

Famiglia e diritto

Giancarlo Cerrelli



Avvocato
Cassazionista e
Canonista. Esperto
in diritto della
persona, della
famiglia e dei minori.

1. Cos'è il diritto.

Il diritto, un tempo¹, non era scritto nel comando di un principe, in un testo autoritario, ma era un ordine² scritto nelle cose, nelle cose fisiche e nelle cose sociali, dove con occhi umili poteva essere letto e tradotto in regole di vita. Prima c'era il diritto, il potere politico veniva dopo.

L'essenza del potere politico, infatti, consisteva nello *ius dicere*, nel dire il diritto. Questo era inteso come una realtà preesistente che il potere non creava, non pretendeva di creare, non sarebbe stato in grado di creare; che poteva invece soltanto dire, dichiarare³. Il contenuto della *lex* era sostanziale e prioritario rispetto ai redattori della *lex*. I suoi redattori, difatti, non potevano agire a piacimento, ma dovevano attingere a quel serbatoio sottostante e preesistente che è l'ordine giuridico, cioè a quel complesso di regole razionali conformi e congeniali alla natura e, per ciò stesso, alla volontà di Dio, unico e vero creatore di diritto, unico autentico legislatore⁴. La *lex*, secondo una definizione che ne dà Cicerone “*est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea quae faciendasunt, prohibetque contraria*”⁵.

La *lex*, dunque, non era una volontà, non era legata al soggetto detentore del potere politico, ma era una realtà obiettiva.

Il precetto aveva un contenuto oggettivo che consisteva in un ordinamento, che era esclusivamente demandato alla ragione.

1.1. Il diritto tradito.

Si fa strada, tuttavia -dal 1300 in poi, con una marcia sempre più decisa- una trasformazione della mentalità⁶ che propizia un nuovo

stato di cose fondamentalmente diverso da quello che era giunto al suo apogeo nei secoli XII e XIII.

Il diritto inteso come ciò che è giusto, pur essendo una prospettiva antica quanto i giuristi romani, è andata praticamente scomparendo a partire dal XIV secolo sostituita dal soggettivismo (il diritto come diritto soggettivo) e poi dal normativismo (il diritto come norma), teoria quest'ultima ancora dominante⁷.

Tale grande processo⁸ storico è tutto proteso a liberare l'individuo da quella contemplazione sacrale dell'universo⁹ a cui fino ad allora era orientato.

Emerge, dunque, una netta distinzione tra la logica del diritto e quella della morale¹⁰.

La moralità del diritto, in tale epoca, è identificata in una moralità pubblica (la “ragion di Stato”) che costruisce il sistema delle azioni sociali, come azioni obiettive e verificabili, destinate a coordinarsi e a potenziarsi reciprocamente e a essere sostenute dalla minaccia e dall'applicazione di sanzioni; al contrario, all'etica tradizionale è riconosciuto, invece, un carattere eminentemente privato, privo di una reale valenza operativa¹¹.

Si traccia, dunque, il passaggio da una certa indifferenza verso larghe zone del giuridico a una psicologia, da parte del nuovo “Principe”, di occhiuta attenzione, un atteggiamento invadente, un coinvolgimento sempre maggiore nella produzione del diritto.

La legge non è più intesa nella sua accezione vaga della *lex* cara a san Tommaso che tendeva a sfumarsi nello *ius*, ma nel significato stringente della *loy*, legge in senso moderno, volizione autoritaria del detentore della nuova sovranità e caratterizzata dagli attributi della generalità e della rigidità.

Se il pensiero classico (greco-romano e cristiano) aveva determinato l'essenza del diritto entro il quadro del giusto/ingiusto e del morale/immorale e aveva affermato la moralità della categoria giuridica in base alla sua corrispondenza con la natura umana, il pensiero della modernità, invece, risolve il problema della qualificazione del diritto facendo ricorso alla nozione di "amoralità". E' negata, cioè, una verità comune propria dell'essere umano. Il diritto di viene, pertanto, una categoria tipologicamente amorale sganciata dal riferimento al valore e alla comprensione dell'uomo con riferimento alla sua natura ontologica.

Il rispetto del diritto, pertanto, non si basa più sulla sua giustizia, bensì sulla sua efficacia, cioè sulla sua capacità di imporsi e farsi obbedire, mediante la sua forza coercitiva.

Smarrita la consapevolezza del fondamento ontologico della relazionalità propria dell'essere umano, l'io, la morale e il diritto sono interpretati nell'orizzonte di quella che Sergio Cotta ha definito come la "metafisica del soggetto assoluto"¹².

1.2. Dal diritto ai diritti umani.

Si apre ampia strada, così, all'arbitrio che presenta come "diritti", autentici anti-diritti in quanto atti contrari all'ordine naturale oggettivo.

Il fondamento dei nuovi diritti umani sta esclusivamente nella libertà di scelta del soggetto, nell'autodeterminazione assoluta, nella trasformazione in "diritto umano" di ogni atto libero del soggetto o di ogni atto al cui compimento il soggetto presta il consenso.

Si tendono, così, ad esaltare i cd. "diritti umani", intesi come esercizio illimitato della libertà, negando, però, il loro fondamento (un ordine naturale oggettivo spontaneamente conosciuto dall'intelligenza).

2. La famiglia e il matrimonio.

Di tale trasformazione culturale e giuridica ne ha risentito anche la famiglia.

Se è vero che il cristianesimo ha dato una dignità prima sconosciuta alla famiglia, è, tuttavia da evidenziare che anche le culture pagane conoscevano il valore del matrimonio.

3. La Rivoluzione attacca la famiglia.

Inizia, dalla decadenza del Medioevo, un processo di distruzione di tutti i legami naturali e cristiani che avevano permeato la civiltà europea.

Tale processo è stato denominato dal pensatore brasiliano Plinio Corrêa de Oliveira: "Rivoluzione"¹³. Tale processo ha tra i suoi obiettivi primari distruggere la famiglia.

4. Il Sessantotto.

In tale prospettiva, una tappa decisiva del processo rivoluzionario orientata al depotenziamento e alla ri-definizione della famiglia è stata quella che si è rivelata nei tumulti studenteschi del 1968.

Quella del '68 è stata una rivoluzione culturale che ha proclamato il divieto di vietare e il primato del desiderio. Aborto e anticoncezionali liberi, droga legalizzata, rifiuto di ogni morale sessuale che sono diventate parole d'ordine del movimento degli studenti. E' con tale Rivoluzione che lo scardinamento del matrimonio e della famiglia arriva anche in Italia.

L'Italia rispetto agli altri Paesi europei aveva resistito di più alla rivoluzione contro la famiglia, grazie alla forte presenza della Chiesa Cattolica.

Il testo della Costituzione italiana, rispetto alle altre Costituzioni europee, aveva, d'altra parte, definito la struttura della famiglia in maniera assai più rigida. L'art. 29 Cost. riconosce, infatti, i diritti della famiglia e la definisce "società naturale" e pone a suo fondamento il matrimonio; pur affermando il principio della parità fra i coniugi, autorizza, altresì, il legislatore a porre limiti all'uguaglianza «a garanzia dell'unità familiare». Chiamandola "società naturale", invero, la Costituzione vuole dire che la famiglia nella

sua struttura profonda non è creata dallo Stato, ma che è ad esso preesistente; è sottratta alla sua volontà manipolatrice; non è soggetta neppure allo “spirito del tempo”.

Fino alla metà del Novecento (in Italia sino agli anni Settanta) la famiglia è tutelata come “gruppo familiare” portatore di un “interesse superiore” a quelli dei singoli membri e ciò al fine di proteggere la stabilità della famiglia per il bene dell’intera società. Con il Sessantotto, tuttavia, furono attuate, in vari Paesi d’Europa, tutta una serie di riforme d’ispirazione “egualitaria” che hanno interessato in modo rilevante l’istituto familiare.

5. Il diritto come strumento della Rivoluzione.

Anche l’Italia cede a tali riforme. Una serie d’interventi legislativi e giurisprudenziali hanno, di fatto, contribuito in maniera decisiva a ridefinire, anche in Italia, la concezione di famiglia¹⁴:

- a) Le sentenze della Corte Costituzionale del 19 dicembre 1968, n. 126 e del 3 dicembre 1969, n. 147 che hanno dichiarato incostituzionali i reati di adulterio e di concubinato.
- b) La L. 1° dicembre 1970, n. 898, che ha introdotto il divorzio (rectius lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario), poi confermato per referendum nel 1974 -e ciò si pensi avviene oltre quattro secoli dopo la Gran Bretagna, quasi due secoli dopo la Francia-, infliggendo il colpo di grazia al principio d’indissolubilità del matrimonio;
- c) La Riforma del diritto di famiglia, attuata con L. 19 maggio 1975 n. 151;
- d) La L. 29 luglio 1975 n. 405 sui consultori familiari, che con la pretesa di garantire una riproduzione cosciente e responsabile ha propiziato, in realtà, una diffusione massiccia degli anticoncezionali che ha rivoluzionato il costume, facendo dell’Italia nel XXI secolo uno dei Paesi al mondo con il più basso tasso di natalità; ultima in ordine di tempo, ma non di importanza;
- e) La L. 22 maggio 1978 n. 194, che ha introdotto l’aborto, legge poi confermata per referendum nel 1981;
- f) La L. 19 febbraio 2004, n. 40, che ha introdotto la procreazione medicalmente assistita. Se, infatti, con l’uso della pillola l’atto sessuale è stato sganciato dalla riproduzione, con la fecondazione artificiale la riproduzione è stata disgiunta dalla sessualità;
- g) La L. 10 dicembre 2012, n. 219 e il D. Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, provvedimenti che hanno riformato la filiazione e la parentela eliminando la distinzione tra figli legittimi e naturali.
- h) Il D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito in legge, con modifiche, dalla L. 10.11.2014, n. 162, ha introdotto nel nostro ordinamento la convenzione di negoziazione assistita da parte di uno o più avvocati per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.
- i) La L. 6 maggio 2015, n. 55, modifica la legge sul divorzio portando lo scioglimento a dodici mesi dall’avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale e da sei mesi nel caso di separazione consensuale;
- l) La L. 20 maggio 2016, n. 76 sulla “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze.

5.1. L’interesse del minore e la riforma della filiazione

Con il Sessantotto s’impone, infatti, anche sul piano giuridico, il cosiddetto “interesse del minore” -un concetto che assume un’importanza fondamentale nelle attuali legislazioni familiari, pur se troppo indeterminato e suscettibile d’interpretazioni molto diverse- che acquista una centralità mai avuta in precedenza. Nella regolazione dei rapporti tra genitori e figli è posto rilievo non sui diritti dei genitori, bensì sui loro doveri di cura e di educazione nei confronti dei figli.

Tale spostamento di prospettiva è, infatti, in linea con la tendenza consolidatasi in maniera sempre più evidente negli ultimi anni, che ritiene che sia sufficiente che un bambino riceva -per perseguire il suo «miglior interesse»- «soltanto affetto e cura» e non è importante da chi. Tale assunto, tuttavia, è funzionale a quella prospettiva ideologica che privilegia, ormai da tempo, una non meglio precisata «genitorialità sociale o relazionale» a quella biologica e che tende ad allargare la platea dei potenziali genitori, anche adottivi, non solo ai coniugati, ma anche alle persone dello stesso sesso, ai single e ai conviventi. Il rapporto genitoriale, tuttavia, non è riducibile soltanto all'«affetto e alla cura» che possono essere destinati anche verso chi non è figlio e addirittura per un animale o una pianta. Un bambino, invero, ha diritto di godere della ricchezza e della bellezza di essere educato, allevato e accarezzato da due figure complementari e differenti sessualmente, quali sono un papà e una mamma; ha bisogno di una «vera famiglia» non di un simulacro di famiglia.

È singolare, tuttavia, che con il pretesto di superare discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, si finisca per discriminare dei bimbi innocenti e ciò solo per soddisfare il desiderio degli adulti.

È da tener conto che le tendenze che si agitano a favore di una genitorialità sociale hanno il fine di decostruire la genitorialità da sempre fondata sul dato biologico e naturale allo scopo di ridefinire quella che l'antropologia da sempre ha riconosciuto come famiglia fondata sul matrimonio. Tale processo di rivoluzione antropologica che mira a ridefinire la famiglia è sostenuto da un uso spregiudicato del diritto, che ormai sganciato dal riferimento alla legge naturale, è usato come strumento per rafforzare tali pretese culturali, che tendono a banalizzare sempre più il dato biologico della filiazione.

Dal punto di vista giuridico questa costruzione antropologica è avvenuta a piccoli passi nel corso degli ultimi cinquanta anni.

Fino alla riforma del 1975 la filiazione legittima era nettamente distinta da quella illegittima; la prima godeva di una considerazione

legale, cui corrispondeva identica valutazione sociale, di assoluta preminenza.

Il modello familiare accettato -e quindi legittimo perché conforme al diritto ed al costume- era quello fondato sul matrimonio, che rappresentava l'unico ambito in cui la filiazione trovava dignità e piena protezione; il presupposto implicito del sistema -ben avvertito nel costume sociale- era che la filiazione per essere lecita dovesse sempre originare da genitori uniti in matrimonio. Il matrimonio all'epoca era indissolubile e conferiva legittimità alla prole. «Solo i figli concepiti nel matrimonio ricevevano una vera ed integrale tutela; i nati da unioni di fatto o da rapporti occasionali, specie se in conflitto col vincolo matrimoniale, subivano un trattamento deteriore. L'obiettivo della legge non era tanto quello di discriminare le categorie di figli sulla base di valutazioni etiche, quanto di conferire dignità e quindi rafforzare la sola famiglia legittima, intesa quale unica entità sociale e giuridica -vera e propria istituzione- capace di assolvere ai compiti di mantenimento, istruzione ed educazione necessari per assicurare una ordinata vita sociale; ed altresì come struttura in grado di garantire la conservazione e la trasmissione del patrimonio»¹⁵.

Dalla riforma del 1975 la legge ha profondamente mutato prospettiva: alla filiazione naturale si è data la stessa dignità di quella legittima, attraverso la sostanziale parificazione tra le due categorie di figli¹⁶.

È stata, però, la *L. 10 dicembre 2012, n. 219* a compiere il passo decisivo per l'unificazione dello *status* di figlio e a fornire la svolta per una ri-definizione dell'istituto familiare.

Tale legge, infatti, «ha proclamato il principio dell'unicità dello stato di filiazione» e dunque, il venir meno della distinzione tra figli legittimi e naturali; principio condivisibile in sé, ma con il chiaro obiettivo di ridefinire l'istituto familiare. Il superamento, infatti, di tale distinzione, salutata da molti con favore, propizia, invero, un sotteso depotenziamento dell'istituto del matrimonio. Si realizza, infatti, quella separazione tra filiazione e matrimonio in forza della quale la condizione giuridica del figlio è tutelata in

ogni ordine di rapporti come valore autonomo e indipendente dal vincolo eventualmente esistente tra i genitori. La separazione tra filiazione e matrimonio è, così, l'attuazione di un progetto teso a svuotare di contenuto e a banalizzare l'istituto matrimoniale. Già la legge 19/02/2004 n. 40 sulla regolamentazione della procreazione medicalmente assistita, all'art. 5, aveva ammesso tra coloro che potevano accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita anche i conviventi, così superando ideologicamente, nella quasi totale indifferenza, la concezione che considerava il matrimonio come luogo della procreazione.

Con la l. n. 219/2012 («*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*»), alla quale ha fatto seguito il d.lgs. n. 154/2013 («*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012 n. 219*») «il

rapporto giuridico di filiazione non conosce più distinzioni o graduazioni e soprattutto prescinde radicalmente dall'esistenza o meno di un rapporto di coniugio tra i genitori»¹⁷.

Se funzione del matrimonio era prima della riforma del 1975, quella di garantire la nascita di figli, evidentemente legittimi, da educare ai valori «d'ordine» condivisi dalla società, e cui infine trasmettere l'eredità¹⁸; la riforma della filiazione del 2012 è, al contrario, un tassello fondamentale per la ri-definizione radicale dell'istituto familiare.

Tanto è vero che tale riforma è stata salutata come «una svolta nell'evoluzione del diritto italiano delle persone e della famiglia, dopo anni di stagnazione e che [...] assieme alle grandi riforme degli anni sessanta - ottanta (il divorzio, il nuovo diritto di famiglia, l'aborto ...) segna appunto una possibile inversione di tendenza, che potrebbe aprire le porte ad altre ed indispensabili riforme»¹⁹.

Il processo rivoluzionario del diritto, non è stato casuale, ma è stato voluto, teorizzato, preordinato, elaborato e attuato da giuristi militanti, che sapientemente, hanno saputo

dettare i tempi di attuazione di tali riforme, riuscendo, in modo pedagogico, a far digerire al popolo italiano, per mezzo del diritto, delle riforme sociali strutturali che sono tese a far mutare le basi antropologiche del vivere sociale.

6. *L'autonomia individuale e il diritto di autodeterminazione.*

La riforma del diritto di famiglia ha favorito -nella prospettiva egualitaria- l'autonomia individuale e la realizzazione delle esigenze umane dei singoli membri della compagine familiare a dispetto dell'interesse superiore del «gruppo» che trascendeva gli interessi individuali. Tale prospettiva, tuttavia, ha aperto, di fatto, la strada all'esercizio del cosiddetto «diritto di autodeterminazione»²⁰ da parte di ciascun membro della famiglia.

Per comprendere il rovesciamento di prospettiva che ha subito la famiglia è utile constatare come ormai la separazione personale dei coniugi sia intesa dal legislatore come uno strumento di auto-tutela del coniuge, il quale può chiedere di separarsi quando, anche se non vi siano responsabilità soggettive specifiche, non ricorrano più le condizioni per la convivenza²¹.

È sufficiente, così, il venir meno dell'*affectio coniugalis*, che si realizza quando dal comportamento di almeno uno dei coniugi si deduca chiaramente la sua volontà di troncare la convivenza²² per avere diritto alla separazione e in seguito al divorzio.

Conseguenza di ciò è stato, nel corso degli anni e fino ad oggi, l'incremento del numero delle separazioni e dei divorzi, anche, grazie a una legislazione orientata a consentire con sempre maggiore facilità di mettere fine al rapporto matrimoniale²³.

E' opportuno, altresì, evidenziare che l'introduzione del divorzio e la riforma del diritto di famiglia hanno realizzato la «privatizzazio-

Nella regolazione dei rapporti tra genitori e figli è posto rilievo non sui diritti dei genitori, bensì sui loro doveri di cura e di educazione nei confronti dei figli

ne” del rapporto coniugale, inteso come relazione interindividuale legata alla permanenza del consenso²⁴ e finalizzato alla realizzazione non già di un “interesse superiore” della famiglia bensì degli interessi individuali dei suoi membri²⁵.

Tale prospettiva troverà poi rispondenza nella concezione della vita familiare come interesse protetto nell’alveo della tutela della sfera privata e della libertà di autodeterminazione quale emerge dall’art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti Umani e riproposta dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea all’art. 7.

7. L’influenza dell’ideologia gender.

Per perseguire l’obiettivo tale rivoluzione antropologica si avvale dello strumento del diritto²⁶. Tra i principali artefici di questa rivoluzione vanno annoverati i promotori dell’ideologia *gender*²⁷ e dell’ideologia *gay*²⁸, che perseguono un obiettivo simbolico²⁹ formidabile: quello di parificare le unioni di persone dello stesso sesso alle unioni matrimoniali che solo, per diritto naturale e per fondamentale riconoscimento costituzionale (art. 29 Cost.), costituiscono la famiglia³⁰. La strategia giuridica spesso adottata vorrebbe imporre attraverso provvedimenti giurisdizionali ciò che non è contemplato dalla legge.

L’ideologia del “gender”, per un preteso superamento delle disuguaglianze di genere, mortifica profondamente, invece, la bellezza della differenza sessuale, prediligendo, al suo posto, una sterile neutralità dei ruoli sociali e delle relazioni tra i sessi, che offende gravemente la ricchezza che l’umano porta in sé.

8. Il nuovo paradigma dei diritti umani.

Questo nuovo paradigma dei “diritti umani”³¹ è stato promosso, fin dagli anni ‘50 del secolo scorso, avvalendosi, tra l’altro, dell’appoggio dell’Organizzazione Mondiale della Sanità e della Banca mondiale³² e ha trovato un nuovo slancio per la sua attuazione dalle Conferenze del Cairo del 1994 e di Pechino

del 1995; invero, mentre la conferenza del Cairo ha posto le basi del nuovo modello etico del “diritto alla salute riproduttiva”, quella di Pechino ha eretto il concetto di “genere” come pilastro normativo, politico, sociale ed economico del nuovo ordine mondiale, invitando i governi a “diffondere l’Agenda di Genere” in ogni programma politico e in ogni istituzione sia pubblica che privata. Come ha notato Mary Ann Glendon, due fattori contribuiscono all’avvicinamento fra i sistemi di diritto di famiglia a livello globale: l’emancipazione femminile e l’affermazione dei diritti umani nell’agenda internazionale³³.

9. Può esistere il matrimonio omosessuale?

E’ secondo questa impostazione che potenti *lobbies* sono riuscite a far istituzionalizzare in vari Stati i matrimoni e le unioni *gay*, spesso con l’adesione delle Corti di giustizia poste ai vertici degli apparati giurisdizionali.

Il matrimonio tra persone dello stesso sesso, infatti, spesso indicato come matrimonio omosessuale o matrimonio *gay*, è consentito dalla legge di diversi Paesi³⁴.

Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è una delle principali rivendicazioni della militanza omosessuale. Tale richiesta politica nasce dall’esigenza di eliminare dalle legislazioni la disparità di trattamento fra unioni eterosessuali e unioni omosessuali, sul presupposto che il rapporto omosessuale sia una espressione della sessualità e che il diritto al matrimonio sia un diritto inalienabile della persona³⁵. In realtà, tale richiesta politica, che anche in Italia è stata posta all’attenzione del Parlamento³⁶, cela una forte valenza ideologica e simbolica; pretende, cioè, nella prospettiva, cara all’ideologia del “gender”, di superare le differenze sessuali, portatrici di disuguaglianza, per propiziare un’indifferenziazione sessuale, che procede proprio dalla pretesa di equiparare l’unione di un uomo e di una donna fondata sul matrimonio a un’unione di due persone dello stesso sesso. Tali unioni omosessuali, tra l’altro, soddisfanno anche un’ultima pretesa simbolica: quella di rendere genitori legali due persone dello

stesso sesso. Le legislazioni dei Paesi che disciplinano le unioni o i matrimoni omosessuali, infatti, prevedono in esse -e quando non lo fanno ci pensano a farlo le Corti di giustizia- anche il diritto di adozione a favore dei partner omosessuali. Il diritto, in questi casi, è usato come strumento per cambiare artificialmente il dato naturale e la cultura dei popoli.

Non sfugge agli occhi di un attento osservatore che è in corso un *pressing* da parte delle istituzioni comunitarie e dei giudici di Strasburgo per imporre colore e tonalità alle legislazioni degli Stati nazionali in tema di matrimonio e famiglia e, per l'intima connessione, in tema di filiazione, fecondazione ed educazione.

N'è un esempio la Risoluzione del Parlamento Europeo del 24 maggio 2012 sulla lotta all'omofobia in Europa, che "ritiene che i diritti fondamentali delle persone LGBT³⁷ sarebbero maggiormente tutelati se esse avessero accesso ad istituti giuridici quali la coabitazione, unione registrata o matrimonio; plaude al fatto che sedici Stati membri offrano queste opportunità e invita gli altri Stati membri a prendere in considerazione tali istituti".

Il vero discrimini, dunque, è fra legislazioni *gender friendly* e legislazioni *not gender friendly*; e ciò vale anche per quei paesi che intendono accedere all'Unione Europea, obbligati a ratificare la Convenzione per i Diritti Umani e, quindi, a fare i conti con l'interpretazione creativa della Corte di Strasburgo.

Laddove il gender va inteso come nuovo pilastro attorno al quale rimodellare non solo la disciplina del matrimonio e della famiglia, ma anche adozione, fecondazione e programmi educativi, introducendo anche una sorta di neo-lingua giuridica (progenitore A e B in luogo di padre e madre; gestazione per altri in luogo di utero in affitto; ovo donazione in luogo di vendita di ovuli femminili, ecc.).

In tale ottica, una grande importanza, nei vari Stati, hanno avuto le normative anti-

omofobia che hanno perseguito una duplice funzione: quella di mettere, per un verso, definitivamente fuori gioco la prospettiva di un diritto di famiglia ancorato al dato naturale e, per altro, di introdurre il divieto di discriminazione inteso, come si è detto, come diritto di tutti a tutto ovvero, per riprendere slogan recenti, come un matrimonio e un figlio per tutti³⁸.

10. Ri-definizione del matrimonio.

Si sta assistendo, come già accennato, ad una privatizzazione e ad una ri-definizione dell'istituto familiare. Ciò significa che l'aspetto istituzionale della famiglia e degli *status* familiari, che hanno un rilievo pubblico, stanno cedendo terreno ad una soggettivizzazione della famiglia e del matrimonio che sono considerati sempre di più come un affare privato.

Si fa strada un prototipo di famiglia che non esitiamo a definire *on demand*; si

potrà, cioè, decidere di entrare e uscire a piacimento quante volte si vorrà da un tipo di famiglia che si potrà scegliere tra tanti modelli, in base ai propri desideri e ai propri gusti sessuali.

Sembra si vada di fatto verso una tipologia di famiglia "liquida" in una società sempre più liquida³⁹ e priva di punti di riferimento. Si avvantaggia non sempre più rapporti basati sull'emotività e si predispongono leggi che li favoriscano. Si va verso una legislazione favorevole a che i matrimoni si reggano sempre di più sulla tirannica inconsistenza dell'emozione e non ci sarà più ragione che debbano essere permanenti, o limitati a due persone.

11. Cos'è il matrimonio?

Tale stato di cose indubbiamente depotenzia l'istituto familiare; infatti, il matrimonio è una forma peculiare di unione e pertanto di

Il matrimonio tra persone dello stesso sesso, infatti, spesso indicato come matrimonio omosessuale o matrimonio gay, è consentito dalla legge di diversi Paesi

stile di vita, le cui caratteristiche fondamentali non dipendono dalle preferenze individuali, o culturali. Il matrimonio viene, infatti, inteso, nella sua essenza, come un'unione comprensiva: un'unione di volontà (attraverso il consenso) e corpo (attraverso l'unione fisica)⁴⁰. Un'unione interamente ordinata alla procreazione e perciò alla totale condivisione della vita familiare.

Lo Stato, pertanto, offre un riconoscimento alla famiglia fondata sul matrimonio perché rileva in essa un interesse pubblico da tutelare: essa, infatti, ordina le generazioni e ed è fonte di relazioni e di *status*.

Tali principi sono quanto mai rilevanti in questo momento in Italia in cui si fa sempre più intensa la pressione di lobby che pretendono l'approvazione di una legge che disciplini le relazioni tra persone dello stesso sesso, adducendo la falsa ragione che è l'Europa a chiederci di adeguare la nostra legislazione agli altri Paesi, perché discriminare persone omosessuali.

La Cassazione italiana, però, con la sentenza n. 2400/2015⁴¹ ha chiarito che è da escludersi che una mancata estensione del modello matrimoniale alle unioni tra persone dello stesso sesso determini una lesione dei parametri integrati della dignità umana e dell'uguaglianza. D'altra parte il giornalista americano Michelangelo Signorile, importante attivista *gay*, lusinga la vera ragione di questo pressing a favore delle nozze *gay*. Signorile incoraggia, infatti, le persone coinvolte in relazioni omosessuali a "reclamare il diritto a sposarsi non come un modo di aderire ai codici morali della società, ma piuttosto per sfatare un mito e alterare radicalmente un'istituzione arcaica"⁴². Essi dovrebbero –afferma sempre Signorile– "lottare per il matrimonio omosessuale e i suoi benefici e poi, una volta garantito, ridefinire l'istituzione del matrimonio completamente, perché l'azione più sovversiva che lesbiche e *gay* possono intraprendere [...] è trasformare interamente la nozione di famiglia"⁴³.

È appena il caso di rilevare che queste idee solitamente, nel mondo occidentale, diventano idee politiche con tutto ciò che ne consegue.

Pertanto, il riconoscimento delle relazioni tra persone dello stesso sesso avrà conseguenze negative sul bene comune, non tanto per il conferimento di eventuali benefici a tali relazioni, bensì per la ri-definizione del matrimonio che si attuerà nell'opinione pubblica. Una legge che riconoscesse lo *status* giuridico a tali unioni, difatti, cambierebbe il carattere peculiare della famiglia. Una volta che questi cambiamenti si radicheranno nella nostra cultura, le relazioni ordinarie che il matrimonio implica spariranno. Non spariranno immediatamente. Piuttosto saranno trasformate in una qualche forma sociale differente, che esprimerà una delle tante forme di legame esistenti e il cui legame stesso sarà molto più facilmente dissolubile. In poche parole, sarebbe trasformato il significato di matrimonio⁴⁴. Le coppie legalmente sposate sarebbero sempre più definite alla luce di ciò che le accomuna alle relazioni omosessuali. Il matrimonio come bene umano sarebbe più difficile da realizzare⁴⁵.

12. Per un ritorno al reale.

Abbiamo iniziato questo nostro contributo con il definire cos'era un tempo il diritto, cioè un ordine scritto nelle cose, nelle cose fisiche e nelle cose sociali, dove con occhi umili poteva essere letto e tradotto in regole di vita. Al presente, invece, si è giunti ad un tale oscuramento della ragione da pensare che siano le leggi a stabilire la verità delle cose. Si pretende che i desideri diventino diritti. Nella società odierna altamente pluralista si è capaci di mettere in dubbio perfino le idee più elementari⁴⁶.

Si è tanto offuscata la nozione di bene umano da confondere i desideri degli individui con i diritti fondamentali della persona. Il diritto, invero, non può concedere riconoscimenti istituzionali alla semplice attrazione sessuale o sentimentale, ma solo a un progetto di vita insieme, che non nega gli elementi della sessualità e dei sentimenti, ma li integra in un insieme organizzato e strutturato.

L'ordinamento giuridico che concede i medesimi diritti del matrimonio alle unioni

omosessuali, commette un'ingiustizia, perché tratta due situazioni differenti in modo analogo. Gli ordinamenti giuridici che hanno equiparato le due fattispecie hanno usato il diritto in modo tecnocratico come strumento per cambiare la realtà, ma un diritto che tradisce la realtà non è diritto! Il diritto non può non tener conto del reale. E' da auspicare, dunque, un ritorno al reale!⁴⁷.

Il diritto non può rinnegare la sua essenza di giustizia, che è condensata nel vocabolo: dare a ciascuno il suo.

Nessun uomo e nessuna maggioranza può e deve farlo, pena: tradire il diritto!

NOTE

¹ La nostra civiltà occidentale ha fatto esperienza di un tempo –la società romanogermanica, in gergo chiamata medioevo, che potremmo circoscrivere nei secoli V e XV d.C.– in cui “il diritto ha una sua onticità, appartiene a un ordine oggettivo, è all'interno della natura delle cose dove si può e si deve scoprirlo e leggerlo”, cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè Editore, 2001, 23. Cfr., anche, P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Editori Laterza, 1997; O. BRUNNER, *Il concetto moderno di costituzione e la storia costituzionale del medioevo*, in Id., *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, Milano, Vita e Pensiero, 1970 e M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, Jaca Book, 1986.

² Cfr. G. DUBY, *Lo specchio del feudalesimo. Sacerdoti, guerrieri e lavoratori*, Bari, Editori Laterza, 1980, vedi anche P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 80-85.

³ Cfr. J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, 308 e 312-314.

⁴ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 136.

⁵ CICERONE, *Rhetorica, De legibus*, Liber I, 18. “La *lex* altro non è che un'espressione della ragione insita nella natura delle cose, la quale impone e vieta comportamenti”.

⁶ Cfr. J. HUIZINGA, *Autunno del Medioevo*, Firenze, Sansoni Editore, 1989.

⁷ Cfr. J. HERVADA, *Cos'è il diritto?*, Roma, ESC, 2013, 13.

⁸ Cfr. P. CORREA DE OLIVEIRA, *Rivoluzione e Contro-Rivoluzione*, Milano, Sugarco Edizioni, 2009, 46-55.

⁹ Cfr. P. CORREA DE OLIVEIRA, *Innocenza primordiale e contemplazione sacrale dell'universo*, Siena, Cantagalli, 2013.

¹⁰ Cfr. F. D-AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, op. cit., 31.

¹¹ Ivi, 32.

¹² Cfr. S. COTTA, *Diritto Persona Mondo Umano*, Torino, Giappichelli Editore, 1989, 283.

¹³ Cfr. P. CORREA DE OLIVEIRA, *Rivoluzione e Contro-Rivoluzione*, op. cit.. Cfr. anche, per una sintetica descrizione del processo rivoluzionario riguardo alla famiglia, G. CARRELLI, *Famiglia e diritto*, in *Temi scelti di Bioetica. Sessualità, gender ed educazione*, a cura di G. BRAMBILLA, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, 291-296.

¹⁴ Per un percorso storico e giuridico del processo di decostruzione dell'istituto familiare dal 1968 ad oggi si può consultare: G. CERRELLI E M. INVERNIZZI, *La famiglia in Italia dal divorzio al gender*, Sugarco Edizioni, Milano, 2017.

¹⁵ Cfr. MICHELE SESTA, *I disegni di legge in materia di filiazione: dalla disegualianza all'unicità dello status*, in *Famiglia e Diritto*, 2012, 10, 962.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Cfr. *Ibidem*.

¹⁸ Cfr. GEREMIA CASABURI, *La nuova disciplina della filiazione: gli obiettivi conseguiti e le prospettive (specie inaspettate) future*, in *Corriere Merito*, 2013, 8-9.

¹⁹ Cfr. *Ibidem*.

²⁰ Il diritto di “autodeterminazione” fu coniato per la prima volta dal movimento femminista negli anni '60 del 1900 per rivendicare la totale autonomia della donna nelle scelte sessuali e riproduttive, compresa quella di abortire.

²¹ Cfr. P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2002, 249.

²² Cfr. E. QUADRI, *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, in *Digesto, Discipline privatistiche, sezione civile*, Torino, UTET, 2012.

²³ Nel 2014 sono stati celebrati in Italia 189.765 matrimoni, circa 4300 in meno rispetto all'anno precedente, a fronte di 89.303 separazioni personali dei coniugi e 52335 divorzi. In Italia, peraltro, è entrata in vigore il 26 maggio 2015, la legge n.55 del 2015, secondo la quale, per lo scioglimento del matrimonio, o per la cessazione degli effetti civili del matrimonio religioso, con l'applicazione del nuovo termine breve per il divorzio, bastano solo sei mesi se la separazione è stata di tipo consensuale e dodici mesi se la separazione è stata di tipo giudiziale. Fino a tale legge il tempo di separazione che doveva decorrere dalla separazione per la richiesta del divorzio era di tre anni. Non è da trascurare, d'altra parte, il cosiddetto “divorzio facile” che sostanzialmente privatizza il momento patologico

del matrimonio. Si può, infatti, divorziare –ai sensi del D.l. 132/2014 convertito nella L. 162/2014– senza passare dal giudice, ma procedendo alla c.d. negoziazione assistita tramite l’assistenza di avvocati, oppure recandosi da soli dall’Ufficiale di stato civile del Comune di residenza.

²⁴ Cfr. in tal senso: L. CARRARO, *Il nuovo diritto di famiglia*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1975, I, 96; più recentemente, a favore della prospettiva rivoluzionaria della riforma, cfr. L. BARBIERA, *L’umanizzazione del diritto di famiglia*, in *Rassegna Diritto Civile*, 1992, 264.

²⁵ In tale senso cfr. E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, 17, 45; v. anche, per ulteriori considerazioni e riferimenti, A. JANNARELLI, E. QUADRI, *La rilevanza costituzionale della famiglia: prospettive comparatistiche*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO (a cura di), *L’influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, I, Milano, 1985, 29. Cfr. anche V. POCAR e P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Bari 1998, 7; M. SESTA, *Sesta, Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, 1, Milano, 1998, 817; L. MENGONI, *La famiglia nell’ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *La famiglia crocevia della tensione tra “pubblico” e “privato”*, Milano, 1979, 286.

²⁶ Cfr. M. RONCO, *Il diritto al servizio della vita o contro la vita?*, in *Cristianità*, 328, 2005, 5-14.

²⁷ Tra i maggiori fautori delle teorie *gender* si possono annoverare: MARGARET SANGER (1879-1966), JOHN WILLIAM MONEY (1921-2006), SIMONE DE BEAUVOIR (1908-1986), MONIQUE WITTIG (1935-2003), JUDITH BUTLER (1956 -).

Per un approfondimento delle teorie *gender*. Cfr. M. A. PEETERS, *Il Gender. Una questione politica e culturale*, San Paolo 2014; L. PALAZZANI, *Identità di genere come problema biogiuridico*, in *Identità sessuale e identità di genere*, 7, Giuffrè, 2012; F. D’AGOSTINO, *Sessualità. Premesse teoriche di una riflessione giuridica*, G. Giappichelli, 2014, 67 ss.; T. ANATRELLA, *La teoria del “gender e l’origine dell’omosessualità*, San Paolo, 2012; L. PALAZZANI, *Sex/gender: gli equivoci dell’uguaglianza*, Giappichelli, 2011; D. O’LEARY, *Maschi o femmine? La guerra del genere*, Rubbettino, 2006; L. PALAZZANI, *Identità di genere? Dalla differenza alla in-differenza sessuale nel diritto*, San Paolo, 2008; vedi anche per approfondire i meccanismi psicologici, le dinamiche e le tappe evolutive che influiscono nella costruzione dell’identità di genere: J. NICOLOSI, *Identità di genere. Manuale di orientamento*, Sugarco, 2010.

²⁸ Cfr. J. NICOLOSI, *Omosessualità maschile: un nuovo approccio*, Sugarco, 2002, 100-110; cfr. anche sul tema: G.

GAMBINO, *Le unioni omosessuali. Un problema di filosofia del diritto*, Giuffrè 2007, 83-114.

²⁹ Sulla valenza simbolica del riconoscimento delle unioni *gay*, cfr. F. D’AGOSTINO, *Riconoscere le convivenze? Le scorciatoie delle provocazioni*, in *La verità sulla famiglia. Matrimonio e unioni di fatto nelle parole di Benedetto XVI*, Quaderni dell’Osservatore Romano, n. 77, Città del Vaticano, 73-74, vedi anche G. ROSSI BARILLI, *Storia del movimento gay in Italia*, Feltrinelli, 1999, 211-212.

³⁰ E’ utile precisare, che i *gay*, a differenza delle persone omosessuali, sono coloro che si riconoscono in una ideologia socio-politica secondo la quale l’omosessualità è normale ed è equiparabile *in toto* all’eterosessualità. Non tutte le persone con tendenze omosessuali, però, si riconoscono nel movimento *gay*, anzi i *gay* rappresentano una minoranza, sebbene chiassosa e molto visibile, all’interno del mondo omosessuale.

Cfr. a tal proposito, R. MARCHESINI, *L’identità di genere*, I Quaderni del Timone, Ed. Art, Milano, 2007, 51-52; per una trattazione estesa del pensiero *gay* e delle problematiche sottese al riconoscimento delle unioni omosessuali e sulla differenza terminologica tra omosessuale non-*gay*, *gay* e *queer* cfr. G. GAMBINO, *op. cit.*, in particolare le 33-40, per approfondire i significati semantici dell’omosessualità.

³¹ Cfr. M. RONCO, *IVI*.

³² Cfr. M. APEETERS, *La mondialisation de la révolution culturelle occidentale*, Paris, *Institute for Intercultural Dialogue Dynamics asbl*, 2007, soprattutto le 111-196, che descrive in modo magistrale questo processo e l’appoggio ad esso fornito dagli organismi internazionali facenti capo all’ONU. Cfr. anche D. O’LEARY, *Maschi o femmine? La guerra del genere*, (op. cit.).

³³ M. A. GLENDON, *The Transformation of Family Law: State, Law and Family in the United States and Western Europe*, Chicago, University of Chicago Press, 1997.

³⁴ Al 2015 due persone dello stesso sesso possono accedere all’istituto del matrimonio in 21 nazioni: Spagna, Francia, Regno Unito (in gran parte del Paese), Portogallo, Belgio, Lussemburgo, Paesi Bassi, Danimarca (compresa la Groenlandia dal 2015), Finlandia (a inizio 2017), Islanda, Norvegia, Svezia, Irlanda, Stati Uniti (nella capitale e in 37 Stati della federazione), Canada, Messico (nella capitale e in due Stati della federazione), Argentina, Brasile, Uruguay, Sudafrica e Nuova Zelanda.

Inoltre a Malta, in Israele e nelle nazioni caraibiche di Aruba, Curaçao e Sint Maarten, pur non essendo consentito alle persone aventi lo stesso sesso di accedere

all'istituto del matrimonio, sono registrati i matrimoni fra persone dello stesso sesso celebrati altrove.

In vari Paesi si può accedere a ufficializzazioni diverse dalle nozze; le persone omosessuali, aventi o meno la possibilità di contrarre matrimonio, hanno spesso accesso a questa tipologia di unioni civili.

In Italia è stata approvata la L. 20 maggio 2016 n. 76 dal titolo: "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 118 del 21 maggio 2016 ed entrata in vigore il 5 giugno 2016, che ha inserito nel nostro ordinamento giuridico le unioni civili omosessuali, che sono in realtà un simil-matrimonio omosessuale.

³⁵ Cfr. S. RIONDATO, *Diritto penale della famiglia*, Volume IV, in Z. PAOLO, *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè Editore, 2011, 88.

³⁶ La L. 20 maggio 2016 n. 76, sopra citata, dal titolo: "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", come detto, è nella sostanza un para matrimonio. Tale legge, infatti, pur adoperando il termine "unioni civili" richiama, tuttavia, espressamente nei suoi articoli la disciplina che il nostro ordinamento riserva al regime matrimoniale. Tale legge prevede, infatti, i vari diritti concessi ai coniugi, tra cui, ad esempio, la reversibilità della pensione e i diritti successori. Il comma 20 dell'unico articolo della legge ha implicitamente ratificato l'operato dei giudici riguardo alla cosiddetta *stepchildadoption* cioè la possibilità concessa al partner omosessuale di adottare il minore che sia figlio anche adottivo dell'altro partner. Dopo, infatti, varie sentenze di merito, soprattutto del Tribunale per i Minorenni di Roma (Trib. min. Roma 30 luglio 2014; Corte d'appello di Torino, sez. per i Minorenni, sentenza 19 aprile – 27 maggio 2016; Trib. min. Roma 17 nov. 2015, 291/2015; Trib. min. Roma 22 ottobre 2015; Corte d'Appello di Roma, Sez. Minori, 23 dicembre 2015; Trib. Minorenni Roma, 31 dicembre 2015; Trib. min. Roma 4 marzo 2016) anche la Cassazione è giunta a legittimare la *stepchildadoption* con sentenza 22 giugno 2016, n. 12962.

Anche se la legge n.76/2016 non prevede esplicitamente l'adozione piena per gli uniti civilmente omosessuali, tuttavia, saranno le Corti di giustizia a prevederla. Le Corti europee, infatti, hanno da tempo stabilito che, una volta che uno Stato UE approva una legge sulle "unioni civili" e a queste viene attribuito lo stesso status del matrimonio fra un uomo e una donna, mediante una qualsivoglia forma di riconoscimen-

to, tale da porle sullo stesso piano del matrimonio, in tal caso, a situazioni analoghe dovrà corrispondere la stessa disciplina; con tutto ciò che ne consegue. In altri termini, fino a quando non erano state introdotte nell'ordinamento le unioni civili registrate, non vi erano i presupposti affinché i giudici di Strasburgo potessero invocare il rispetto del divieto di discriminazione fra situazioni (unioni riconosciute e matrimonio) analoghe trattate in modo diverso. Il rischio è, pertanto (come accaduto per altri paesi), che, una volta compiuto il passo verso le unioni civili, l'ulteriore scivolamento verso il matrimonio omosessuale sarà, di fatto, imposto per via giurisprudenziale.

³⁷ LGBT, acronimo di Lesbiche, Gay, Bisex e Transgender. Questi sono solo alcuni dei molteplici orientamenti sessuali che l'ideologia del *gender* paventa essere esistenti. È solo il caso di accennare al fatto che il famoso social *Facebook* ha da qualche tempo previsto per i suoi utenti la possibilità di scegliere la propria identificazione tra 58 orientamenti sessuali.

³⁸ Cfr. D. AIRIOMA, *Omofovia, unioni civili e «matrimonio» gay nel quadro europeo*, consultabile su <http://comunitambrosiana.org/2013/11/01/omofobia-unioni-civili-e-matrimonio-gay-nel-quadro-europeo-di-domenico-airoma/>

³⁹ Cfr. Z. BAUMAN, *Liquid Modernity* trad. it.: *Modernità liquida*, Roma-Bari, Ed. Laterza, 2002; dello stesso autore: *Liquid Love: On the Frailty of Human Bonds* trad. it.: *Amore liquido. Sulla fragilità dei legami affettivi*, traduzione di S. MINICUCCI, Roma-Bari, Ed. Laterza, 2006.

⁴⁰ Cfr. S. GIRGIS, R. T. ANDERSON, R. T. GEORGE, *What is Marriage? Man and Woman: a Defense*, New York, Encounter Books, 2012, trad. it. Di M.M. GIUNGI, *Che cos'è il matrimonio?*, Milano, Vita e Pensiero, 2015, 9.

⁴¹ Cfr. Cass. 9 febbraio 2015, n. 2400, la sentenza fa stato del fatto che l'Europa e la Costituzione non impongono al legislatore di estendere il vincolo del matrimonio alle persone dello stesso sesso che, invece, hanno il diritto a uno statuto protettivo, già azionabile, con diritti e doveri delle coppie di fatto.

⁴² M. SIGNORILE, *Bridal Wave*, Out 42 (December – January 1994), 68, 161.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Cfr. J. RAZ, *Autonomy and Pluralism*, in *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1988, 393.

⁴⁵ Cfr. S. GIRGIS, R. T. ANDERSON, R. T. GEORGE, *What is Marriage? Man and Woman: a Defense*, op. cit., 59

⁴⁶ Cfr. J. HERVADA, *Cos'è il diritto?*, op. cit., 17.

⁴⁷ Cfr. G. THIBON, *Ritorno al reale, Prime e seconde diagnosi in tema di fisiologia sociale*, Milano, Effedieffe, 1998.