to signify all those things that a person says or does to disclose himself or herself as having the status of boy or man, girl or woman, respectively"¹⁵¹. Il sesso significa, dunque,

¹⁴⁸ È ormai entrato a far parte del linguaggio dei documenti ufficiali, internazionali e nazionali. La "Piattaforma d'Azione" scaturita dalla conferenza di Pechino sulle donne ha invitato i governi a "diffondere l'Agenda di Genere" in ogni programma politico e in ogni istituzione sia pubblica che privata il che significa "[...] distinguere tra quello che è naturale e biologico da quello che è costruito socialmente e culturalmente, e nel processo rinegoziare i confini tra il naturale – e la sua relativa inflessibilità – e il sociale – e la sua relativa modificabilità", INSTRAW, *Gender Conceptus in Development Planning. Basic Approach*, 1995, p. 11. Si tratta di una pubblicazione dell'Istituto internazionale di ricerca e di training per l'avanzamento delle donne (INSTRAW) che fa parte dell'ONU.

¹⁴⁹ RICHARD GREEN-JOHN MONEY, 1955, *Hermaphroditism, Gender and Precocity in Hyperadrenocorticism: Psychological Findings*, in *Bulletin John Hopkins Hospital*, 96, pp. 253-264.

¹⁵⁰ Money stesso in una sua retrospettiva ricostruzione della nozione di *Gender Identity Disorders* afferma che il termine "gender" ricorre in sole due brevi citazioni dell'*Oxford English Dictionary*. Cf. JOHN MONEY, 1985, *Gender: history, theory and usage of the term in sexuology and its relationship with nature/nurture* in *Journal of Sexual and Marital Therapy*, 11, pp. 71-79; JOHN MONEY, *Zur Geschichte des Konzepts Gender Identity Disorder*, in *Zeitschrift für Sexualforschung*, 7, pp. 20-34.

¹⁵¹ RICHARD GREEN-JOHN MONEY, *Hermaphroditism, Gender and Precocity in Hyperadrenocorticism, in Psychologic Findings*, Bulletin of the John Hopkins Hospital, 1995, 96, pp. 253-264. Per esprimere come la *gender identity* e la *gender role identity*¹⁵¹ rappresentino due facce della stessa medaglia, il dott. Money creò l'acronimo G-I/R. Secondo la sua teoria, la *gender identity* costituisce l'esperienza personale del *gender role* (è il rimanere uguale, l'unità e la persistenza della propria individualità in quanto maschile, femminile o androgina in maniera più o meno forte; in particolare è il modo in cui viene vissuto nell'autoconsapevolezza e nel comportamento) e, al contrario, la *gender role* è la manifestazione pubblica della *gender identity* (è tutto ciò che una persona fa o dice per mostrare a sé stessa e agli altri in quale misura è maschile, femminile o androgina). Sotto l'influenza delle teorie del dott. Money, la prestigiosa Università Americana Johns Hopkins diede l'avvio ad una Clinica per l'Identità di Genere nei primi anni 60, dello scorso secolo, ed incominciò a sottoporre transessuali (persone che percepiscono la propria identità in contrapposizione al proprio sesso biologico) e bambini con genitali ambigui ad interventi chirurgici miranti al cambiamento di sesso. Uno dei casi clinici dell'Università Americana più noti e che ebbero una notevole risonanza in ambito

natura e *gender* cultura; sesso e *gender* sono concepiti come interdipendenti ma chiaramente distinti. Il *gender* è sociale, perciò variabile e soggetto a cambiamento, mentre il sesso rappresenta le essenziali ed immutabili differenze fisiche nella riproduzione umana. Così definito il *gender* chiaramente si distingue dal sesso che significa “differenza tra corpo femminile e maschile, come i genitali esterni, la produzione di ormoni, ovaie e sperma. Queste differenze definiscono le categorie binarie di maschio e femmina e servono come segno che una persona appartiene all’una o all’altra categoria”¹⁵². Da quest’accezione del termine, il concetto di *gender* viene utilizzato, da molti, come distinto da *sex* o come sua alternativa, per sottolineare le connotazioni psichiche e sociali dell’appartenenza sessuale e del concetto di appartenenza sessuale. Ovunque *gender* si sia semanticamente stabilito si può parlare di *sex* solo in riferimento alla base biologica o anatomica dell’appartenenza sessuale (sempre che tale riferimento venga ancora riconosciuto). *Gender*, dunque, è un concetto che vive della forza con cui si stacca da *sex* e, nello stesso tempo, su questa forza del distacco cala l’oblio; dove si parla di *gender* viene rimosso il *sex* (la rimozione avviene in senso semantico e non psicoanalitico in quanto il concetto di *gender* non è un concetto genuinamente psicoanalitico)¹⁵³. L’identità di genere, in tal modo, arriva a non essere più legata al concetto d’identità sessuale fisiologicamente determinata bensì essa rappresenta un *continuum* ai cui estremi collochiamo i concetti culturali di maschio e femmina, sulla cui base ciascuno può rivendicare il proprio diritto di collocarsi in un qualsiasi punto intermedio: che sia omosessuale, transessuale o bisessuale.

Successivamente ai risultati della sperimentazione di Money, il concetto di *gender* acquistò, rapidamente, la scena della psicoanalisi (la scomparsa del *sex* dal *gender* venne incoraggiata dalla costruzione psicoanalitica del concetto stesso) grazie al contributo di Robert Stoller¹⁵⁴ anche se nel corso dell’elaborazione delle teorie psicanalitiche il concetto di identità di genere

scientifico fu quello David Reimer (alla cui situazione ci si riferisce come al “caso di Joan/John”), i cui esiti furono portati all’attenzione pubblica della BBC e di diverse note riviste di psicologia e di medicina.

¹⁵² FOX GREER LITTON, VELMA MCBRIDE MURRY, *Gender and Families. Feminist Perspectives and Family Research*. Journal of Marriage and the Family 2000; 62 (4):1160-1172, p. 1164

¹⁵³ Man mano i temi che nella psicanalisi, ancora trenta anni fa, erano trattati sotto il nome di *sex* sono scomparsi e vengono ormai discussi sotto il nome di *gender*. Un cambio completo della semantica è evidente nell’opera di Kernberg (cf. KERNBERG OTTO, 1995, *Love Relations - Normality and Patology*, New Haven-London, Yale University Press): il termine tradizionale *sex* è integralmente sostituito da *gender*, anche per designare le connotazioni biologiche.

¹⁵⁴ ROBERT STOLLER, *Sex and Gender*, Hogarth Press and Institute of Psychoanalysis, New York, 1968.

(*core gender identity*) è stato ulteriormente distinto da quello di *gender-role identity*. La *core gender identity*¹⁵⁵ è stata originariamente descritta da Stoller come un'immutabile senso di essere un bambino o una bambina, ovvero come l'autoidentificazione isomorfa del soggetto con il proprio sesso biologico (*sex*) ovvero la devianza da esso (in casi estremi, l'autoidentificazione anisomorfa con l'altro sesso biologico, la c.d. transessualità).¹⁵⁶ Normalmente, questa *core gender identity* nasce senza conflitti, verso l'età di due anni, e si costituisce attorno ad una "forza biologica" (*biological force in imprinting core gender*), all'assegnazione del sesso dalla nascita e alle relazioni con gli adulti prossimi. L'identità di genere, secondo questa prospettiva, lungi dall'essere un fatto individuale dipendente dall'anatomia (...) si costruisce a partire da diversi fattori determinanti quali le aspettative/l'immaginario dei genitori e la pressione psicologica da essi esercitata sul neonato. Stoller distingue, in tal senso, il biologico dallo psicologico facendo prevalere la cultura. Sia Money¹⁵⁷ che Stoller sostengono che le differenze nel comportamento femminile e maschile non possono, dunque, venire spiegate solo con l'elaborazione psichica della percezione della diversità anatomica di genere. L'educazione e l'atteggiamento dei genitori influiscono sul comportamento specifico di genere e sull'autodeterminazione del proprio genere da parte del bambino molto di più, a loro avviso, di quanto si era pensato fino ad allora; motivo per cui, secondo Stoller, il genere rappresenta il grado di mascolinità o di femminilità presente in ciascun individuo a seconda del sesso biologico seppure tale rapporto non sia univoco. Infatti, nelle ricerche psicoanalitiche di Stoller la transessualità funge – come anche nei *gender studies* in genere – da strumento per indagare la norma che, relativizzata, diviene incerta. Il fenomeno del transessualismo deriva, secondo Stoller, dall'*imprinting* psicologico di qualità femminili materne nel figlio; tale *imprinting*, di tipo permanente, non permetterebbe la presenza di una sottostante conflittualità. Alla base della teorizzazione psicoanalitica di Stoller vi è un rovesciamento del ragionamento freudiano (secondo cui non c'era per il bambino che un organo sessuale da cui il complesso di castrazione

¹⁵⁵ ROBERT STOLLER, *Presentation of Gender*, Yale University Press, New Haven 1985, pp. 11-14.

¹⁵⁶ ROBERT STOLLER, *Sex and Gender*, Hogarth Press and Institute of Psychoanalysis, New York, Vol. I, *The development of masculinity and femmility*, New York, Arosnson, "Gender identity starts with knowledge and awareness, wheter conscious or unconscious, that one belongs to one sex and not the other (...)", cit., p. 10. Il *gender* comincia, dunque, con il *sex*, ossia con la certezza di appartenere a uno dei due sessi, non importa quale.

¹⁵⁷ RICHARD GREEN-JOHN MONEY, *Gender Role, Gender Identity, Core Gender Identity: Usage and Definition of Terms*, in *Int. Am. Acad. Psycho-Anal.*, 1, 1973, pp. 397-402; JOHN MONEY-JOHN HAMPSON *Hermafroditism: Recommendations Concerning Assigment of Sex, Change of Sex, and Psychological Management* in *Bull. Hopkins*, 97, 1955, pp. 284-300.

e, nel caso del transessuale, l'impossibilità di superarlo) con la proposta di una "sessualità primaria" nella quale è evidente una predisposizione sia del tessuto biologico che dell'identificazione psichica verso il femminile (*primary femaleness*). In questo senso, dal momento che il bambino ha un percorso più difficile, rispetto alla bambina, per emergere dalla simbiosi con la madre ed arrivare ad un'identità maschile (disidentificazione dalla madre e identificazione con il padre) è più facile per lui, in questo complesso percorso, subire traumi o pressioni ambientali che potrebbero compromettere il suo sviluppo psicosessuale e facilitare l'ingresso nella perversione¹⁵⁸. Secondo Stoller la relazione madre-figlio nel transessualismo uomo-donna sarebbe caratterizzata da un'eccessiva attenzione materna e da un altrettanto eccessivo contatto fisico non sessualizzato, che produrrebbero un incompleto processo d'individuazione-separazione del figlio, vissuto come prolungamento narcisistico del corpo materno, rispetto ad una madre anch'essa sopraffatta da problematiche inconsce relative all'identità di genere. Nel travestitismo, il problema, secondo Stoller, è lievemente diverso perché in questo caso, invece, il figlio s'identificherebbe con la "madre fallica"¹⁵⁹, sempre in competizione con un padre assente fisicamente e psicologicamente. Il bambino per non essere sopraffatto nella sua identità di genere, si difenderebbe trasformando l'umiliazione in trionfo, identificandosi con la "madre fallica", preservando in tal modo la propria mascolinità ed evitando la castrazione. Stoller, in questo senso, ha rimosso il concetto di bisessualità freudiano; concetto "ponte tra mente-corpo", strettamente radicato nel patrimonio biologico e anatomico di entrambi i sessi, che a partire dai residui embrionali ermafroditi, procederanno verso la strutturazione psicologica dell'identità di genere "monosessuale", maschile o femminile, "per rimozione nell'inconscio della rappresentazione del sesso vinto"¹⁶⁰ (da Stoller in avanti, la "bisessualità" secondo l'accezione

¹⁵⁸ Per Argentieri la disidentificazione primaria dalla madre è più problematica per la bambina, in quanto l'acquisizione dell'identità di genere femminile, comporta il riconoscere e l'accettare di essere uguale alla madre nel corpo, e questo può alimentare fantasie di essere regressivamente riassorbita nel corpo materno, determinando primitive angosce fusionali. SIMONA ARGENTIERI (1985), *Sulla cosiddetta disidentificazione dalla madre*, in *Rivista di Psicoanalisi*, XXXI, 3.

¹⁵⁹ Con tale espressione ("fallica" – donna o madre – *phallische – Frau o Mutter*) si designa, secondo il linguaggio della psicanalisi "una donna dotata fantasmaticamente di un fallo." (JEAN LAPLANCHE e JEAN BERNARD PONTALIS, *Enciclopedia della psicoanalisi* -sotto la direzione di Daniel Lagache, edizione italiana (a cura di) GIANCARLO FUA, ed. Laterza, Bari, 1968, p. 158, cit.). In questa sede, tale espressione è utilizzata in modo approssimativo per qualificare una donna che ha tratti del carattere mascholini.

¹⁶⁰ SIGMUND FREUD, *Un bambino viene picchiato*, in "Opere", vol. 9, Boringhieri, Torino, 1977. Freud, nonostante rimproveri a Fliess da cui deriva il concetto di "bisessualità", di "sessualizzare il meccanismo psicologico della rimozione, intendendo per "sessualizzare": "fondare la sua origine

che al termine dava Freud, inizia a perdere di specificità e, nell'elaborazione che del concetto fa il pensiero psicoanalitico, essa si sgancia sempre più sia dal biologico che dal pulsionale, assumendo sfumature sempre più vaghe ed ambigue di significato)¹⁶¹. Infatti, Freud individuava nel “rifiuto della femminilità”, sia per gli uomini che per le donne, lo “strato roccioso”, sondabile con strumenti analitici affermando che “per il campo psichico quello biologico svolge veramente la funzione di una roccia basilare sottostante. In definitiva il rifiuto della femminilità non può essere che un dato di fatto biologico, un elemento del grande enigma del sesso (...) qualcosa che entrambi i sessi hanno in comune e che è stato costretto ad esprimersi in forme diverse a causa della differenza (anatomica) tra i sessi”¹⁶². Questo “qualcosa” sarebbe

su basi biologiche”, (concezione, infatti, che porta a determinare a priori la modalità del conflitto difensivo, in quanto la forza rimovente è dalla parte del sesso biologico manifesto mentre il rimosso è rappresentato dal sesso opposto. Freud afferma che “... esistono negli individui dei due sessi dei moti pulsionali sia maschili che femminili che possono diventare gli uni e gli altri inconsci per rimozione”, SIGMUND FREUD, *Ein Kind wird geschlagen*, 1919. G.W., vol. XII, 224; S.E., vol. XVII, 202; Fr., 296); in *Analisi finita e infinita* (SIGMUND FREUD, *Die endliche und die unendliche Analyse*, 1937, G.W., vol. XVI, 98; S.E., vol. XXIII, 251; Fr. 36) affermando che è “... ciò che va contro al sesso del soggetto che subisce la rimozione” (invidia del pene nella donna, atteggiamento femminile nell'uomo) sembra avvicinarsi alla concezione di Fliess. “Ma ciò s'inserisce in un contesto in cui si insiste sull'importanza del complesso di castrazione, che non può essere spiegato in base ai soli dati biologici” JEAN LAPLANCHE e JEAN BERNARD PONTALIS, *Enciclopedia della psicoanalisi* (sotto la direzione di Daniel Lagache, edizione italiana a cura di GIANCARLO FUA) ed. Laterza, Bari, 1968, p. 58, cit.

¹⁶¹ CHARLES RYCROFT, (1968) *Dizionario critico di psicoanalisi*, Astrolabio-Ubalchini, Roma 1970, sostiene che il termine “bisessualità” solo raramente si riferisce a chi abbia comportamenti e rapporti sessuali sia “etero” che “omo”; più spesso, invece si riferisce ad attributi ed atteggiamenti psicologici maschili e femminili co-presenti in uno stesso individuo (ovvero, quando il soggetto interiorizza la differenza sessuale e diventa capace di porre in dialogo i due sessi all'interno di sé). La bisessualità per Rycroft, va ricondotta sul terreno propriamente psicologico e si basa sul fatto che i bambini di entrambi i sessi, crescendo s'identificano con ambedue i genitori. Tramite il concetto di bisessualità, conclude Rycroft, si possono attribuire connotazioni sessuali a funzioni non sessuali e “designare come femminile il comportamento PASSIVO, SOTTOMESSO, MASOCHISTICO, intuitivo, e recettivo, e come maschile il comportamento ATTIVO, affermativo, SADISTICO, intellettuale e penetrativo” e si può sostenere che “i cambiamenti di atteggiamento implicano mutamenti nell'orientamento sessuale”. Risulta chiaro, dunque, come, dopo Freud, il concetto di bisessualità si allontani dalla sessualità e dal livello pulsionale per indicare funzioni, comportamenti, identificazioni. Frammenti isolati ricompaiono sotto nomi quali “imprinting” o “gender ambiguity” ma la saldatura tra pulsione e identità o tra identità e destino pulsionale è perduta. Nel recente *Glossary of Psychoanalytic Terms and Concepts of the American Psychoanalytic Association* (1990), la bisessualità viene definita, secondo queste stesse linee, sia come “una disposizione umana universale”, sia come “un comportamento sessuale attuale”.

¹⁶² SIGMUND FREUD, *Analisi finita e infinita. Die endliche und die unendliche Analyse*, 1937, G.W., vol. XVI, 98; S.E., vol. XXIII, 251; Fr. 36, p. 533. Winnicott (DONALD WOODS WINNICOTT, *Sulla natura umana*, 1988, ed. Raffaello Cortina, Milano, 1989) parla, in maniera in parte uguale ed parte distinta, di una “parte” del sesso opposto – soprattutto di una parte femminile degli uomini – che, al contrario di quanto sosteneva Freud, non sarebbe rimossa ma piuttosto scissa continuando a costituire una potenziale, dinamica ricchezza per la vita dell'individuo.

sia per l'uomo che per la donna il rifiuto della femminilità (sotto le forme di angoscia di castrazione per l'uomo e invidia del pene per la donna), dunque, seppure per Freud la rimozione è una modalità propriamente psicologica, di difesa delle pulsioni la resistenza ha, invece, un fondamento biologico¹⁶³. Al contrario, Stoller, a partire da un'analisi del fenomeno transessuale¹⁶⁴, rovescia il ragionamento freudiano¹⁶⁵ relativo alla teoria dello sviluppo psicosessuale che si articola secondo tappe di crescita (centrata sulla classica soluzione edipica, cioè sull'integrazione delle pulsioni parziali sotto il primato genitale)¹⁶⁶ e ritiene che occorra, piuttosto, pensare a continui tentativi da parte del bambino o dell'adolescente di cercare nelle diverse fasi una possibile soluzione della contraddizione tra le percezioni interne del proprio genere e la realtà del corpo. Seguendo questa linea di pensiero, l'identità sessuale, appare essere, in ognuno di noi, una credenza. Nei casi ordinari, abituali, tutto viene a rinforzare questa credenza, che, pertanto, per noi diviene sapere oggettivo. In casi straordinari, invece, la richiesta, non consiste nel cambiamento di sesso ma nel riconoscimento di un sesso imprigionato in un altro sesso. "Sono un uomo in un corpo di donna" afferma il transessuale, oppure "Sono una donna in un corpo maschile". In questa linea, Ovesey e Person (1983)¹⁶⁷ hanno

¹⁶³ La bisessualità è, dunque, strettamente collegata alla pulsione (un concetto "ponte" tra mente e corpo), ma – "proprio perché radicata nel biologico "strato roccioso" della natura umana – è per sua natura non analizzabile fuori dalla processualità e dallo sviluppo e quindi – come scrive Freud – "non consente alcun mutamento", SIMONA ARGENTIERI, *L'equivoco della bisessualità in psicoanalisi*, in *Psicoanalisi e identità di genere*, a cura di ANNA PANEPUCCI, Biblioteca di Cultura Moderna, Laterza ed., Bari, 1995, p. 125, cit.

¹⁶⁴ ROBERT STOLLER, *Sex and gender*, vol. 2 *The Transsexual Experiment*, The Hogart Press, London.

¹⁶⁵ ROBERT STOLLER, *Presentations of Gender*, New Haven, CT: Yale UP, 1985

¹⁶⁶ Le pulsioni sessuali sono definite nel bambino come "pulsioni parziali" in quanto esse funzionano indipendentemente ("perversione polimorfa") "ciascuna per sé, cerca il proprio soddisfacimento di piacere (*Lustbefriedigung*) nel proprio corpo" (SIGMUND FREUD, *Die Disposition zur Zwangsneurose*, 1913. G.W., vol. VIII, 446; S.E., vol. XII, 321; Fr., in "R.F.P.", 1929, vol. III, 3, 441). Esse si organizzano solo al momento della pubertà. Già nella fase fallica, rispetto a quelle orale e sadico-anale, Freud riconosce l'esistenza di una vera organizzazione della sessualità, molto vicina a quella dell'adulto "... che merita già il nome di genitale, in cui si trova un oggetto sessuale e una certa convergenza delle tendenze sessuali su quell'oggetto, ma che si distingue in un punto essenziale dall'organizzazione definitiva della maturità sessuale: essa cioè conosce soltanto un tipo di organo genitale, quello maschile" (SIGMUND FREUD, *Drei Abhandlungen zur sexualtheorie*, 1905. G.W., vol. V, 100; S.E., vol. VII, 199; Fr., 182 -nota 1924-). Tesi sostenuta anche nel capitolo *Fase di sviluppo dell'organizzazione sessuale*, aggiunto ai *Tre saggi* e che testimonia un chiaro superamento espressa da Freud nei *Tre saggi sulla teoria della sessualità (Drei Abhandlungen zur Sexualittheorie*, 1905) secondo cui vi sarebbe stata una sola organizzazione della sessualità, l'organizzazione genitale che si istituisce alla pubertà e si oppone alla "perversione polimorfa" e all'autoerotismo della sessualità infantile.

¹⁶⁷ ETHEL PERSON, LIONEL OVESEY, 1983, *Psychoanalytische Theorien zur Geschlechtsidentität*, in *Psyche*, 47 (193), pp. 505-529.

compiuto un ulteriore passo verso lo sganciamento del concetto di *gender* rispetto al *sex*; essi, infatti, pur condividendo l'assunto dell'origine non conflittuale della *core gender identity*¹⁶⁸, così come formulata da Stoller, hanno aggiunto ad essa la *gender-role identity*, intendendo con questo termine un senso interiore di sé come maschile o femminile, e come multideterminato da componenti biologiche, sociologiche e psicologiche.

Le basi del concetto di genere si sono perciò spostate dal suo originario riferimento biologico fino a quello di una categoria sociale originaria e significativa con la crescente tendenza a pensare ad esso più come ad una dimensione dinamica e contestualmente determinata, aperta a influenze sociali e culturali, che come a una disposizione personale stabile. La *stabilità* della *core gender identity* intesa come un aspetto dell'organizzazione del sé, si oppone alla *variabilità* propria del concetto di *gender-role identity*, e tale differenziazione avrà importanti implicazioni nel processo d'integrazione del Sé. La distinzione e tensione tra *identità di genere* e *ruolo di genere* giungono a concludersi in termini di una distinzione tra il *Sé come sociale* e il *Sé sociale*. Dal momento che il *gender* è una categoria socialmente rilevante, il Sé come sociale modella il proprio senso d'identità in relazione alle aspettative sociali ed alle richieste di ruolo. Tali esigenze socialmente rilevanti contribuiscono perciò in qualche modo al modellamento dell'identità di genere ma non la determinano completamente, dal momento che l'identità di genere in una tale organizzazione del Sé deriva anche da altre determinanti fonti interne al Sé. "Il Sé sociale, dall'altro lato, come il Sé specchio dei teorici sociali, riflette in una modalità camaleontica o come-se qualsiasi cosa il contesto sociale imponga. Quest'ultima prospettiva è conforme con quei modi di vedere il sé come riflesso in molte e fluide identità, mentre il sé sociale rispecchia il modo di vedere il sé come relativamente costante ed intrinsecamente unificato, tuttavia capace di interagire in modo adattativo con il proprio ambiente sociale"¹⁶⁹.

Da Money e Stoller in avanti l'intento è stato quello di riconsiderare con nuovi approcci non solo il campo dell'identità sessuale/di genere ma anche il campo di quella che nei *Tre saggi sulla sessualità*¹⁷⁰ di Freud era stata chiamata

¹⁶⁸ Tale assunto non-conflittuale della *core gender identity* viene condiviso e canonizzato anche da altri studiosi tra cui Tyson (PHYLLIS TYSON, 1982, *A Developmental Line of Gender Identity, Gender Role and Choice of Love Object*, in *Journal of the American Psychoanalytical Association*, 30, pp. 61-86), Kernberg (OTTO KERNBERG, 1995, *Love Relations-Normality and Pathology*, New Haven-London, Yale University Press) e Mertens (WOLFGANG MERTENS, 1992, *Entwicklung der Psychosexualität und der Geschlechtsidentität*, Stuttgart, Kohlhammer, vol. I).

¹⁶⁹ MEISSER WILLIAM, *Gender Identity and Self: I. Gender formation in General and in Masculinity*, in *Psychoanalytic Review* 2005; 92 (1): 1-27, pp. 7-8.

¹⁷⁰ *Drei Abhandlungen zur Sexualtheorie*, 1905.

deviazione dall'obbiettivo sessuale (perversioni) e dall'oggetto sessuale (omosessualità). La tendenza a rappresentare il *gender* come sempre nuovo, come infinitamente plurale,¹⁷¹ è andata di pari passo, infatti, al dibattito, in ambito psicoanalitico, relativo al problema del rapporto (o della dicotomia) tra narcisismo e relazione oggettuale¹⁷². Dalla teoria psicoanalitica freudiana¹⁷³, che vedeva una netta distinzione, o per meglio dire, opposizione, tra il narcisismo e la scelta oggettuale, dagli anni cinquanta in poi, sono iniziate ad emergere in psicoanalisi posizioni divergenti secondo cui anche il narcisismo avrebbe degli aspetti relazionali e, comunque, non è da considerarsi (o non sempre) come pre-oggettuale o patologico, ma come forza coesiva o integrativa della personalità (o del Sé)¹⁷⁴.

¹⁷¹ Nella rivista *Gender and Psychoanalysis*, fondata nel 1996, ritorna di continuo la formulazione *many genders*.

¹⁷² Per cui il bambino (maschio) nella fase edipica avrebbe il desiderio di "avere" la madre (relazione d'oggetto) e di "essere" come il padre (relazione per identificazione).

¹⁷³ A partire da *Introduzione al narcisismo*, 1914. Tr. It. In "Opere", vol. 7 Boringhieri, Torino, 1975.

¹⁷⁴ La Klein fu la prima a distaccarsi radicalmente dalla posizione freudiana per quanto concerne la natura del narcisismo. Secondo la Klein vi sarebbe, infatti, "una contemporaneità tra l'autoerotismo e il narcisismo del lattante e la sua prima relazione con gli oggetti ... tesi in contrasto con l'idea freudiana di *stadi* di autoerotismo e di narcisismo che escludono relazioni oggettuali" (MELAINÉ KLEIN, (1952), *Le origini della traslazione*, tr. it. in: *Scritti 1921-1958*, p. 529, cit.). La Heimann espone con molta chiarezza la teoria kleiniana del narcisismo: "la differenza essenziale tra le relazioni oggettuali infantili e mature è che, mentre l'adulto concepisce l'oggetto come qualcosa che esiste indipendentemente da lui, dal lattante l'oggetto è sempre visto, in qualche modo in riferimento a lui stesso. L'oggetto esiste, in altri termini, in virtù della sua relazione con il lattante" (PAULA HEIMANN, 1952, *Certain Functions of Introjection and Projection in Early Infancy*, in MELAINÉ KLEIN, PAULA HEIMANN, SUSAN ISAACS, JAMES RIVIERE, *Developments in Psycho-Analysis*. Hogarth, London, p. 142, cit.). La madre è il primo oggetto della vita del lattante di cui fa esperienza esclusivamente sulla base delle sue sensazioni corporee; questo oggetto primario è talvolta chiamato seno. Tale oggetto non solo è orientato verso l'Io del lattante, ma è anche introiettato da lui; egli assimilandolo si identifica ad esso per cui la relazione con l'oggetto diventa per il lattante una relazione con se stesso o con una parte di sé. Nonostante la Klein faccia riferimento ad una differenziazione tra le relazioni oggettuali infantili e quelle adulte, in realtà, nella sua teoria, non sottintende un tempo storico, lineare, come nella teoria freudiana, ma propone un tempo ciclico, "tempo materno senza confini". Sulla stessa linea, alcuni psicoanalisti argentini, anche sulla scorta del pensiero dello psicanalista inglese Herbert Rosenfeld, il massimo allievo della Klein, hanno raccolto la teoria della funzione rivestita dai meccanismi di identificazione proiettiva e introiettiva per l'integrazione nella personalità di oggetti parziali o parti scisse della personalità. Rosenfeld, W.R. Bion ed altri hanno distinto tra identificazione proiettiva patologica e "normale", cui hanno riconosciuto il carattere di modo di comunicazione tra le menti. Dagli anni sessanta una delle posizioni teoriche più innovative sul narcisismo è stata quella di Heinz Kohut, psicoanalista americano di origine ungherese, parzialmente dissidente all'interno della psicoanalisi americana, che ha avuto un certo seguito in Europa, soprattutto una ventina di anni fa. Egli propone una nuova visione del narcisismo considerandone gli aspetti positivi, criticando la "tendenza a considerarlo con una valutazione di tonalità negativa ..." (HEINZ KOHUT, *La ricerca del sé*, ed. Bollati Boringhieri, Torino, p. 82) ed affermando che questi giudizi di valore esercitano un effetto restrittivo sulla pratica clinica; "tendono infatti a produrre nel terapeuta un desiderio

Sulla base di queste premesse, l'omosessualità viene sempre più spesso presentata come una variante della sessualità umana rispetto all'orientamento eterosessuale fino alla soppressione graduale della voce "omosessualità" dai manuali psichiatrici. In particolare, il cambiamento radicale nell'approccio psicoanalitico all'omosessualità ha avuto come protagonista l'APA, l'Associazione Psichiatrica Americana. Nel 1952, il Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali (DSM) dell'APA aveva incluso l'omosessualità nella lista dei disturbi della personalità caratterizzati da un comportamento asociale (*sociopathic personality disorder*). Nel DSM-II del 1968 l'omosessualità veniva cancellata da questa lista ed inclusa tra i "disordini della personalità", sotto la voce "deviazioni sessuali". Nella revisione del 1973, l'omosessualità, non era più presente tra le patologie¹⁷⁵. Nel DSM-III del 1980¹⁷⁶ venne introdotta la distinzione tra omosessualità *ego-sintonica*, non considerata come disturbo mentale, e omosessualità *ego-distonica*, quando associata ad ansia, depressione o altri sintomi psichiatrici e collocata tra i disturbi mentali dell'orienta-

di sostituire la posizione narcisistica del paziente con un amore oggettuale". Kohut abbandonando la teoria freudiana dell'esistenza di un solo asse di sviluppo dall'autoerotismo al narcisismo e all'amore oggettuale postula oltre ad un primo asse evolutivo (da forme arcaiche a forme più mature di relazione oggettuale), un secondo asse nel quale due linee separate di sviluppo conducono dall'autoerotismo al narcisismo e a forme più elevate di quest'ultimo. Non sono mancate "voci" che, nell'ambito della cultura psicanalitica americana, si sono anche pronunciate in tale direzione, tra queste, Jessica Benjamin la quale, attraverso una strategia decostruttiva che porta ad una psicoanalisi iperinclusiva delle teorie cosiddette postmoderne, ha cercato di rovesciare la nozione di Freud, secondo cui l'amore oggettuale porta all'identificazione, sostenendo che l'identificazione può portare all'amore oggettuale. La Benjamin che, nella formulazione della sua teoria, ha utilizzato anche il pensiero kleiniano (il quale, come su detto, sostiene e riconosce l'importanza del narcisismo e della "relazione narcisistica", basata sui meccanismi di identificazione proiettiva e introiettiva cui la Klein ha dato un posto accanto alla relazione oggettuale) nel suggerire che l'identificazione e l'amore oggettuale non si esauriscono nelle limitazioni nette suggerite dal modello edipico e che l'amore identificatorio porterebbe, e forse dovrebbe, essere la base dell'amore oggettuale, mette in discussione la distinzione tra la scelta omosessuale e quella eterosessuale in una prospettiva intersoggettivista.

¹⁷⁵ Ad un esame più attento, tale cambiamento è avvenuto attraverso un'azione promossa dai gruppi di pressione omosessuali che ha portato "l'associazione degli psichiatri americani a radiare l'omosessualità dalla lista delle malattie mentali. Tale decisione venne presa nel corso di una votazione (5.816 voti a favore e 3.817 voti contro) e non a seguito di uno studio seriamente argomentato. Per la prima volta nella storia, una decisione concernente una decisione scientifica veniva risolta da un semplice computo di voti, cosa che provocò vivaci reazioni nell'associazione... ", TONY ANATRELLA, *Omosessualità e omofobia*, in *Lexicon* (a cura del PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA), edizioni dehoniane, Bologna, 2003, p. 689, cit. L'argomento più utilizzato a fini propagandistici da associazioni omosessuali è quello dell' "omofobia" (utilizzata in occasione della sfilata del *Gay Pride* 1999) con la quale vogliono colpevolizzare la società. "In realtà, questo logorio intellettuale di certi omosessuali si allaccia a una fantasticheria primaria da cui essi dipendono e che è quella dell'eterofobia, vale a dire, la paura dell'altro sesso, dell'estraneo al proprio sesso, della differenza sessuale che è fonte e radice dell'alterità", *Ibid.*, p. 693, cit.

¹⁷⁶ American Psychiatric Association, DSM III, Washington, D.C., 1980.

mento sessuale; in altre parole, l'omosessualità veniva considerata come un problema solo quando incompatibile con il concetto di "io" dell'individuo mentre quando il soggetto si sentiva a suo agio nel proprio comportamento omosessuale, l'omosessualità non era considerata patologica. Il DSM III-R¹⁷⁷ del 1987 cancellava anche questa distinzione e da allora la sofferenza psichica caratterizzante l'omosessualità egodistonica viene interpretata come un *disturbo dell'adattamento*, causato per lo più da fattori esterni al soggetto. Sulla scia dell'APA, nel 1981 anche l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha eliminato l'omosessualità dall'elenco delle patologie. Un riferimento indiretto all'omosessualità esiste, tuttavia, ancor oggi, nelle successive versioni del DSM, quella del 1994 (DSM-IV) e poi quella del 2000 (DSM-IVTR,) nella categoria degli "Altri disordini sessuali non altrimenti specificati", dove si parla di "persistente e intenso disagio riguardo al proprio orientamento sessuale."¹⁷⁸

7. Sessualità e corporeità: un problema filosofico-giuridico

Le teorie psicoanalitiche di stampo costruttivista fanno emergere l'idea della possibilità di molteplici identità forgiate sulla base degli atti individuali corrispondenti agli orientamenti della psiche. Ma, a ben considerare, il terreno della psicoanalisi risulta di per sé aporetico se considerato in maniera autoreferenziale. Esso va inquadrato all'interno di una riflessione filosofica che consenta di superare il riduzionismo proprio delle scienze naturali costrette a pensare l'uomo secondo il dualismo degli "apparati" "fisici", da una parte, e "psichici", dall'altra, e, dunque, a spogliare il corpo di ogni *connotato egoico* – di ogni valenza psichica o intenzionale – riducendolo a mero oggetto di natura sottoposto all'analisi sperimentale, regolata dal principio di causalità. Ciò non perché l'uomo risulti effettivamente dalla combinazione della psiche e del corpo, ma perché i metodi scientifici sono idonei a cogliere apparati e non corpi viventi¹⁷⁹, esattamente come nella figura ambigua dove si *vedono* vasi

¹⁷⁷ American Psychiatric Association, DSM III-Revision, Washington, D.C., 1987.

¹⁷⁸ American Psychiatric Association, DSM-IVTR, Washington, DC, 2000 (l'ultimo aggiornamento è del 2004).

¹⁷⁹ Husserl nella quinta delle sue "Meditazioni cartesiane", nel tentativo di superare il dualismo tra corpo e mente, tra soma e psiche, introduce la nozione di "proprio corpo vivente" (*Leib*). Egli introduce, dunque, la distinzione tra *Leib e Körper* riconoscendo "il mio corpo nella sua peculiarità unica, cioè come l'unico a non essere mero corpo fisico [*Körper*] ma proprio corpo organico [*Leib*], oggetto unico entro il mio strato astrattivo del mondo", ed aggiunge: "Questo corpo è la sola ed unica cosa *in cui* io direttamente *governo ed impero*, dominando singolarmente in ciascuno dei

non perché *non ci siano* volti, ma perché la scelta del rapporto figura/sfondo non consente di vedere i volti. Infatti, il punto di vista scientifico accantona l'esperienza diretta che noi abbiamo del nostro corpo come fenomenicamente ci si rivela¹⁸⁰, per studiare un organismo nelle sue strutture e nelle sue funzioni, che si possono pensare come a sé stanti e anche di fatto separate fino a legittimare la domanda relativamente al fatto se l'oggetto di questa ricerca sia ancora il corpo umano e soprattutto il *mio* corpo.

A differenza di quanto accade con la fisicità dell'organismo, con il corpo vivente si realizza quella sfera di appartenenza¹⁸¹ che è così stretta che io non posso disfarmi del mio corpo se non sui-cidandomi. Per questa ragione Jasper, al termine suicidio (*Suicid*), preferisce quello di auto-assassinio (*Selbstmord*) perché con il corpo non se ne va un organismo, me ne vado io¹⁸². È questa una situazione-limite che indica come dal "mio corpo" non posso distanziarmi, né allontanandomi da lui né allontanandomi da me: il mio corpo vivente è il mio essere. Ogni atto, in questo senso, rivela che la mia *esistenza* è *corporea* e che il corpo è la modalità del mio apparire, per cui, si può dire che, ad esempio, il *mio volto* non è un'immagine di me ma è un *me stesso*.

suoi *organi*" cf. EDMUND HUSSERL, *Cartesianische Meditationen und Pariser Vorträge* (1931); trad. it. *Meditazioni cartesiane*, Bompiani, Milano 1960, § 44, pp. 103-109.

¹⁸⁰ Quello che Rosmini chiama il "sentimento fondamentale corporeo". Egli, in una sintesi efficace della propria ricerca afferma d'aver voluto mostrare come, mediante questa percezione immanente, l'anima, che è in ciascun uomo "principio sentimentale e sostanziale", si costituisca insieme come "un solo principio intellettuale e sensitivo avente un doppio termine d'azione, l'inteso, essere ideale; e il sentito, corpo soggettivo, e quindi acquisti condizione di *principio razionale*, nel quale è messo in essere l'uomo. Questo *principio razionale* percepisce se stesso nell'essere ideale, e così acquista la coscienza, e, reso consapevole, s'esprime col vocabolo IO" (ANTONIO ROSMINI, *Psicologia*, a cura di V. Sala, IV, Città Nuova, Roma, 1989, p. 219).

¹⁸¹ *Eisegenheitsphäre* come la chiama Husserl (Id., *Meditazioni cartesiane*, cit., § 44, pp. 103-109). Egli riconosce "un certo strato unitario e coerente, che è il resto del correlato trascendentale dell'esperienza del mondo [...]. Questo strato unitario – aggiunge – è piuttosto caratterizzato dal fatto che esso ha funzione di fondamento; ciò vuol dire che io non posso possedere l'*estraneità* come esperienza, né quindi il senso "mondo oggettivo" come senso d'esperienza, senza avere quello strato in una esperienza reale ed effettiva, mentre la reciproca non vale" *Ibid.*, p. 106, cit.

¹⁸² "Quando gli psichiatri parlano di "suicidio (*Suicid*)" si riferiscono con questo nome a quella sfera che appartiene alla sfera della pura oggettività che nasconde l'abisso. I letterati la chiamano "libera morte (*Freitod*)" e così ne fanno l'ingenuo presupposto della più alta possibilità umana per ogni evenienza, ma colorando in questo modo l'azione, finiscono col velarla di nuovo. Solo la parola "auto-assassinio (*Selbst-mord*)" consente di avere presente, oltre al carattere terrificante del problema, anche l'oggettività del fatto. "Auto (*Selbst*)" esprime la libertà di sopprimere l'esserci di questa libertà (mentre la parola "libero [*frei*]" dice troppo poco se con essa si pensa superata la relazione con se stessi). Assassinio (*Mord*) è l'atto violento diretto contro qualcosa di irrimediabilmente deciso nella relazione col proprio se stesso (mentre "morte [*Tod*]" si riferisce a qualcosa di analogo a un'estinzione passiva)" KARL JASPER, *Philosophie*. (1933-1959) II: *Existenzerhellung*; trad. It. *Filosofia*. Libro II: *Chiarificazione dell'esistenza*, Utet, Torino 1978, pp. 781-782.

Così come, infatti, non esiste alcun pensiero al di fuori della parola che lo esprime – perché solo abitando il mondo della parola il pensiero può farsi parola – allo stesso modo non esiste un uomo al di fuori del suo corpo perché il suo corpo è lui stesso nel realizzarsi della sua esistenza. La corporeità – secondo l’interpretazione di Marcel – è una sorta di linea vivente di frontiera tra la dimensione dell’essere e quella dell’avere: “il corpo che abbiamo” e “il corpo che siamo” attestano una duplicità, una sorta di dislivello originario attraverso cui il corpo manifesta il suo statuto irriducibilmente paradossale. La corporeità, infatti, ci introduce nel luogo più profondo dell’avere nel quale, al contempo, si dischiude un orizzonte metaproblematico. Siamo così ricondotti alla dimensione dell’ *essere incarnato*, che “significa apparire a sé come corpo, come questo corpo qui, senza potersi tuttavia identificare con esso, e tuttavia senza potersene neanche distinguere (dal momento che l’identificazione e la distinzione sono operazioni correlative l’una all’altra, ma tali da non potersi esercitare se non sul piano degli oggetti)”.¹⁸³ Potremmo affermare con Mounier che “io esisto soggettivamente ed io esisto corporalmente formano un’unica e medesima esperienza”¹⁸⁴.

Da tale irriducibile polivalenza del corporeo nasce l’esigenza di tenere a distanza, allora, sia la semplificazione dualistica sia la risposta riduzionista che, dall’antagonismo di “res cogitans” e “res extensa” passa ad una divisione sempre più marcata fra la soggettività insindacabile del desiderio e un’oggettività somatica impersonale, nei confronti della quale appare possibile rivendicare un diritto assoluto di proprietà¹⁸⁵. Contrariamente a quanto sostenuto da tali concezioni è il corpo che conferisce alla persona umana la sua propria individualità, e, dunque, appare come la condizione necessaria, anche se non sufficiente, della sua piena identità personale-relazionale. Il corpo dell’essere umano, infatti, (a differenza di quello dell’animale che “è soltanto in rapporto al mondo”) “è in rapporto con se stesso attraverso un segno che lo rappresenta, ossia attraverso la propria immagine”¹⁸⁶ e quest’attitudine riflessiva, di cui il corpo appare un correlato ineliminabile, costituisce la persona umana conferendole uno statuto relazionale, che si manifesta sia lungo l’asse orizzontale del rapporto con gli altri, sia lungo l’asse verticale del rapporto dell’io

¹⁸³ GABRIEL MARCEL, *Dal rifiuto all’invocazione. Saggio di filosofia concreta*, trad. it. L. Paletti, Città Nuova, Roma, 1976, pp. 46 ss.

¹⁸⁴ EMANUEL MOUNIER, *Il personalismo*, tr. it. A. Cardin, Ave, Roma, 1987, pp. 36 ss.

¹⁸⁵ In questo senso, l’idea di una completa oggettivazione del corpo a fronte di una soggettività totalmente autoreferenziale è alla base delle *teorie gender*.

¹⁸⁶ PIETRO PRINI, *Il corpo che siamo, Introduzione all’antropologia etica*, Sei, Torino, 1991, p. 34, cit.

con se stesso. Questa relazione riflessiva, che s'annuncia nella forma di un vincolo irriducibile¹⁸⁷, sfugge ad ogni tentativo di compiuta oggettivazione (e per questo non disponibile)¹⁸⁸ e si riflette in una serie di legami naturali che definiscono la nostra identità genetica¹⁸⁹, somatica e culturale.

Dunque, contrariamente alla prospettiva antropologica dualista, a fondamento della *teoria gender*¹⁹⁰, la dialettica tra il “corpo che siamo” e il “corpo che abbiamo” esprime l'inseparabile dislivello entro il quale si profila il dovere di un'integrità da custodire e il valore di un'identità da realizzare all'interno della famiglia. Essa, ancora una volta, come già mostrato, è il luogo privilegiato finalizzato alla produzione dell'io – ossia dell'identità soggettiva personale – dal momento che la dinamica di simbiosi/distacco/riconoscimento/identificazione simbolica (tramite la presenza della figura bigenitoriale eterosessuale di riferimento) è la *norma antropologica* che consente al figlio di autocostruire la propria identità sessuata in conformità al dato della sua corporeità biologica. La *paternità* e la *maternità* come *modi costitutivi della familiarità* nel “processo di ominizzazione”, lungi dall'essere meri *ruoli* sostitutivi ed intercambiabili sono *modi di essere dell'esistente* attraverso cui si attiva l'acquisizione dell'*identità dell'essere umano*.

In questo senso, nulla vale che la scienza oggi, con il ricorso alle tecniche di fecondazione assistita, renda possibile “avere un figlio”, al di fuori di ogni relazionalità personale dal momento che la scissione della sessualità dalla sua dimensione intrinsecamente ontologico-relazionale, rende *irrilevanti* le identità dei genitori e dei figli rischiando di annientarle. In un contesto di azioni

¹⁸⁷ “Il riconoscimento di un *irriducibile* costituisce già sul piano filosofico un passo estremamente importante e che può persino trasformare in qualche modo la coscienza che lo compie. Non possiamo infatti pensare questo irriducibile senza pensare un al di là, nel quale esso non si fa assorbire; e penso che la duplice esistenza di questo irriducibile e di questo al di là tenda propriamente a definire la condizione metafisica dell'uomo”, GABRIEL MARCEL, *Essere e avere*, trad. it. I. Poma, Esi, Napoli, p. 133, cit.

¹⁸⁸ “Se si può dire che il corpo non ci appartiene – o almeno non ci appartiene totalmente, se non altro perché ci è dato – si può altresì affermare non inappropriatamente che è il nostro stesso essere “noi stessi”, il nostro *Selbst*, che non ci appartiene, perché c'è in esso qualcosa che paradossalmente non coincide con esso”, FRANCESCO D'AGOSTINO, *Corpo esibito, corpo violato, corpo venduto, corpo donato*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 10, cit.

¹⁸⁹ La sessualità non consiste solo nella distinzione tra gli organi esterni e gli organi interni che differenziano il maschio e la femmina, è qualcosa di più profondo che influenza la costituzione di tutte e ognuna delle cellule. Nella femmina il codice genetico è iscritto nelle coppie di cromosomi XX, mentre nel maschio la coppia è XY.

¹⁹⁰ Essa dividendo la corporeità dalla sessualità perde di vista la relazione diretta tra l'identità anatomico-corporale e l'identità personale-relazionale, sostanziale all'unicità della persona (a scapito di una “frantumazione dell'identità”); in tal senso, non è possibile parlare delle diversità sessuali, ma solo della diversità sessuale, perché questa è una sola ed irriducibile: quella tra uomo e donna).

soggettive che rafforzano la chiusura solipsistica dell'individuo rispetto alle alterità coinvolte nella dinamica sessuale, emerge l'impossibilità di configurare un diritto ad avere un figlio, rivendicato dalla donna in assenza del padre lì dove anche la norma si farebbe autoreferenziale, indifferente alla coesistenza e alle identità in relazione. La de-soggettivizzazione delle persone, in questo senso, condurrebbe a de-relazionare il diritto con la conseguente alienazione sociale della norma giuridica il cui contenuto va individuato nella struttura relazionale che la stessa consente di tutelare.

Secondo la prospettiva di una riflessione filosofica del diritto quel che rileva è che, nella pratica della procreazione assistita ad una donna sola o ad una coppia di donne omosessuali non si assista solo alla mera possibilità di erosione di un modello familiare (quello tradizionale) – storicamente determinato, secondo alcuni o naturalisticamente fondato, secondo altri – ma della “stessa *familiarità* nella sua struttura giuridica fondamentale” attivando un'antropologia che è quella del “carattere irrelato della soggettività”¹⁹¹ a scapito della verità del diritto chiamato alla tutela del carattere relazionale e simmetrico dei rapporti. L'“ossessiva pretesa di rifiutare qualsiasi limite, qualsiasi cosa sia altro da sè” – il rifiuto dell'alterità del corpo, del genere e del generare – “nasconde una forma sottile di nichilismo. È un nichilismo psicoanalitico, la dissoluzione narcisistica di tutto ciò che non sia riconducibile all'io, che tende a divenire nichilismo giuridico, quando i diritti dell'uomo sembrano costruiti in funzione di questo potenziamento illimitato della volontà”¹⁹². Dunque, l'erosione della famiglia come un aspetto di un più ampio fenomeno di erosione nichilistica della stessa identità soggettiva sembra, “progressivamente passare dal rifiuto dei vincoli del corpo, e con essi dei vincoli di genere, al rifiuto del vincolo in quanto tale”¹⁹³.

¹⁹¹ NORBERT ROULAND, *Antropologie juridique*, PUF, Paris, 1988, trad. it *Antropologia giuridica*, ed. Giuffrè, Milano, 1992, pp. 406 ss.

¹⁹² SALVATORE AMATO, *op. cit.*, pp. 153-4, cit.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 154, cit.