

### La procreazione assistita è un diritto LGBT?¹

Michael Boucai\*

Questo saggio analizza l'importanza crescente assunta dalla procreazione assistita all'interno delle politiche sulle genitorialità lesbica, gay, bisessuale e transgender (LGBT). Quando e perché l'accesso alle tecnologie di procreazione medicalmente assistita (PMA) è diventato una questione di diritti LGBT? È giusto che esso rimanga tale? Se sì, come possiamo armonizzare gli sforzi per abilitare la procreazione LGBT con gli ideali storici del movimento e i peculiari "valori della famiglia queer"? ²

#### Le politiche della procreazione LGBT

Da svariati decenni ormai, le organizzazioni e gli individui che si identificano con il movimento LGBT hanno cercato di liberare il mercato della PMA di alcune regole e pratiche che discriminavano specificamente sulla base dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere. Essi hanno anche fatto appello a vari settori della società affinché una serie di tecnologie riproduttive fossero concesse, deregolate, e persino sovvenzionate dallo stato. Enfatizzando la sproporzionata impossibilità o riluttanza delle persone queer a diventare genitori attraverso la copulazione eterosessuale,³ i sostenitori dei diritti LGBT hanno attaccato una serie di "barriere all'accesso" come esempi di "discriminazione da effetto ineguale" (*disparate-impact discrimination*).⁴ Per esempio, gli affiliati al movimento hanno:

- proposto una cessazione ai divieti della *surrogacy*;⁵
- preteso fondi pubblici per la ricerca sulla PMA;⁶
- combattuto misure antiaborto che includevano pratiche, come la "riduzione selettiva", talvolta associate ad alcune tecniche di PMA;⁷
- opposto restrizioni alla possibilità di utilizzare seme di donatori anonimi;⁸
- protestato contro i divieti alla auto-inseminazione;⁹
- denunciato "l'effetto sproporzionato" sulle persone LGBT delle regole che permettono che i gameti siano donati ma non venduti;¹⁰
- proposto una legislazione che obbligasse la copertura assicurativa della PMA;¹¹
- spinto le amministrazioni universitarie a includere i costi della procreazione assistita (e delle adozioni) come "equalizzatori della cura dipendente" nei debiti per i prestiti agli studenti;¹²
- valutato la disponibilità dei datori di lavoro di supportare economicamente la procreazione assistita (ma non le adozioni) come un indicatore di apertura verso lavoratori LGBT;¹³
- affermato che la non-applicazione giudiziaria dei contratti genitoriali "ha

un prezzo particolarmente alto” per le coppie dello stesso sesso, che “devono far affidamento” sulla procreazione assistita per avere figli,<sup>14</sup> e

- argomentato che le restrizioni “apparentemente neutrali” sul *fertility tourism*,<sup>15</sup> insieme a “politiche dell’immigrazione che limitano il riconoscimento di bambini nati da *surrogacy*” ostacolano in maniera sproporzionata “la creazione di famiglie con a capo genitori gay, lesbiche, o single”.<sup>16</sup>

Infine, i proponenti della genitorialità LGBT sostengono che le barriere alla PMA infrangono il diritto alla procreazione, violando la legge costituzionale e internazionale.<sup>17</sup> Tali argomentazioni sono sistematicamente associate alle campagne sull’uguaglianza, con l’idea di fondo che un accesso disuguale alla genitorialità biologica discrimini le persone LGBT nel loro esercizio di un diritto fondamentale. Le rivendicazioni di questo tipo vanno dalla generale affermazione che, senza l’accesso alla PMA, “nessuna persona gay sarebbe capace di esercitare la parentela biologica o i diritti riproduttivi”,<sup>18</sup> fino alla sbalorditiva implicazione che “dal punto di vista di una coppia la cui sola speranza di procreare è attraverso l’assistenza di un surrogato, una legge che criminalizza quella assistenza non è diversa da una legge che contempla la sterilizzazione di criminali condannati”.<sup>19</sup>

Senza dubbio, l’eterosessismo costituisce la base di molte barriere all’accesso alla PMA. Le posizioni conservatrici sostengono che la PMA sia sbagliata perché mette in pericolo le basi biologiche, relazionali, e infine procreative della differenziazione sessuale; perché facilita l’educazione dei figli in famiglie mono-genitoriali e omo-genitoriali in cui i bambini sarebbero sprovvisti, tra altre cose, di consoni modelli di genere e di guide per l’eterosessualità adulta; e perché contrasta una fonte primaria della mistica dell’eterosessualità e la sua pretesa di superiorità morale: il “monopolio esclusivo” della creazione di una nuova vita.<sup>20</sup> Allo stesso tempo, alcune di queste stesse qualità rendono la procreazione assistita accettabile o persino attraente per i tanti che sostengono modelli più progressisti di famiglia. Sembra quindi ragionevole che i sostenitori dei diritti LGBT siano in prima fila negli sforzi per facilitare l’accesso a queste tecnologie, essendo particolarmente suscettibili rispetto ai valori conservatori difesi dalle barriere poste alla PMA – ed essendolo a ragione. Ma l’adesione a un modello inclusivo di concepire la famiglia non è la sola cosa che guidi l’attivismo a sostegno della PMA all’interno del movimento LGBT. Altre motivazioni sono decisamente meno progressiste.

A rafforzare gli sforzi LGBT di riformare il mercato della PMA ci sono desideri squisitamente privati. Molti individui LGBT vogliono diventare genitori, e la PMA promette di realizzare questo sogno – talvolta, con meno ostacoli burocratici e meno spese rispetto all’adozione, l’alternativa più ovvia. Ma queste tecnologie non si limitano a produrre bambini: esse forniscono una discendenza. Sotto questo aspetto cruciale, la PMA esercita un fascino irresistibile sul *biogenetismo* pervasivo nella società americana, la sua fede profonda nella priorità e nella superiorità delle forme biogenetiche di relazioni e di identità. Le persone queer non sono certo immuni al fascino di questa ideologia. Molti individui LGBT che utilizzano la PMA ammettono francamente la loro preferenza per un figlio biologico, e in effetti alcuni sostengono che “preferirebbero restare senza figli se non riuscissero

ad avere [discendenza] propria".<sup>21</sup> Altri rivelano i propri investimenti biogenetici in maniera più sottile: coppie lesbiche che dividono tra di loro la maternità genetica e quella gestazionale; partner *cisgender* dello stesso sesso che cercano donatori con caratteristiche fisiche che corrispondano a quelle del genitore non-genetico; e individui – ancora una volta, di solito in coppia – che aspettano l'avvento delle tecnologie, come la gametogenesi in vitro, che permetta loro di creare un figlio a immagine di nessun altro se non propria.

## Contro il biogenetismo: parentela queer

Il desiderio di avere una discendenza, che permea una parte così notevole dell'utilizzo LGBT della procreazione assistita, e anche, di conseguenza, una fetta notevole dell'attivismo LGBT intorno alle questioni che essa solleva, è certamente tipico della società americana più in generale. Esso è in contrasto tuttavia con ciò che a lungo è sembrato un elemento quintessenziale della cultura LGBT. Laddove il biogenetismo sostiene che "il sangue non è acqua (*blood is thicker than water*)", i politici, il pensiero, e la vita sociale LGBT dello scorso mezzo secolo hanno costantemente sostenuto sia che l'amore, e non il sangue, a fare una famiglia.

Questa tradizione queer è sbocciata con la liberazione gay. La generazione di Stonewall consisteva di rifugiati, in senso letterale o metaforico, dalla famiglia "normale", e i liberazionisti gay hanno costruito una critica pungente e sfaccettata a quella istituzione. Molti degli aspetti che essi condannavano erano (o all'epoca sembravano) inestricabilmente legati alla funzione procreativa della famiglia: una visione strumentale del sesso e un "atteggiamento negativo verso tutti i desideri sessuali che non fossero genitali ed eterosessuali";<sup>22</sup> l'insistenza sulla monogamia; il "legame" tra moglie e marito e tra madre e figlio;<sup>23</sup> il suo inculcare le categorie "artificiali" di genere e orientamento sessuale;<sup>24</sup> e il suo soddisfare "la necessità capitalista di forza lavoro".<sup>25</sup> In aggressivi manifesti che immaginavano l'abolizione della famiglia tradizionale, i liberazionisti difendevano le comuni gay come "una nuova forma di famiglia estesa"<sup>26</sup> e proponevano l'omosessualità come antidoto al "funzionalismo biologico".<sup>27</sup> Rigettando in particolare l'imperativo procreativo, essi difendevano l'omosessualità come "il rimedio più efficace" alla "contaminazione" globale causata dalla proliferazione senza precedenti dell'umanità.<sup>28</sup> Striscioni ai primissimi eventi dei gay pride proclamavano "Più deviazione, meno popolazione!"<sup>29</sup>

Le critiche liberazioniste alla famiglia riproduttiva hanno echi che si estendono decenni più tardi ad alcuni dei più significativi lavori di teoria queer. I paralleli sono sorprendenti. Laddove Guy Hocquenghem suggeriva nel 1972 che "la grande paura dell'omosessualità" è sostanzialmente "una paura che la successione delle generazioni, su cui la civiltà si basa, possa interrompersi",<sup>30</sup> Lee Edelman scriveva più di trenta anni dopo che "la *queerness* identifica lo schieramento di coloro" che contestano la "futurità riproduttiva", l'impegno della società a riprodurre se stessa, letteralmente e figurativamente.<sup>31</sup> Laddove Dennis Altman nel 1971 esponeva l'idea nietzschiana che "il desiderio di figli è spesso il prodotto di sofferenza, di una necessità di rigettare se stessi",<sup>32</sup> Michael Warner conio il termine "riproses-

sualità" nel 1993 per descrivere una soggettività che, tra altre cose, deve "trovare... la sua...realizzazione nella trasmissione generazionale".<sup>33</sup> Laddove il Seattle Gay Liberation Front protestò due anni dopo gli eventi allo Stonewall contro il "mito" che la felicità si trovasse solo nel "crescere bambini in una famiglia nucleare", con "l'unico-vero-amore-per-sempre",<sup>34</sup> Jack (all'epoca Judith) Halberstam scriveva nel 2005 che la *queerness* è fuori tempo rispetto alla marcia regolare del "tempo riproduttivo" dall'amore, al matrimonio, alla procreazione.<sup>35</sup>

Con l'arrivo degli anni Ottanta, come la sociologa Kath Weston documenta nella sua classica monografia *Families We Choose*, "molte lesbiche e uomini gay stavano sforzandosi di dare legittimità alle famiglie gay come una *forma* di parentela", e cercavano di usare la propria "esclusione dalla famiglia come era intesa tradizionalmente...per contribuire allo sviluppo di una concezione alternativa di famiglia." Secondo Weston, fu intorno a questi anni che "le persone gay iniziarono ad argomentare che etero sta a gay come famiglia di sangue sta a famiglia di scelta", una categoria che potrebbe includere "amici, amanti, [ex-amanti], o figli, in qualsiasi combinazione." Immaginate "in opposizione a quelle realtà chiuse biogenetiche," queste famiglie di scelta erano molto più che "reti" sociali volontarie. Esse "incorporavano in maniera fortemente consapevole dimostrazioni simboliche di amore, una storia condivisa, assistenza materiale ed emotiva, e altri segni di solidarietà persistente".<sup>36</sup>

Nello studio di *Families We Choose*, alcuni partecipanti "avevano scelto di creare famiglie e altri no, alcuni erano diventati genitori e altri no," ma su un punto Weston aveva trovato unanimità virtuale: "quasi tutti [i soggetti] associavano le loro identità sessuali alla libertà da ogni sorta di imperativo procreativo." Questa era un'essenzione politicamente potente. Quando "le persone che abbracciano identità sessuali non-procreative e perseguono relazioni non-procreative...reclamano legami familiari," scrive Weston, essi montano un "attacco al privilegio accordato a un modello radicato biogeneticamente di determinare quali relazioni contano come parentela".<sup>37</sup>

Infine, la resistenza all'ideologia della parentela biogenetica ha definito la partecipazione istituzionale del movimento LGBT alle dispute tra membri di famiglie create usando la PMA. Nei conflitti legali sulla custodia, che coinvolgevano lesbiche che avevano concepito con l'inseminazione artificiale, gli attivisti LGBT hanno consistentemente sostenuto le richieste della madre non-genetica, anche se questo significava fare causa a un'altra lesbica. Nei casi in cui un donatore di sperma noto cercava di trasformare la paternità genetica in paternità legale, gli attivisti e i sostenitori del movimento hanno difeso le richieste del genitore o dei genitori non genetici, anche se spesso questo significava fare causa a un uomo gay. E nel caso in cui il donatore e il bambino avessero sviluppato un legame emotivo significativo, gli attivisti hanno argomentato che è talvolta nell'interesse del bambino avere più di due genitori legali. Questa tradizione sopravvive anche oggi. Nel confrontare domande relativamente nuove, come quando e se applicare la presunzione di paternità a coppie dello stesso sesso sposate, gli attivisti LGBT difendono la propria opposizione ragionata al "preferire relazioni genitore-figlio biologiche piuttosto che...strutture familiari non-tradizionali".<sup>38</sup> Come gli avvocati del movimento

hanno sostenuto davanti alla Corte suprema dello Iowa nel 2013, tali preferenze “stigmatizzano l’adozione come seconda scelta’, [...] e stigmatizzano altri figli che non sono geneticamente legati ai propri genitori, sia che siano stati concepiti grazie alle tecnologie riproduttive o [grazie] al rapporto sessuale con un partner extra-coniugale”.<sup>39</sup>

## Una critica delle politiche della procreazione LGBT

Gli attivisti LGBT che cercano di espandere e facilitare l’accesso alla PMA rischiano seriamente di mettere a repentaglio le rivendicazioni queer secondo cui le relazioni biogenetiche non sono superiori a quelle non-biogenetiche né quelle che meglio definiscono l’identità personale. Il problema non è, o non è solo, che tali sforzi sono motivati da, e di conseguenza invigoriscono e legittimano, preferenze e pratiche biogenetiche nella sfera privata. Di maggiore importanza è il pregiudizio biogenetico nelle *politiche* della genitorialità LGBT. Questo pregiudizio ha due manifestazioni, discusse qui sotto.

### *A. Il doppio standard PMA- Adozioni*

Che siano accusate di violare il diritto positivo o meno, le rivendicazioni sull’uguaglianza LGBT nell’accesso alla PMA rientrano in due ampie categorie: accuse di trattamento inuguale e accuse di effetto inuguale. Le prime richiedono relativamente poca elaborazione. Le accuse di trattamento differenziato riguardano le politiche e le pratiche che specificamente svantaggiano le persone LGBT. Esse provocano un’eccezione identitaria perché, nei casi tipici, sono consapevolmente motivate da disapprovazione, pregiudizio, o animosità.

Le accuse di effetto inuguale, al contrario, riguardano politiche e pratiche che non isolano o distinguono esplicitamente le persone LGBT per un trattamento sfavorevole, ma che non di meno hanno un effetto sproporzionato su di esse in rapporto al resto della popolazione. Negli Stati Uniti, dove tali rivendicazioni sono disponibili come istanze legali all’interno di alcuni (non tutti) mandati anti-discriminazione, la dottrina dell’effetto inuguale è stata giustificata attraverso due teorie (non reciprocamente esclusive). La prima, talvolta chiamata “teoria dell’errore”, vede la responsabilità dell’effetto inuguale come una “rete radiante probatoria” disegnata per catturare motivazioni impermissibili ma “nascoste”: intenzioni deliberatamente celate, ma anche (in alcune interpretazioni) pregiudizi inconsapevoli.<sup>40</sup> Il secondo modello di responsabilità di effetto inuguale, talvolta chiamato “la teoria degli effetti”, vede la dottrina primariamente come uno strumento per sradicare pratiche e politiche che, anche se non si possono ricondurre a intenzioni di offesa, difendono disparità basate sullo status e sull’identità senza alcuna giusta causa.<sup>41</sup>

All’interno della teoria dell’errore, qualsiasi provvedimento o pratica che tenda a colpire le persone LGBT in maniera più severa delle persone non-LGBT dovrebbe essere soggetta al ragionevole dubbio che sia motivata da sentimenti omofobi o transfobi. Capita raramente che questa supposizione sia completamente ingiustificata quando si riferisce alle restrizioni alla procreazione assistita. L’ostilità alla

PMA affonda spesso le sue radici nelle norme su sesso, gender e parentela, strutturate intorno all'eterosessualità riproduttiva. Tuttavia, ci sono svariate barriere alla PMA che, a dispetto di quanto si possa dire sulla loro solidità e saggezza di fondo, non possono essere accorpate in tutta onestà a questa ideologia ambigua. Il divieto di clonazione, per esempio, si prefigge di impedire "un'erosione dell'individualità, la reificazione dei bambini, e l'avanzamento dell'eugenetica".<sup>42</sup> Anche le proibizioni alla *surrogacy* puntano il dito contro la reificazione (in questo caso tanto delle donne quanto dei bambini), e cercano di onorare "il potenziale legame tra una donna incinta e il figlio che ha in grembo".<sup>43</sup> Restrizioni più ordinarie, come regimi assicurativi che si rifiutano di coprire (o che non coprono a sufficienza) la PMA, sono spesso *in nuce* scelte politiche relative a "come allocare meglio e in maniera più equa possibile risorse mediche scarse".<sup>44</sup> E così via. Lunghi dal qualificarsi come discriminazioni sotto la teoria dell'errore dell'effetto inuguale, barriere come queste testimoniano "la gamma di interessi pubblici e privati in gioco" nella regolamentazione della PMA.<sup>45</sup> Tali interessi indeboliscono anche le rivendicazioni insidiose di discriminazione sotto la teoria degli effetti – che, di nuovo, individua la responsabilità dell'effetto inuguale come un modo di "smantellare le gerarchie" che persistono senza nessuna buona ragione.<sup>46</sup>

C'è, senza dubbio, spazio per le argomentazioni secondo il modello "effetto inuguale" all'interno dell'attivismo per le famiglie LGBT. Solo perché gli interessi che sostengono l'uno o l'altro ostacolo a diventare genitori sono "legittimi" secondo la legge non vuol dire che, in una prospettiva più grande, essi siano convincenti come materia di politiche reali. Il movimento LGBT ha il diritto di richiedere per i suoi membri gli obiettivi che un approccio da "effetto inuguale" prometterebbe di ottenere: uguaglianza sostanziale ma anche formale, vissuta ma anche legale. Ma l'uguaglianza sostanziale nella genitorialità – uguaglianza nell'opportunità di avere figli – è una cosa. Uguaglianza sostanziale nella genitorialità biogenetica, e solo nella genitorialità biogenetica, ne è proprio un'altra. Sfortunatamente, solo l'ultima appare tra le priorità attuali del movimento.

Laddove l'accesso alla PMA ha significato cercare di cambiare le regole del gioco per tutti, l'accesso all'adozione ha semplicemente significato sottoporre le persone LGBT alle stesse regole di tutti gli altri. A dispetto delle molteplici barriere che ostruiscono questa strada alla genitorialità, l'attivismo riguardo alle adozioni LGBT è esclusivamente limitato alla lotta sulla disparità di trattamento in base all'orientamento sessuale e all'identità di genere. Questo silenzio è particolarmente sospetto dal momento che l'adozione è, tra tutte, più suscettibile di un'analisi da effetto differenziato rispetto alla PMA. Le persone LGBT sono sproporzionatamente rappresentate in due gruppi, forse tre, con interessi diretti nell'allargamento dell'accesso all'adozione. Innanzitutto, ci sono i molti bambini e adolescenti LGBT che potrebbero beneficiare dall'essere cresciuti da persone diverse dai propri genitori biologici. Numerosi studi confermano che le minoranze sessuali sono sostanzialmente iper-rappresentate tra i giovanissimi senz'altro e tra i giovani in affidamento. L'adozione potrebbe non essere la soluzione migliore per tutti questi minorenni, ma sicuramente potrebbe essere positiva per i tanti i cui genitori di nascita non possono o non vogliono imparare ad accettarli. In secondo luogo, le persone LGBT



potrebbero essere iper-rappresentate anche in quella classe di genitori biologici che vogliono o hanno bisogno di affidare un bambino in adozione. In relazione alla popolazione generale, i procreatori LGBT tendono a concepire e a procreare in giovane età e, forse sorprendentemente, le persone LGBT “hanno una maggiore probabilità [rispetto alle persone non-LGBT] di avere esperienza di gravidanza e paternità indesiderate”.<sup>47</sup> In terzo luogo, gli adulti LGBT hanno maggiore probabilità di “aver bisogno” di adottare rispetto alle loro controparti eterosessuali e *cisgender*; la stessa “infertilità strutturale” che spinge molti futuri genitori LGBT verso le cliniche della PMA, indirizza molti altri verso agenzie che si occupano di adozione. Senza dubbio la seconda opzione sarebbe ancora più diffusa se non fosse così difficile da realizzare.

Tra le migliaia di persone LGBT che vorrebbero adottare e i milioni che lo hanno seriamente considerato, ci sono innumerevoli individui che presumono, o hanno sentito, o apprendono per esperienza di prima mano, che gli impedimenti che si interpongono tra loro e i loro figli adottivi sono numerosi, impervi, e vanno ben al di là della prospettiva di discriminazione basata sull’orientamento sessuale e sull’identità di genere. Tali “impedimenti”, così come il termine viene usato qui, tendono a infittirsi sul versante della domanda piuttosto che su quello dell’offerta nel “mercato” delle adozioni. La cosiddetta carenza di “bambini bianchi e in buona salute” cadrebbe nella seconda categoria, così come le politiche volte a preservare i legami esistenti tra genitori di nascita e i loro figli – inclusi i tipi di garanzie dirette del welfare che talvolta evitano in partenza la necessità di affidare un figlio per adozione.<sup>48</sup> Politiche di questa natura dovrebbero invitare particolare rispetto tra le persone LGBT, che hanno ampia esperienza di allontanamento ingiusto, legale o no, dalla propria prole.

Al contrario, gli ostacoli che riguardano la domanda tendono a riflettere una irrazionale mancanza di fiducia nei confronti di genitori non-biogenetici, senza una giusta considerazione di relazioni pre-esistenti tra genitori e figli. Questi ostacoli – processi di selezione e screening intrusivi e spesso umilianti, una serie infinita di documenti, e regolamenti confusi che variano da una giurisdizione all’altra – creano un contesto legale piuttosto dispendioso da esplorare, ma anche il collasso del mercato dell’adozione internazionale e la persistente discriminazione basata su età, sesso, razza, classe, abilità, e stato civile. Un attivista che si preoccupi dell’uguaglianza vissuta nella genitorialità in generale, piuttosto che di genitorialità biogenetica in particolare, riconosce queste barriere come effetti inuguali passibili di correzione attraverso servizi diretti ai costituenti, educazione pubblica, sussidi governativi, e riforma del processo di adozione.

In maniera più ambiziosa, potremmo chiederci se le tradizioni di parentela distintive della comunità LGBT possano ispirare nuovi modi di intendere come e quando supportare le relazioni solide e salutari tra adulti e i figli di altre persone (solitamente biologici). È possibile, per esempio, “avuncolarizzare” (dal latino *avunculus*, zio) certe forme di relazioni adottive, permettendo ai bambini di formare attaccamenti significativi e persino permanenti con individui che presumibilmente non diverranno i loro genitori legali, ma che sono pronti ad assumere, in caso di necessità, responsabilità più o meno genitoriali?<sup>49</sup> Gli ostacoli politici,

legali, e sociali a formalizzare tali disposizioni e accordi hanno attirato attenzione e ammirazione di esperti di legge di famiglie e di benessere infantile.<sup>50</sup>

Infine, pur dominando l'attivismo LGBT nel contesto della PMA, la logica della discriminazione da effetto inuguale è quasi assente nel discorso sulle adozioni. Questa disparità suggerisce che la genitorialità biogenetica è una priorità considerata di maggior valore, una prerogativa più importante, rispetto alla genitorialità adottiva. Questa opinione persiste a dispetto dell'elevato numero di bambini LGBT legalmente sottratto alle proprie famiglie biologiche, nonostante il persistente interesse di tante persone LGBT per l'adozione, e nonostante un'ampia serie di riforme che il movimento potrebbe considerare se valutasse l'uguaglianza nell'adozione altrettanto inclusivamente che l'uguaglianza nella procreazione.

### B. Il rischioso diritto di procreare

Il "diritto di procreare" si riferisce normalmente a uno di due diritti, il diritto semplice ad "avere figli naturali"<sup>51</sup> o il diritto complesso a crescere i propri "figli naturali". Solo nel primo di questi due casi, e solo retrospettivamente, il diritto di procreare è stato la base di una decisione della Corte Suprema. Nel 1942, *Skinner v. Oklahoma* invalidò una legge di sterilizzazione forzata sulla motivazione che essa "violava la clausola di parità di trattamento." Nei *dicta* (opinioni della corte su questioni non essenziali alla sua decisione, anche se direttamente in essa coinvolti, n.d.t.), la Corte affermava che "il diritto di avere una discendenza" è "uno dei diritti civili basilari dell'uomo" – "basilari", cioè, "per la continuazione della razza".<sup>52</sup> Più di sessanta anni dopo, la Corte ha dato a questo *dictum* la dignità di una decisione, citando *Skinner* tra vari precedenti che, implicando "precetti di libertà e uguaglianza", erano stati decisi "tanto secondo i principi del giusto processo quanto secondo quelli della parità di trattamento".<sup>53</sup>

Il quadro diventa più oscuro quando si arriva alla versione complessa del diritto di procreare. Da un lato, numerose decisioni della Corte Suprema hanno menzionato nella stessa frase "diritti di concepire e di allevare i propri figli".<sup>54</sup> In una di queste sentenze, la Corte ha notato espressamente che "la nozione solita di 'famiglia' implica relazioni biologiche, e la maggior parte delle [nostre] sentenze che riguardano la relazione tra genitori e figli hanno sottolineato questo elemento".<sup>55</sup> Dall'altro lato, ogni volta che padri non sposati hanno mosso rivendicazioni a una relazione legale con la propria prole, la Corte ha costantemente affermato che il legame genetico, di per sé, non garantisce a un individuo diritti genitoriali protetti dalla Costituzione.<sup>56</sup>

Sebbene i confini del diritto di procreare nella legge americana non siano affatto definitivi, i ricorrenti LGBT sostengono con sicurezza che le regole sulla PMA li violino. Ma questa ipotesi presenta dei rischi. Consideriamo, innanzitutto, i "danni espressivi"<sup>57</sup> alle famiglie non-biologiche che spesso partecipano alla rivendicazione del diritto di procreare. Proprio mentre gli sforzi LGBT di conquistare il diritto al matrimonio esaltavano le "aspirazioni delle coppie gay alla dignità del matrimonio" e alla loro "affinità all'ideologia sentimentale del matrimonio",<sup>58</sup> diventa particolarmente difficile affermare il diritto alla procreazione senza affermare – o almeno, essere condotti ad affermare – un'idea biogenetista di procreazione.



A loro merito, tuttavia, bisogna ricordare che i maggiori studi legali LGBT continuano a mantenere una distanza di sicurezza da argomentazioni basate esclusivamente sull'affinità biogenetica e da ogni retorica che possa sminuire la genitorialità nonbiologica. Alcuni legali tuttavia non sono altrettanto attenti. Una causa recente contro le direttive assicurative del New Jersey accusava la definizione eterosessista di infertilità offerta dalla legge, che violava il diritto costituzionale a procreare impedendo alle "donne in relazioni omosessuali" di avere figli nel "modo più efficace e più salutare possibile" e "negando ad alcune la possibilità assoluta di avere figli".<sup>59</sup> Cose paragonabili vengono affermate riguardo alla *surrogacy* gestazionale, spesso vista come "il solo mezzo attraverso cui una coppia gay possa avere figli".<sup>60</sup> Ricordiamoci anche la sorprendente argomentazione per cui i divieti alla *surrogacy* violerebbero la libertà riproduttiva perché, "dal punto di vista di una coppia la cui sola speranza di procreare è attraverso l'assistenza di un surrogato, una legge che criminalizza questa assistenza non è diversa da una legge che prescriva la sterilizzazione di un criminale condannato".<sup>61</sup> La stravagante analogia di questa argomentazione è tanto eloquente quanto il punto di partenza che dà per scontato. La straziante immagine di una coppia con una sola "speranza di procreare" inevitabilmente tradisce una preferenza per figli biologici che la maggior parte dei lettori presumibilmente condivide. E anche la maggior parte dei giudici. Recentemente, in una causa di separazione tra una madre di nascita e una madre genetica, una corte tra le più progressiste come la Corte Suprema della California ha dettagliatamente sostenuto "la santità della connessione biologica".<sup>62</sup>

Un linguaggio simile non produce soltanto un danno espressivo. Decisioni motivate dalla "santità" della genitorialità biogenetica potrebbero rafforzare dottrine costituzionali che delineano una netta distinzione tra relazioni familiari e non-familiari, biologiche e non-biologiche, le stesse dottrine che già ostacolano alcune delle riforme sulle adozioni più innovative evocate nella sezione precedente. In maniera simile, queste decisioni potrebbero incoraggiare i giudici impegnati in cause sulla custodia dei figli (in coppie omogenitoriali), incluse le dispute sulla dissoluzione del matrimonio, a "soppesare le connessioni genetiche...in favore del...genitore genetico".<sup>63</sup> Più generalmente, le decisioni che affermano il diritto di procreare in termini biogenetisti possono solo rafforzare quello che la professoressa Katharine Baker definisce regime di genitorialità "bionormativo".<sup>64</sup>

Questo è un regime i cui vizi affiancano, e possono superare, le virtù. Il suo modello "privato, esclusivo e binario" di genitorialità fa risparmiare soldi allo stato "identificando due fonti private di supporto finanziario per ogni bambino",<sup>65</sup> ma il risultato di tanta parsimonia sarebbe abominevole: una società in coda al mondo industrializzato per le prestazioni di assistenza sociale dirette ai bambini, e un sistema di supporto dell'infanzia che lascia milioni di minorenni in miseria. Tale regime dà forma a una sfera di autonomia preferita da alcuni genitori, ma la cui violazione è il prezzo per il supporto statale.<sup>66</sup> E mentre questo regime bionormativo dà senza dubbio un senso di sicurezza a molti individui, nel loro status legale, resta il fatto che il riconoscimento ufficiale di relazioni genitoriali funzionali o multiple è, come gli attivisti LGBT sostengono da molto tempo, a volte nel più alto interesse del bambino.

In breve, le argomentazioni riguardo all'accesso alla PMA basate su un diritto fondamentale alla procreazione si sviluppano su un terreno insidioso. I pericoli di queste argomentazioni, come abbiamo visto, sono biforcuti: essi corrono il rischio costante di esaltare la riproduzione biologica a spese dell'adozione, e invitano i giudici a insinuare la preferenza per le relazioni biologiche nel nostro diritto di famiglia e nella giurisprudenza costituzionale.

## Conclusioni

*The Argonauts*, uno dei pezzi di non-fiction creativa più acclamati negli ultimi anni, è un resoconto candido e teoreticamente sofisticato del viaggio verso la genitorialità dell'autrice Maggie Nelson, prima come madrina de facto per il figlio di Harry Dodge, artista video transgender, e poi come madre biologica del figlio che, usando il seme di un donatore, ha avuto con Dodge poco dopo il loro matrimonio. In tutto il libro, Nelson fa i conti con un'intricata massa di problemi formulati nei termini presi in prestito dalla filosofa Judith Butler: "Quando [e] come *i nuovi sistemi di parentela imitano gli assetti della vecchia famiglia nucleare* [e] quando e come essi radicalmente li ricontestualizzano in un modo che costituisce un ripensamento della parentela?"<sup>67</sup> A un certo punto nel *memoir*, Nelson deride "la nozione che avere figli sia il biglietto per accedere... a una vita piena", celebrando piuttosto la "lunga storia dei queers che si sono costruiti le proprie famiglie, siano esse composte da pari, o mentori, o amanti, o ex-amanti, o figli, o animali non-umani..." Altrove, tuttavia, l'autrice si dimostra turbata dall'idea che ci sia una necessaria "opposizione" tra "queerness e procreazione," e proporre di definire "la famiglia queer... come una categoria ombrello sotto cui fare bambini possa essere una sotto-categoria, piuttosto che il contrario".<sup>68</sup>

Questo articolo condivide la visione queer della famiglia a cui dà voce Nelson, come forma sociale che non esclude né privilegia la genitorialità riproduttiva. La sua critica non è rivolta alla procreazione LGBT, ma al pregiudizio biogenetico che segna in modi sottili ma significativi gli sforzi politici per facilitare l'accesso LGBT alle tecnologie riproduttive. Le raccomandazioni normative dell'articolo partono in maniera prevedibile da questo punto. Gli attivisti LGBT dovrebbero far tesoro della gloriosa tradizione anti-biogenetista del loro movimento, perseguire obiettivi altrettanto audaci per le adozioni quanto sono quelli perseguiti per la PMA, e mostrare moderazione e sensibilità, nell'invocare il diritto di procreare, talvolta perfino evitando di farlo.

Disconoscere il doppio standard PMA-adozioni ed evocare con maggiore cautela il diritto alla procreazione produrrebbe chiaramente dei vantaggi per molti individui LGBT che adottano o che potrebbero volerlo fare, e anche per le migliaia di famiglie adottive che le persone LGBT hanno già creato. Meno ovvio, forse, è ciò che potrebbero guadagnare gli utenti di tecnologie riproduttive del passato, del presente e del futuro. Non dobbiamo dimenticare che questi procreatori non convenzionali si trovano essi stessi lontani dai vertici delle gerarchie del biogenetismo. La loro necessità di avere una prole attraverso le tecnologie di riproduzione assistita, il loro fallimento nel procreare "naturalmente", li rende inadeguati all'in-

terno un sistema di parentela che pone il coito come simbolo primario e considera i figli come incarnazione dell'amore coniugale. All'interno di questo sistema dominante, le tecnologie di riproduzione promettono, nel migliore dei casi, un'esangue imitazione della "cosa vera".<sup>69</sup>

In conclusione, quindi, lo stesso biogenetismo impiegato per spiegare la crescita della PMA sminuisce quelle stesse famiglie che la PMA rende possibili. Questa ideologia sminuisce anche l'adozione, ovviamente, ma dal momento che l'adozione, nella sua forma paradigmatica, non ha alcuna base biologica, si estende maggiormente ed è meno equivoca nella sua sfida al dogma che la svaluta. Finché l'adozione sarà vista come inferiore, le famiglie create con la PMA soffriranno necessariamente la stessa sorte, perché le famiglie create grazie alla PMA condividono lo stesso difetto immaginario. La procreazione assistita non potrà essere uguale finché non lo sarà anche l'adozione.

#### NOTE

\* Michael Boucai è Professore associato di Diritto presso la State University of New York at Buffalo. Questo articolo è dedicato alla memoria di Eva Klein Boucai.

1 Questo saggio deriva da un articolo pubblicato nel 2016 su *The Wisconsin Law Review*, accessibile ai link [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm%3Fabstract\\_id=2906503](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm%3Fabstract_id=2906503) e <http://wisconsinlawreview.org/wp-content/uploads/2017/01/Boucai-Final.pdf> (ultima consultazione 27 maggio 2019). Oltre ad essere considerevolmente più lungo, l'articolo originale contiene numerose citazioni omesse nella versione attuale. La traduzione dall'inglese è di Vincenzo Bavaro.

2 Prendo in prestito l'espressione da Valerie Lehr, *Queer Family Values*, Temple University Press, Philadelphia 1999.

3 L'infertilità medica che molte persone transgender vivono a causa di interventi ormonali e/o anatomici, e l'infertilità "strutturale", "relazionale", o "costruttiva" di persone in relazioni omosessuali.

4 Per una descrizione più sostanziale della discriminazione da impatto inuguale, vedere *infra* note 39-40 e il testo che le accompagna.

5 Si veda Glenn Blain, "Gay Rights Advocates Fight to Lift Ban on Paying Surrogate Moms", *New York Daily News*, 15 gennaio 2014; Lou Chibbaro, "Catania Introduces Surrogacy Bill", *Washington Blade*, 16 gennaio 2013.

6 Erez Aloni, "Cloning and the LGBTI Family", *New York University Review of Law and Social Change* 35 (2011), pp.1, 62-76.

7 Si veda per esempio "Colorado and Mississippi – "Personhood" Amendments on November Ballots", *Proud Parenting*, 29 aprile 2010; J.C. O'Connell, "GLBT Issues Quiet but Powerful in Presidential Campaign", *Colorado Independent*, 26 settembre 2008.

8 Kimberly M. Mutcherson, *The New Kinship is the Old Kinship*, 11 dicembre 2014 (manoscritto inedito, in possesso dell'autore).

9 Richard F. Storrow, "Marital Status and Sexual Orientation Discrimination in Infertility Care", *Law Journal of Social Justice* 3 (2012), pp. 99, 110.

10 Stu Marvel, "'Tony Danza Is My Sperm Donor?': Queer Kinship and the Impact of Canadian Regulation Around Sperm Donation", *Canadian Journal of Women and Law* 25 (2013), pp. 221, 229.

11 Valarie Blake, "It's an ART Not a Science: State-Mandated Insurance Coverage of Assisted Reproductive Technologies and Legal Implications for Gay and Unmarried Persons", *Minnesota Journal of Law, Science and Technology* 12 (2011), pp. 651, 701.

- 12 E-mail da Sarah Gersten, Co-Presidente della Harvard Law School Lambda, all'autore (25 marzo 2015; in possesso dell'autore).
- 13 Si veda *National LGBT Bar Association, 2015, Lavender Law Conference and Career Fair* (programma del convegno), 2015, pp. 40-45.
- 14 Kaiponanea T. Matsumura, "Public Policing of Intimate Agreements", *Yale Journal of Law and Feminism* 25 (2013), pp. 159, 165 (corsivo mio).
- 15 Il "fertility tourism" è una specie di turismo medico. Vedi I. Glenn Cohen, "Circumvention Tourism", *Cornell Law Review* 97 (2013), pp. 1309, 1323.
- 16 Storrow, "Marital Status", cit., p. 108.
- 17 Si veda, per esempio, S.J. Barrett, "For the Sake of the Children", *Brooklyn Law Review* 73 (2008), pp. 695, 714.
- 18 Maureen Sullivan, *The Family of Woman: Lesbian Mothers, Their Children, and the Undoing of Gender*, University of California Press, Berkeley e Los Angeles 2004, p. II.
- 19 Peter Nicolas, "Straddling the Columbia: A Constitutional Law Professor's Musings on Circumventing Washington State's Criminal Prohibition on Compensated Surrogacy", *Washington Law Review* 89 (2014), p. 1281. Il riferimento qui è a *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942), che rese invalida una legge che richiedeva la sterilizzazione di alcune classi di condannati.
- 20 Susan Martha Kahn, *Reproducing Jews: A Cultural Account of Assisted Conception in Israel*, Duke University Press, Durham 2000, pp. 102-103.
- 21 Timothy F. Murphy, "Assisted Gestation and Transgender Women", *Bioethics* 29 (2015), pp. 389, 393.
- 22 Jill Johnson, "Selections from *Lesbian Nation*", Barbara Crow, a cura di, *Radical Feminism: A Documentary Reader*, New York University Press, New York 2000, p. 351.
- 23 "Emancipation of Wives," *The Effeminist*, Fall (1971), pp. 3, 15.
- 24 A. N. Diaman, *Gay Flames Collective, On Sex Roles* (1971); *Third World Gay Revolution, What We Want, What We Believe* (1971), ristampati in Karla Jay, Allen Young, a cura di, *Out Of the Closet*, New York University Press, New York 1972.
- 25 Raewyn W. Connell, *Gender and Power*, Stanford University Press, Stanford 1987, p. 36 (sulla descrizione di come il lavoro teoretico dei liberazionisti gay dell'inizio degli anni Settanta generalmente vedeva la famiglia).
- 26 Dennis Altman, *Homosexual: Oppression and Liberation*, Pendulum Press, West Haven, 1971, p. 124.
- 27 Sidney Abbott e Barbara Love, *Sappho Was a Right-On Woman*, Stein and Day, New York 1972, p. 145.
- 28 Guy Hocquenghem, *The Screwball Asses*, (trad. di Noura Wedell), Semiotext(e) - MIT Press, Boston 2010 [1973], p. 39.
- 29 Jack Onge, *The Gay Liberation Movement*, Alliance Press, New York 1971, p.53.
- 30 Guy Hocquenghem, *Homosexual Desire*, (trad. Daniella Dangoor), Duke University Press, Durham 1993 [1972], p. 150.
- 31 Lee Edelman, *No Future*, Duke University Press, Durham 2004, pp. 3, 7, 13, 22, 40.
- 32 Altman, *Homosexual*, cit.
- 33 Michael Warner, *Fear of a Queer Planet*, University of Minnesota Press, Minneapolis 1993, p. 9.
- 34 "Gay Love", *Seattle Gay Liberation Front Newsletter*, 23 febbraio 1971, 1.
- 35 Judith Halberstam, *In a Queer Time and Place*, New York University Press, New York 2005, p. 5.
- 36 Kath Weston, *Families We Choose: Lesbians, Gays, and Kinship*, Columbia University Press, New York, 1987, pp. 29, 35, 74, 109-10.
- 37 Ivi, p. 210.
- 38 Vedi "Brief for Petitioner" 71-72, *Gartner v. Iowa Dep't of Pub. Health*, 830 N.W.2d 335 (Iowa 2013) (No. 12-0243).
- 39 Ivi (cita Susan Frelich Appleton, "Presuming Women", *Boston University Law Review* (11.86) 2006, pp. 227, 229).
- 40 Pamela L. Perry, "Two Faces of Disparate Impact Discrimination", *Fordham Law Review* (59)

1991, pp. 523, 526; Richard A. Primus, "Equal Protection and Disparate Impact: Round Three", *Harvard Law Review* (117) 2003, pp. 494, 519-520.

41 Perry, "Two Faces", cit., p. 526.

42 Judith Daar, "The Prospect of Human Cloning", *Seton Hall Law Review* 33 (2003), pp. 511, 540.

43 Kimberly M. Mutcherson, "Transformative Reproduction", *Journal of Gender Race and Justice* 16 (2013), pp.187, 217.

44 Blake, "It's an ART Not a Science", cit., p. 701.

45 Marsha Garrison, "Law Making for Baby Making", *Harvard Law Review* 113 (2000), pp. 835, 859.

46 Primus, "Equal Protection", cit., pp. 518-19.

47 Entrambi questi risultati sono largamente spiegati dallo stress distintivo di crescere come queer in una società omofoba e transfoba. Si veda Gary J. Gates, "Marriage and Family: LGBT Individuals and Same-Sex Couples," *Future of Children* 25.2 (2015), pp. 67 e 73.

48 Per una convincente argomentazione sul perché servano maggiori, piuttosto che minori, protezioni e disposizioni giuridiche di questo tipo si veda Dorothy Roberts, *Shattered Bonds*, Civitas Books, New York 2002.

49 E-mail da Johanna Oreskovic, SUNY Buffalo Law School, all'autore (10 Settembre 2015).

50 Si veda per esempio Katherine T. Bartlett, *Rethinking Parenthood as an Exclusive Status*, 70 VA. L. REV. 879 (1984); Josh Gupta-Kagan, *Non-Exclusive Adoption and Child Welfare*, 66 ALA. L. REV. 715 (2015); Laura T. Kessler, *Community Parenting*, 24 WASH. U. J.L. & POL'Y 47 (2007); Susan Vivian Mangold, *Extending Non-Exclusive Parenting and the Right to Protection for Older Foster Children*, 48 BUFF. L. REV. 835 (2000).

51 Si veda *In re Baby M.*, 537 A.2d 1227, 1253 (N.J. 1988).

52 U.S. 535, 537 (1942).

53 *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584, 2604 (2015).

54 Si veda per esempio *Hodgson v. Minnesota*, 497 U.S. 417 (1990); *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645, 651 (1972).

55 *Smith v. Org. of Foster Families for Equal. & Reform*, 431 U.S. 816 (1977).

56 Si veda *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989); *Lehr v. Robertson*, 463 U.S. 248 (1983); *Caban v. Mohammed*, 441 U.S. 380 (1979); *Quilloin v. Walcott*, 434 U.S. 246 (1978).

57 Richard H. Pildes e Richard G. Niemi, "Expressive Harms, 'Bizarre Districts,' and Voting Rights", *Michigan Law Review* 92 (1993), pp. 483, 506-07.

58 Michael Boucai, "Glorious Precedents: When Gay Marriage Was Radical", *Yale Journal of Law* 27 (2015), pp. 1 e 76.

59 Second Amended Complaint at 1, 17-18, *Krupa v. Porrino*, No. 16-cv-4637, (D.N.J. Oct. 13, 2016) (corsivo mio).

60 Kristine S. Knaplund, "Children of Assisted Reproduction", *University of Michigan Journal of Law Reform*, 45 (2012), pp. 899 e 930 (corsivo mio).

61 Nicolas, "Straddling the Columbia", cit., p. 1281.

62 D.M.T. v. T.V.H., 129 So. 3d 320, 335 (Fla. 2013).

63 Jessica Feinberg, "Consideration of Genetic Connections in Child Custody Disputes Between Same Sex Parents", *Missouri Law Review* 81 (2016), pp. 331, 338.

64 Katharine K. Baker, "Bionormativity and the Construction of Parenthood", *Georgia Law Review* 42 (2008), p.649.

65 Ivi, pp. 671, 677, 692-96, 701 n.259.

66 Ivi, pp. 678-81.

67 Maggie Nelson, *The Argonauts*, Graywolf Press, Minneapolis 2015, p. 14. (che cita "The Body you Want: Liz Kotz Interviews Judith Butler", *Artforum*, Novembre 1992, p. 82).

68 Ivi, pp. 13, 71-72.

69 Si veda Naomi Cahn, "Perfect Substitutes or the Real Thing?", *Duke Law Journal* 52 (2003), p. 1077.