



DIRITTI DELLA FAMIGLIA E DIRITTI DEI MINORI

Francesco D'Agostino

1. IL NUOVO INTERESSE PER LA REALTÀ MINORILE

Che la famiglia sia non solo il luogo della crescita personale, degli affetti, della solidarietà, della trasmissione intergenerazionale della cultura, ma anche il luogo del diritto, nella piena complessità del suo darsi, il luogo in cui si instaura l'indispensabile dialettica tra il principio della norma (rappresentato dal padre) e il principio della cura, inteso come *prendersi-cura-di* (rappresentato dalla madre) è acquisizione ormai stabile delle scienze umane. E acquisizione altrettanto stabile è che proprio alla famiglia vada rapportata l'origine di quella che i sociologi chiamano la *coscienza nomologica*, la dimensione essenziale per la crescita individuale di ogni essere umano come soggetto sociale. In altre parole, la famiglia possiede per il giurista un rilievo essenziale, come dimostra tra l'altro non solo la forte spinta a costituire in discipline epistemologicamente autonome sia il diritto di famiglia in generale che il diritto minorile in particolare, ma anche e soprattutto la continua ed incessante produzione di *materiale normativo*, sia di livello legislativo che di rango giurisprudenziale. Non c'è alcun dubbio che le sentenze dei giudici in tema di famiglia forniscano oggi agli studiosi dati essenziali per una adeguata valutazione delle sue dinamiche interne ed esterne.

Prova ulteriore di quanto appena detto può esserci data da una ulteriore presa d'atto: quella sulla consistenza e sulla continua dilatazione del *corpus* di normatività, di carattere internazionale, in tema di famiglia. Mi limito a pochissimi esempi. Per cominciare, è doveroso menzionare un testo lontano nel tempo, ma dotato di una grande significatività, la *Dichiarazione di Ginevra sui diritti del fanciullo*, del 1924. Una menzione di primissimo piano va poi riservata alla *Dichiarazione internazionale dei diritti dell'Uomo*, approvata il 10 dicembre del 1948 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, e a due sue affermazioni fondamentali: quella dell'art. 16³: "La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto di essere protetta dalla società e dallo Stato" e quella dell'art. 25²: "La maternità e l'infanzia hanno diritto a speciali cure ed assistenza. Tutti i bambini, nati nel matrimonio o fuori di esso, devono godere della stessa protezione sociale". Si può poi passare a ricordare come ai minori sia stata riservata una dichiarazione pensata esplicitamente solo per loro, la *Dichiarazione dei diritti del fanciullo*, adottata anch'essa dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1959 e articolata in un preambolo e in dieci forti principi. E potremmo (provvisoriamente) concludere dando notizia della grande *Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia*, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 ed entrata in vigore il 1° settembre 1990. Questa *Convenzione*, con i suoi 54 articoli, sta assolvendo, in questi ultimissimi anni, ad una vitale funzione di stimolo ideale e culturale nei confronti non solo dei Parlamenti dei singoli Stati che l'hanno ratificata, ma anche e soprattutto di tutti coloro che volgono le loro attenzioni al mondo dei minori e costituisce una tappa fondamentale nel cammino ben lungo (e di certo mai esauribile) che la Comunità internazionale compie verso una sempre più precisa determinazione e una sempre più efficace protezione dei diritti umani. Ne è riprova che alcune delle sue affermazioni

più rilevanti sono state recepite recentissimamente dalla *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*¹.

Già da queste rapide e schematiche considerazioni, emerge chiaramente come il giurista che voglia dar conto, in termini di stretta informazione, dello stato attuale del diritto di famiglia e del diritto minorile sia obbligato a elaborare un discorso ricco e complesso, tale da trascendere i limiti micro-ordinamentali; un discorso che sempre più chiaramente tende ad imporsi a livello sovranazionale, per non dire planetario, e ad impegnare molte energie, anche se mantenuto nei termini più rigorosamente sintetici. Il nesso tradizionale tra diritto e famiglia sembra così che nel mondo attuale sia confermato, ribadito, rinvigorito. E' quanto potrebbe bastare per (incaute) professioni di ottimismo, per proclamare che il nostro tempo crede alla famiglia, la tutela, la protegge, la promuove.

Percepriamo tutti, almeno istintivamente, che le cose non stanno così. Che il diritto moltiplichi la sua attenzione verso la famiglia e verso i minori è un dato di fatto; quanto però ciò sia significativo sul piano non della mera fattualità, ma della stessa critica del diritto, è assolutamente un'altra questione. La ricchezza e la complessità della normazione non corrispondono, in sé e per sé, a un potenziamento di *sensu*. Quello che mi sembra stia veramente diventando il cuore del nostro problema – e sul quale vorrei richiamare con forza l'attenzione – è che il proliferare, veramente cospicuo, della normazione in tema di diritto di famiglia e in particolare di diritto minorile potrebbe aver una significato molto ambiguo; potrebbe costituire una sorta di riprova del detto *motus in fine velocior*. Potrebbe nascondere – per di più goffamente – la riconsolazione dell'idea stessa di famiglia.

1. Tra le tante raccolte di materiali dedicate alla normativa internazionale sull'infanzia, cfr. *Nel nome dei bambini*, testi presentati da A. PAPISCA, Milano 1990. Cfr. anche J. L. TAURAN, *I diritti dell'uomo e la difesa giuridica della famiglia*, in "Familia et Vita", 4, 1999, n° 1, pp. 50-58.

Di qui il senso di *disagio* che dietro la normazione, sia nazionale che internazionale, in tema di famiglia si rende sempre più avvertibile e che si manifesta con indizi sempre meno equivocabili. Infatti, è come se lo spazio del diritto di famiglia e del diritto minorile sia ormai governato da una *legge di duplice frenesia* non diversa nella sostanza da quella di cui parlava Henri Bergson: quanto più si dilata la normazione in materia, tanto più, paradossalmente, si diffonde l'idea della ineluttabilità del dissolversi della famiglia, come istituzione giuridica, nel sistema delle relazioni interindividuali intercorrenti tra i suoi componenti. Sociologicamente, la *legge della duplice frenesia* si manifesta in un paradosso, su cui il sociologo Pierpaolo Donati ha da tempo richiamato l'attenzione: "Da un lato si verifica un'apparente pubblicizzazione della famiglia sotto forma di crescenti regolazioni e interventi dello Stato...; dall'altro, e allo stesso tempo, si constata una progressiva privatizzazione dei comportamenti familiari, in termini di azioni che seguono sentimenti, aspirazioni, gusti, preferenze, aspettative e così via, apparentemente del tutto individuali e soggettivi, cioè slegati da vincoli sociali e morali di un qualche mondo comune"². Ne segue appunto il disagio –davvero insopportabile per un giurista che tenga alla propria identità– di chi avverte il venire meno della sostanza dietro alla forma e di chi percepisce la possibilità, ormai molto ravvicinata, di trovarsi di fronte a sistemi normativi nello stesso tempo ammirevolmente belli e desolatamente vuoti. Possiamo anche (è soluzione consapevolmente o inconsapevolmente adottata da molti) nascondere o rimuovere questo disagio dietro il compiacimento per la ricchezza del materiale normativo elaborato sia in sede internazionale che nei singoli ordinamenti e che tanti studi richiede ai giuristi di buona volontà; possiamo anche rielaborare le categorie dogmatiche tradizionali, cercando di dimostrarne una

2. Cfr. P. DONATI, *Gli spostamenti di confine del pubblico e del privato nella famiglia*, in DONATI, *La famiglia come relazione sociale*, Milano 1992², p. 33.

perdurante vitalità; ma il disagio permarrà fino a quando la scienza del diritto non sarà riuscita –ma è compito da impegnare le energie dei giuristi forse per più di una generazione– a ricostruire il concetto di famiglia come *concetto giuridico* e a ridonare ad esso una pienezza ed una coerenza di significato.

2. CRISI DELLA FAMIGLIA E DEL DIRITTO DI FAMIGLIA

I giuristi ritenevano di aver già assolto a questo compito quando avevano fronteggiato, più di trent'anni fa, l'annuncio –tra l'ideologico ed il profetico– della *morte* della famiglia³. Sappiamo bene in realtà che né allora né oggi esiste alcun indizio obiettivo per poter pronosticare la scomparsa (più o meno ravvicinata) della famiglia *come formazione sociale*⁴. Il discorso che coinvolge fino in fondo il giurista è un altro: è il discorso sul *quantum* di diritto appartenga costitutivamente alla famiglia, e *non possa esserle sottratto*, in particolare nelle società complesse come quelle in cui viviamo. Che la famiglia odierna sia radicalmente diversa da quelle del passato, che essa non possieda più il carattere di organismo politico prestatale il cui capo è dotato di potere originario e sovrano è un dato di fatto. Che questo però implichi un *ritrarsi* o addirittura una impossibilità per il diritto di considerare la famiglia come intrinsecamente giuridica (e non semplicemente come l'oggetto di un continuo interesse normativo da parte del legislatore nazionale o internazionale) è assolutamente un'altra questione. Ed è su questa questione che si sta giocando una delle partite più importanti dell'epoca post-moderna.

3. Può comunque essere istruttivo rileggere *The Death of Family* di D. COOPER (London 1971, tr. it., *La morte della famiglia*, Torino 1972).

4. L'antropologia giuridica si mostra perfino perplessa nel dare credito alla ineluttabilità dell'avvento della c.d. *famiglia nucleare*: cfr. ad es. tutta l'ultima parte del bel libro di N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988.

Bisogna ammettere infatti che è proprio in questa direzione, nella direzione cioè di un dissolvimento della *giuridicità intrinseca* della famiglia, che sembra muoversi il nostro tempo. Le modalità, o se si preferisce, il senso di questo movimento possono essere molto diversificati. Merita una menzione, per la sua indubbia carica di antevoggenza, il pensiero di Arturo Carlo Jemolo, quando poneva la questione della natura autentica della famiglia, come *metagiuridica*, come fondata cioè non su tradizioni, ma esclusivamente su affetti⁵: e sugli affetti il diritto –come è evidente– non può che avere una presa assolutamente minima. Ben più radicale –e certamente più attuale– è invece l'idea di chi pensa che sia ormai indebito per il giurista parlare di *famiglia*, al singolare, e che sia tempo di declinare questo termine al plurale: dovremmo riconoscere l'esistenza non solo di molti possibili modelli antropologico-culturali, ma anche di altrettanto numerosi *modelli ipotetici di famiglie*: trattandosi in definitiva di una realtà non naturale, ma *artificiale*, ben sarebbe possibile *inventare* nuovi, rispettabili modelli giuridico-istituzionali di familiarità, secondo esigenze, interessi, gusti individuali, non

5. Secondo espressioni divenute celebri, “la famiglia appare come un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto: perché la sua intima essenza rimane metagiuridica”: cfr. A. C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in “Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania”, 3, 1949, p. 47, poi ripubblicato in JEMOLO, *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano 1957, p. 241. In realtà l'osservazione dello Jemolo, al di là del profondo monito antiformalistico che contiene e che non va lasciato cadere, se assunta nella sua literalità prova troppo, perché è nella natura del diritto in generale *lambire* l'esperienza umana. L'uomo, in altri termini, non agisce mai *juris causa*, ma per soddisfare un proprio interesse, morale od economico: ed è solo nei limiti in cui questo interesse acquista un rilievo coesistenziale che può e deve acquistare una struttura giuridica. Se è metagiuridica l'essenza del matrimonio, lo è analogamente, ad es., quella del contratto (che non è mai stipulato dalle parti per dar vita ad un negozio giuridico bilaterale, ma per dare risposta a propri interessi), così come lo è quella del testamento o più in generale quella di qualunque istituzione pubblica, a partire dallo Stato (che esiste per realizzare una finalità sociale di carattere politico).

sindacabili nel loro principio e tutti meritevoli di attiva attenzione da parte dell'ordinamento. E' evidente come in questa prospettiva non ci sia più spazio, propriamente parlando, per un *diritto di famiglia*, ma al più per un *diritto (degli individui) nella famiglia*⁶. La stessa espressione *diritto di famiglia* verrebbe così di fatto ad acquistare, in questa prospettiva, una valenza antiquata (ove non fosse sottoposta ad una drastica rivisitazione semantica) per la sua capacità di evocare l'idea della persistenza di un microcosmo familiare, dotato di una propria originaria soggettività giuridica.

3. NUOVE ISTANZE E NUOVE PROSPETTIVE

E' evidente che, in questo contesto, lo stesso diritto minorile non può che venire ad acquistare un rilievo assolutamente nuovo: dissolvendosi, obiettivamente, il diritto di famiglia (o restando appunto come forma sempre più svuotata al proprio interno) esso viene di fatto a cessare di farne parte. E' possibile dimostrare quanto appena detto molto rapidamente, richiamando alla mente due punti fermi, sufficientemente consolidati, del diritto minorile, l'uno assolutamente tradizionale, l'altro invece ben più recente. Principio tradizionale è quello della rappresentanza legale del minore, affidata al genitore, considerato come unico ed esclusivo interprete dei bisogni e della volontà del figlio, in base alla presunzione della coincidenza tra il suo interesse e gli interessi della sua progenie. Più recente è invece il principio della *preminenza dell'interesse del minore* su quello dei genitori: è un principio ampiamente accolto nelle grandi *Dichiarazioni* internazionali sui diritti del minore e il particolare nella recente *Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia*, del 1989. Questo principio possiede una obiettiva valenza di correttivo del

6. Cfr. le penetranti osservazioni di L. MENGONI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *La famiglia crocevia della tensione*, Milano 1979, pp. 267-288.

principio precedente e si fonda sul presupposto, ovviamente più che ragionevole, che sia ben possibile ipotizzare un *abuso* del ruolo genitoriale, contro cui il minore debba essere protetto. Ma anche questo principio comincia ormai a mostrare segni di usura grave e non solo perché l'individuazione concreta degli *interessi* del minore, soprattutto da parte dei giudici, è ormai costantemente operata secondo criteri non rispettosi del sistema delle relazioni familiari⁷, ma perché si fa costantemente sempre più strada l'idea che quelli che debbano essere riconosciuti ai minori, più ancora che interessi, siano veri e propri *diritti positivizzabili*, non solo di carattere *sociale* (come il diritto alla salute o all'educazione), ma soprattutto di carattere strettamente individuale (come ad es. il diritto a scegliere la propria residenza, a cambiare il nome, a fare testamento, a ottenere il passaporto e a servirsene, a aderire a comunità religiose, a stipulare contratti di lavoro, ecc.). E questi diritti il minore dovrebbe poterli esercitare indipendentemente dalla sua collocazione nell'ambito familiare e eventualmente ricorrendo a rappresentanti diversi dai genitori.

7. Si consideri che alcune tra le più recenti e utili innovazioni in tema di diritto minorile, come ad es. il c.d. *affidamento eterofamiliare*, anno riferimento, a ben vedere, più che alla realtà familiare, a quella del volontariato sociale (cfr. E. SCABINI/P. DONATI, *Reti familiari e bambini a rischio*, Milano 1988, pp. 9-10; in merito v. anche A. BOMPIANI, *Diritti del minore e affidamento eterofamiliare*, in "Medicina e Morale", 44, 1994, pp. 691-722). Anche se è indubbio che interventi del genere siano in molti casi senza alternative, resta il fatto che vengono spesso deliberati senza piena consapevolezza di quanto comportino nella globalità dell'esperienza di vita del minore: molto importanti le considerazioni al riguardo di A. COSTANZO, *Dinamiche psicologiche e sociali interne alla famiglia e nell'ambiente che la circonda, in caso di intervento autoritario*, in "Il diritto di famiglia e delle persone", 22, 1993, pp. 290-312. Dello stesso COSTANZO, si veda anche *L'espropriazione del diritto del minore alla rieducazione*, in AA.VV., *La norma subita*, a cura di B. MONTANARI, Torino 1993, pp. 149-175.

E' in questa direzione, a parere di molti, che dovrebbe essere completata la *Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia*⁸.

Come deve collocarsi il giurista di fronte a queste istanze? Non è facile individuare risposte precise a una domanda del genere. E' evidente che se il giurista considererà se stesso alla stregua di un mero tecnico dell'organizzazione sociale, privo di obiettivi referenti critico-assiologici, e unicamente orientato a dare sistematicità formale e coerenza ordinamentale a qualsivoglia norma venga prodotta dal legislatore (o dalla prassi sociale, se è a questa fundamentalmente che va riferita la produzione normativa), egli tenderà inevitabilmente a accogliere remissivamente qualsiasi dinamica si presenti nel sociale (anche le più stravaganti, se non le più aberranti) e contribuirà inevitabilmente e consapevolmente a legittimarle. Potrà forse assumere in tal modo un ruolo sociale anche molto di spicco, ma indubbiamente anche molto freddo e impersonale (tanto impersonale, da far dubitare perfino della pretesa di correttezza che tale modello rivendica come suo merito specifico). Un'alternativa che specie negli ultimi decenni è apparsa percorribile ai giuristi insofferenti di ogni prospettiva giuridico-formalistica quale quella cui abbiamo appena accennato è stata quella di contestare ogni illusione di neutralità ideologica, di assumere fino in fondo una visione politica della realtà e a partire da questa farsi protagonisti

8. Il carattere rigorosamente individualistico di tali proposte si rende evidente quando si considera il modo in cui esse affrontano il problema della determinazione della maggiore età, che, come è noto, è prevalentemente fissato nella soglia dei diciotto anni, ma che in alcuni ordinamenti resta ancorato a quella dei venti o dei ventuno anni. E' molto diffusa l'istanza di operare una distinzione tra minori infrasedicenni (*children, enfants, fanciulli*) e minori ultrasedicenni (*young persons, jeunes personnes, giovani*), in modo da attribuire a questi ultimi, se non una generalizzata capacità di agire, almeno l'esercizio di un'ampia gamma di diritti individuali. Questo esercizio, però, coerentemente con l'impostazione della questione, si ritiene che debba essere esteso anche ai minori di sedici anni, qualora *dotati di sufficiente discernimento*.

della costruzione del sociale. Ma è un modello, questo, che si è logorato nelle infinite e in definitiva inconcludenti dispute ideologiche della seconda metà del nostro secolo e che non sembra oggi sia più seriamente proponibile: l'uso politico del diritto ci appare oramai non meno scorretto di quanto non ci appaia l'uso politico della religione o dell'arte.

Ambedue le strade cui abbiamo fatto riferimento sembrano quindi precluse. Esiste un'altra strada che il giurista di oggi possa percorrere? Esiste, certamente: ma è una strada scomoda e poco praticata, perché impone allo studioso del diritto la rinuncia a una duplice tentazione, quella di farsi docile servitore del potere politico (di divenire, per dir così, mero *notaio della storia*), e quella (che forse sta in questi anni divenendo ancora più insidiosa della precedente) di farsi docile servitore della morale fattualmente dominante (di divenire, cioè, un *integralista*), anche e soprattutto quando questa morale si presenti –come oggi spesso accade– nelle forme di una *antimorale libertaria*. Il giurista deve essere in grado di dire di no all'una e all'altra tentazione. Si noti però che questo suo duplice e auspicabile rifiuto non va ricondotto in alcun modo a un atteggiamento di aprioristico disprezzo, né nei confronti della politica, né a maggior ragione nei confronti della morale: non spetta certo al giurista sindacare né l'una né l'altra, purché restino *nel loro ordine*. Il punto è un altro: l'operato del giurista –in quanto giurista– non va riferito ad altro se non ai principi propri del suo sapere, cioè ai principi giuridici fondamentali, che sono i soli assolutamente impegnativi per la scienza del diritto, indipendentemente dal fatto che possono coincidere o non coincidere con i principi fondamentali della politica e della morale (ed abbiamo nella storia esempi vistosi di piena coincidenza così come di assoluta non coincidenza degli uni con gli altri). Se la famiglia ha dei *diritti* (e ritorniamo così al tema centrale della nostra riflessione), non li ha perché le vengano benignamente concessi dallo Stato o perché ciò con-

segua a specifiche esigenze etiche del tempo, ma perché questo è il modo di manifestarsi della sua struttura giuridica fondamentale.

Il giurista che presta attenzione alla famiglia, come struttura costitutiva dell'*essere dell'uomo*, ne percepisce immediatamente (al di là delle sue innumerevoli variabili storico-culturali) il carattere di *qualificazione antropologico-istituzionale* — e quindi strettamente *giuridica*— di relazioni e/o eventi biologico-naturalistici. Dando cioè alla famiglia rilievo normativo-istituzionale, il diritto non ha mai negato che esista una sfera extra-familiare dell'agire e del vivere umano che sia corposamente reale e meritevole quindi di attenzione; ma l'ha sempre considerata *inadeguata* ad esprimere compiutamente le esigenze e le necessità antropologiche fondamentali. E' infatti ben possibile nascere al di fuori del matrimonio, così come è ben possibile che il diritto rinunci a dare un qualsiasi esplicito *status* familiare ai figli illegittimi. Quello però che non è possibile è che la nascita di un essere umano (anche di un figlio illegittimo) sia *comunque* considerata come un fatto non rilevante per il diritto e che il nato non posseda alcuno status, né in positivo né in negativo. Il carattere *strutturale* della familiarità implica quindi che la sua difesa da parte del diritto non abbia nulla in comune con la difesa di un *valore* o di un *sistema di valori*, dato che la familiarità —come ambito di comunicazione totale, nel quale sono incluse le persone nella globalità del loro essere e non nella specializzazione funzionale che è loro imposta dall'essere-in-società⁹— è molto più assimilabile ad una realtà fattuale (a un *Sein*) che non ad un ideale etico (un *Sollen*). Le strutture costitutive attraverso le quali l'uomo conquista compiutamente la sua identità non sono infatti ideali da realizzare, ma dimensioni attraverso le quali la vita umana acquista *dignità*, appare cioè come portatrice di significati propriamente *antropologici* (così ad es. a fronte della

9. Secondo l'efficace caratterizzazione di N. LUHMANN, *Il sistema sociale famiglia*, in AA.VV., *Nuove tecnologie, comunicazione e mondi vitali*, Angeli, Milano, 1989, pp. 233 ss.

riproduzione come generale fenomeno biologico, che investe tutte le forme di vita vegetale e animale, la *paternità e la maternità* appaiono invece come fenomeni propriamente *umani*, nel loro darsi fattuale, indipendentemente quindi dal *valore* che si intenda loro conferire, anche da parte di chi –magari contro ogni sua intenzione– divenga padre o madre). Fuori dalla familiarità, in altri termini, l'uomo può anche vivere, ma secondo modalità così *povere*, da inaridirne l'umanità (così ad es. è ben possibile empiricamente che uno schiavo possa anche accettare di buon grado una esperienza di vita priva di libertà, ma solo al prezzo di *impovertirla* radicalmente, di sottrarle cioè ogni dignità). Garantendo la familiarità, il diritto non garantisce quindi soltanto un *bene umano*, ma la struttura istituzionale primaria di identificazione dell'io dell'uomo.

Non spetta alla filosofia del diritto di famiglia individuare le linee operative, seguendo le quali sia possibile garantire la familiarità come principio giuridico. Ma la filosofia può ben sottolineare come siano omologhe alle sue istanze le recenti riflessioni sulle nuove dimensioni che dovrebbe acquisire la *cittadinanza* nelle società complesse¹⁰. Tramontate, alle soglie del terzo millennio, le ideologie liberali e socialista e le loro indebite assolutizzazioni del privato da una parte e del pubblico dall'altra, si apre alla consapevolezza di coloro che si accingono alla costruzione di una nuova filosofia pubblica l'esigenza di come dare rilievo, non solo sociologico, ma istituzionale, e quindi giuridico, alle formazioni sociali che si pongono tra gli individui e lo Stato. “Un affermarsi della nuova cittadinanza della famiglia –scrive Campanini¹¹– dovrà in ogni modo comportare la nascita di un *terzo* soggetto, oltre agli individui e allo Stato, e dunque di

10. Cfr. P. DONATI, *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari 1993.

11. G. CAMPANINI, *Quale nuova 'cittadinanza' per la famiglia?* in AA.VV., *La famiglia. Quale idea, quale politica*, Milano 1995, pp. 145-146. Di Campanini, cfr. da ultimo *La convivialità familiare*, Milano 1999. Cfr. anche P. BOFFI (Ed.), *Cittadinanza alla famiglia in Italia*, Roma 1995.

un nuovo interlocutore: della legislazione, delle politiche sociali, dell'organizzazione complessiva della società. Il rapporto a lungo instaurato soltanto con i singoli non potrà non tenere conto di questa nuova dimensione della cittadinanza che si realizza in quel 'luogo', appunto la famiglia, nel quale si esprime una serie di funzioni essenziali e vitali per la società, e che come tali non possono essere ricondotte alla sfera della privatezza intesa come ambito della irrilevanza, come spazio del tutto sottratto alla società. Passa di qui, necessariamente, il recupero della famiglia come 'soggetto politico'".

4. COME DILATARE (E COME DISTRUGGERE) IL DIRITTO DI FAMIGLIA

Le considerazioni teoriche fin qui sviluppate meriterebbero ampie e puntuali esemplificazioni. Tra le tante possibili, mi soffermerò su di una soltanto, che ritengo assolutamente emblematica del modo in cui è vissuta oggi la crisi della familiarità e dei suoi diritti, nella prospettiva di quella *legge della duplice frenesia*, alla quale sopra facevo cenno. Mi sto riferendo alla paradossale normativa di quegli ordinamenti giuridici europei, che (seguendo l'esempio della Danimarca, che per prima si è mossa in tal senso) hanno riconosciuto formalmente come coniugali o para-coniugali le unioni omosessuali: da una parte *estendendo* l'ambito tradizionale del diritto di famiglia, dall'altra riconoscendo pubblicamente il più eversivo modello di comunità familiare (se di questa si può ancora parlare in questo caso) che sia possibile ipotizzare. Che la questione abbia un'assoluta concretezza sul piano della contemporaneità, si rende evidente solo se si pensa che istanze di questo genere non cessano di crescere, al punto che hanno trovato una loro autorevole (e certamente non ultimativa) cristallizzazione nella *Risoluzione* del Parlamento europeo del febbraio del 1994, che ha auspicato che

gli ordinamenti giuridici europei –superando quelli che ad avviso dei suoi promotori vanno evidentemente intesi come pregiudizi ancestrali e arbitrari, dotati di indebita valenza discriminatoria– 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 adottiva¹².

Poco ci interessa, in questo contesto, la valenza strettamente politico-ideologica di queste normative e di queste istanze. Esaminiamone solo il portato giuridico, nell’ottica dei *diritti della famiglia e dei minori*. Ci troviamo infatti davvero di fronte ad un *caso serio*, che richiede una tematizzazione giuridica molto rigorosa. Ciò implica che qualunque riflessione vada avanzata in merito (e in particolare quella sul diritto delle coppie omosessuali di essere ammesse alla fecondazione assistita e/o all’adozione) dovrà in linea di principio prescindere da una valutazione strettamente *etico-religiosa* della omosessualità. Non perché l’omosessualità non implichi un simile genere di valutazione, che non deve venire rimosso, ma perché, di per sé, non può avere rilievo giuridico: il diritto, come si è detto, non esiste per garantire valori morali di carattere generale, ma per garantire una *propria e specifica etica*, quella della coesistenza sociale. Il diritto non è una mera tecnica di *sintesi sociale*, un sistema di carattere strettamente coattivo, né certamente deve venir ridotto a

12. Commentando questa risoluzione, da parte di alcuni si è suggerito di non introdurre, in questo dibattito, il termine *matrimonio*, il cui “uso storico tradizionale” andrebbe rispettato (questo termine quindi andrebbe utilizzato unicamente per alludere “alla unione legale tra donna e uomo”); sarebbe meglio parlare, per gli omosessuali, di *unione civile*. L’espressione ha certo una sua efficacia. Peraltro è facile osservare che la risoluzione europea non ricorre a questo *eufemismo*: parla proprio di matrimonio o di “un istituto giuridico equivalente”. Se non si vuole cadere in uno sterile nominalismo, bisogna allora ammettere che quello che davvero rileva evidentemente non è il termine *unione civile*, ma la sua *equivalenza* fattuale col termine *matrimonio*.

“un veicolo autoritario per imporre valori non condivisi”; esso è un sistema relazionale, di carattere pubblico e obiettivo, di difesa e promozione dei soggetti in relazione. Non spetta propriamente al diritto, soprattutto in epoche di pluralismo etico come quella in cui viviamo, proporre o imporre sintesi sociali, che non siano già assolutamente condivise e comunque strutturalmente presenti nel sociale. Al diritto spetta propriamente una sola cosa: garantire che nel complesso intreccio del gioco sociale non si determinino dinamiche (più o meno intenzionali) che inducano a sacrificare *indebitamente* posizioni o interessi personali meritevoli invece di *pubblica* tutela o a garantire *indebitamente* posizioni o interessi *privati* (ancorché leciti) che non hanno alcun titolo per rivendicare una tutela pubblica. La discussione dei giuristi sul matrimonio degli omosessuali non ha e non deve quindi avere alcun carattere confessionale: essa mette piuttosto in gioco la loro capacità di proporre e di promuovere un uso *corretto* del diritto.

In definitiva, ciò che ha rilievo in questo caso per il giurista non è se gli omosessuali abbiano o no il “desiderio” di sposarsi, ma se tale desiderio di coniugalità abbia o no una sua specificità, che richieda o meriti un riconoscimento *pubblico* da parte dell’ordinamento giuridico, analogo a quello attribuito alla coniugalità eterosessuale; o se piuttosto esso non si riduca a un mero desiderio di imitazione della coniugalità eterosessuale, dal carattere essenzialmente mistificante; un desiderio, forse, dotato anche di una sua rilevanza, ma solo su di un piano *strettamente privato*, perché suscettibile, ove venisse garantito pubblicamente come matrimonio o “convivenza civile”, di dilatare indebitamente il carattere mistificante di questa imitazione. Il che, giuridicamente, sarebbe inaccettabile, come in generale è inaccettabile per il diritto *ogni mistificazione*.

Credo che siamo così giunti al punto nodale della questione. L’“unione civile” degli omosessuali crea problema, per il giurista, non tanto perché strutturalmente *mimetica* dell’unione matrimoniale, ma per la *modalità (mistificante)* di tale mimesi.

I giuristi sanno che il matrimonio è il più raffinato istituto che il diritto abbia “inventato” per proteggere l’ordine delle generazioni. E’ possibile ipotizzare, del matrimonio, molte forme mimetiche, sia extra-legali (ad es. il concubinato), che legali (tale potrebbe essere considerato, ad es. il matrimonio non consumato). Ma perché la mimesi abbia un senso, sia pur minimale, e non mistificante, è indispensabile che i coniugi appartengano, nell’ordine delle generazioni, al ruolo non solo sociale, ma soprattutto *umano* che loro spetta, cioè che siano *maschio e femmina*. Altrimenti, siamo al di fuori di ogni possibile mimesi e il rapporto non acquista alcun carattere para-coniugale, se non “nella situazione ambigua dell’*esser-come* (un uomo, una donna, un marito, una moglie), con possibili esiti morbosi da un lato di possessività e dall’altro di soggezione”¹³.

Se questa impostazione del problema è corretta, possiamo allora ritornare alla domanda fondamentale che ci eravamo posti. Ha un senso (giuridico) riconoscere la qualifica di coniugi a due individui dello stesso sesso, stabilmente *conviventi*, uniti da inequivocabili vincoli, che richiedano –qualunque sia la loro motivazione soggettiva al riguardo– un pubblico riconoscimento della loro unione?

La risposta negativa che a mio avviso va data a questa domanda possiede una motivazione fondamentale. La convivenza omosessuale –per il solo fatto di non poter essere *obiettivamente* aperta alla finalità procreativa– *non possiede alcun rilievo pubblico*; va socialmente rispettata, come relazione interpersonale (ovviamente ove sia scevra da condizionamenti e violenze sia

13. Così S. COTTA, *Il diritto nell’esistenza*, Milano, Giuffrè, 1991², p. 124. Si osservi che proprio all’ordine della mimesi R. GIRARD riconduce la radice (patologica) dell’omosessualità; ma questo è evidentemente un tema che esula da queste pagine. Di GIRARD cfr. comunque *Des choses cachées depuis la fondation du monde*, Paris 1978, tr.it. *Delle cose nascoste sin dalla fondazione del mondo*, Milano 1983, pp. 408 e ss.

fisiche che psicologiche), ma non merita di essere riconosciuta istituzionalmente, né di essere tutelata dal diritto.

Quali possono essere gli argomenti adducibili a favore della tesi contraria? Secondo alcuni il problema sarebbe oggi quello di riconoscere l'esistenza di queste unioni stabili, fondate sull'*affetto*¹⁴. Si tratta, in fondo, di una variante della posizione di Jemolo, alla quale abbiamo fatto cenno sopra (e nella quale peraltro egli non si sarebbe mai riconosciuto!). Ma cosa dobbiamo intendere con la parola *affetto*? Due amici –almeno in certe fasi della vita, si pensi agli anni di studio universitario– possono avere una grande affettività reciproca e decidere di vivere insieme. E' sufficiente tutto questo per riconoscere la loro "unione civile"? E' questo il tipo di affetto al quale si vuole alludere? Certamente no: nella mente di chi propone nuove forme di *unione civile* è sicuramente presente l'idea dell'*esercizio della sessualità*. Ma in nome di che cosa la sessualità –esperienza umana strettamente *privata* e il cui carattere privato va tenacemente difeso– dovrebbe acquistare rilievo pubblico? Nel caso del matrimonio, l'esercizio della sessualità è funzionale, *nel suo principio*, alla logica generazionale: e questo è tradizionalmente il motivo per cui il diritto gli dona rilievo pubblico. Ma quando tale esercizio è *sterile* per sua intrinseca natura, quale rilievo pubblico esso potrebbe mai pretendere (se non, come si è detto, nel nome della sua *mimesi* della sessualità eterosessuale)?

E' forse proprio per rendere più plausibile questa mimesi che le coppie omosessuali chiedono di essere ammesse all'adozione o a pratiche di fecondazione assistita. I giuristi che non sembrano pregiudizialmente contrari a questa ipotesi osservano che tali richieste per l'essenziale corrispondono alle richieste di adozione o di fecondazione da parte di donna sola e riducono quindi il problema a quello dell'accettabilità di queste ultime due ipotesi.

14. E' questa, ad es., la posizione di M. BORGHI, *Alternatività di modelli familiari: diritto fondamentale all'affettività?*, in AA.VV., *La famiglia alle soglie del III Millennio*, a cura di E. W. VOLONTE', Lugano 1994, pp. 155 e ss.

E' vero che il figlio sarebbe in tal modo privato della figura paterna. Ma –si osserva– le forme di socializzazione dei bambini sono divenute ormai così complesse, che questa affermazione viene sempre più messa in discussione. E infatti aumenta continuamente il numero delle legislazioni che permettono l'adozione da parte di persone sole, revocando in dubbio la tesi che l'equilibrato sviluppo della personalità del bambino richieda la presenza delle figure di entrambi i genitori.

L'analogia tra la fecondazione di una donna sola, che progetta di far crescere il proprio figlio senza un padre, e quella di una donna omosessuale, che progetta di sostituire con la donna con cui convive la figura paterna di cui sarà carente il proprio figlio è chiaramente molto azzardata. Comunque accettiamola per buona e vediamo quanto sia consistente l'argomento che abbiamo appena riassunto.

Notiamo intanto che la valenza dell'argomento che fa riferimento alla liberalizzazione delle adozioni in altri ordinamenti è particolarmente debole: se tali legislazioni appartenessero al novero di quelle *puramente ideologiche*, il fatto che il loro numero aumenti continuamente dimostrerebbe soltanto l'attuale irresistibilità *fattuale* dell'ideologia, ma nulla di più o di diverso. Altro spessore ha l'argomento precedente, quello secondo cui le forme odierne di socializzazione dei bambini sono diventate molto complesse e sempre più spesso implicano l'esclusione della figura paterna. Ma che tipo di argomento è propriamente questo? Un argomento statistico-fattuale? Non si vedrebbe in questo caso perché conferirgli rilievo giuridico. Esso piuttosto appare come un argomento fattuale-assiologico (dal fatto cioè che tanti bambini crescono senza padre se ne vorrebbe dedurre che l'assenza della figura paterna non è per essi dannosa). Credo però che questa deduzione sia fallace: lo mostra abbondantemente la psicologia dell'età evolutiva, anche se il portato di *infelicità* del bambino che viva situazione del genere non consente precise misurazioni statistiche. La questione, peraltro, per il giurista, può

ridursi in termini molto più semplici, senza scomodare la psicologia, in termini che non hanno un carattere fattuale, ma di principio: quale deve considerarsi prevalente tra l'indubbio *interesse* di una donna (sterile) ad avere un figlio (tramite pratiche di fecondazione assistita) e l'altrettanto indubbio *interesse* di un bambino (chiamato alla vita mediante queste pratiche) ad avere *sia una madre che un padre* – a partecipare cioè ad una piena esperienza di familiarità? Credo che si possa ammettere che entrambi questi interessi hanno un valore intrinseco, ma che, nel caso in cui entrino in conflitto, il semplice buon senso, che in una alternativa difficile ci induce a propendere per l'opzione *meno rischiosa*, ci induce a ritenere che sia l'interesse del nascituro quello che debba essere ritenuto *prevalente*. Meglio sacrificare il desiderio di genitorialità di una donna sterile (o di una coppia omosessuale) – desiderio che, se autentico, può trovare compensazione in molte diverse forme di impegno a favore dell'infanzia – che porre un bambino al rischio di gravi e forse insanabili scompensi socio-psicologici. Questa del resto è la logica che guida non solo la vigente legge italiana sull'adozione (che antepone al mero desiderio adottivo di una coppia la sua capacità *obiettiva* di venire incontro e soddisfare gli interessi *obiettivi* del bambino), e molte legislazioni straniere in tema di fecondazione assistita, ma anche – come già si è detto – tutte le pronuncie internazionali sui diritti dell'infanzia, a partire dalle Dichiarazioni delle Nazioni Unite, che ripetono quasi con monotonia che *in all cases the interests of the children shall be paramount*¹⁵.

Non spetta alle Dichiarazioni o alle Convenzioni internazionali indicare su cosa propriamente si fondi questo principio della *prevalenza dell'interesse del bambino* su quello di qualunque altro soggetto adulto (ivi compresi i suoi genitori): anzi, una certa dose

15. Cfr. a mero titolo di esempio, la *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna*, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979, Art. 16, 1° comma, lettera d.

di indeterminazione può, in documenti del genere, rivelarsi preziosa, perché porta immediatamente l'attenzione sui problemi più urgenti, quelli della prassi. La riflessione teorica, però, anche se deve scontare il rischio di impantanarsi in sterili logomachie, deve pur dire la propria parola al riguardo, perché è suo proprio obbligo quello di sottrarre la prassi alla cecità che la caratterizza, quando sia abbandonata a se stessa. La questione dei diritti dell'infanzia è, sotto questo profilo, esemplare. Il dovere di riconoscere un *primato* agli interessi dei minori non discende da una *metafisica dell'innocenza*, cioè dal mero fatto che i minori sono soggetti costitutivamente deboli –il che è senza dubbio vero, ma non basta di per sé a falsificare l'arguto motto di Karl Kraus, secondo cui prima di difendere l'infanzia bisognerebbe imparare a *difendersi da essa*¹⁶–, quanto dal fatto che la loro obiettiva “debolezza” e “innocenza” richiedono che si sappiano correttamente impostare le dinamiche relazionali che li coinvolgono –pena non solo il soffocamento dei loro interessi, ma più in generale la deformazione dei vincoli relazionali di cui essi sono protagonisti, cioè in breve la falsificazione dell'agire umano in quanto tale.

E' evidente quindi che dietro la risoluzione del Parlamento europeo non esiste un concreto riferimento alla realtà strutturale del diritto di famiglia, ma una mera opzione ideologica. In essa gli omosessuali non sono considerati per ciò che sono, ma per ciò che vorrebbero e non possono essere. La questione, per l'essenziale, è tutta in questi termini. Chi legge negli auspici della risoluzione europea un contributo alla lotta contro la discriminazione manifesta con ciò stesso di avere una visione particolarmente riduttiva del diritto. Il diritto non è tecnica per la felicità, o per la soddisfazione di particolari istanze psicologiche. Meno che mai esso è uno strumento per *acquistare una identità*. Il diritto *riconosce l'identità*, ma non può crearla, né può

16. K. KRAUS, *Detti e contraddetti*, tr.it., Milano, Adelphi, 1971, p. 91.

distruggerla (il diritto può –nei casi limite del dispotismo– togliere il nome o anche la vita a una persona, ma non potrà mai toglierle la propria autoappartenenza). Un omosessuale coniugato non aggiungerà nulla alla propria identità omosessuale: potrà forse acquisire solo un *ruolo sociale*. Un eterosessuale coniugato acquista più di un ruolo: diviene destinatario di un *dovere*, nell'ordine dell'esistenza e delle generazioni.

5. CONCLUSIONE

Concludo. Nella sua *Lettera alle famiglie* (§ 17) Giovanni Paolo II definisce il matrimonio come il patto con cui “l'uomo e la donna stabiliscono tra loro la comunità di tutta la vita, per sua natura ordinata al bene dei coniugi e alla procreazione e educazione della prole”. E aggiunge: “solo una tale unione può essere riconosciuta e confermata come ‘matrimonio’ nella società. Non lo possono invece le altre unioni interpersonali che non rispondono alle condizioni sopra ricordate, anche se oggi si diffondono, proprio su tale punto, tendenze assai pericolose per il futuro della famiglia e della stessa società”.

Leggendo queste righe, per il giurista si impone con immediatezza una considerazione. Il Papa, per definire il matrimonio, utilizza le espressioni del *Codice di diritto canonico* (e più precisamente quelle del can. 1055). Egli quindi, implicitamente, riconosce che per comprendere la specifica valenza del matrimonio il riferimento al diritto è imprescindibile. Comunque si voglia definire e tematizzare il matrimonio, non se ne dovrà mai mettere in ombra la dimensione giuridico-istituzionale. E' per questa dimensione, del resto, che il matrimonio (così come del resto più in generale la famiglia) chiede di essere *riconosciuto nella sua identità* e accettato nella sua *soggettività sociale* (per continuare a usare le espressioni della *Lettera*). Da questa considerazione si può dedurre un corollario, sul quale è urgente che i

giuristi tornino a riflettere e che possiede una valenza conclusiva del nostro discorso: la difesa del matrimonio e della famiglia corrisponde certamente alla difesa di *valori etico-religiosi*, ma solo nei limiti in cui lo stesso matrimonio, e in generale la famiglia, sono obiettivamente intesi come *dimensioni giuridico-istituzionali dell'esistenza umana*, secondo la dimensione cioè che più è loro propria.