

Rosaria Piroso*

L'impronta (v-)etero-patriarcale e adultocentrica nel diritto di famiglia italiano. Alcune riflessioni teorico-giuridiche a partire dal "ddl Pillon"

Sommario

1. Introduzione – 2. La “peculiare” ambivalenza del diritto – 3. Il rapporto tra società e diritto: una lettura nella prospettiva del diritto di famiglia – 4. “Una genitorialità a orologeria” – 5. “Nell’interesse del minore”: una strumentalizzazione a 370 gradi? – 6. Alienazione genitoriale. C’è un giudice a Strasburgo (“da sfruttare”) – 7. Cognizione interdisciplinare e giurisprudenza. Un giudice italiano (“da estromettere”) – 8. Un indicatore lampeggiante.

Abstract

Il presente saggio, a partire dai presupposti del ddl Pillon, si propone di sviluppare una riflessione sulla solidità di una concezione paritaria nelle relazioni familiari e sulle prospettive di mutamento di una visione “monistica” della genitorialità nel diritto italiano. Il contributo intende, infatti, vagliare l’iniziativa legislativa, proponendone una lettura che, oltre a evidenziare le discontinuità rispetto alla normativa in vigore, “diagonalizzi” i profili che rimandano alla preesistenza e alla persistenza di un’impronta etero-patriarcale e adultocentrica nel diritto di famiglia del nostro paese. Prendendo in considerazione la specifica ambivalenza dello strumento giuridico in ambito familiare, l’articolo, infine, ha l’obiettivo di marcare la connessione tra la marginalizzazione dell’approccio giusfemminista nella cultura giuridica e le carenze dell’ordinamento nella tutela soggettiva, con riguardo alla violenza di genere, all’eguaglianza dell’orientamento sessuale e alla cognizione giudiziale nella materia dei rapporti di famiglia.

Starting from the assumptions of the Pillon bill, the present essay aims to develop a reflection on the strength of an equal conception of family relationships and on the prospects for changing a “monistic” vision of parenthood in Italian law. As a matter of fact, the contribution intends to examine the legislative initiative, proposing a reading that, as well as highlighting the discontinuities with respect to the legislation in force, “diagonalizes” the profiles that refer to the pre-existence and persistence of a hetero-patriarchal and adult-centric imprint in the family law of our country. Finally, taking into consideration the specific ambivalence of the legal tool in the family context, the article has the objective to mark the connection between the marginalization of the legal-feminist approach in juridical culture and the deficiencies of the Italian system in the legal protection with regards to gender violence, equality of sexual orientation and litigation in matter of family relations.

* Assegnista di ricerca in Filosofia del diritto, Università di Firenze.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Introduzione

È verosimile che il disegno di legge n. 735 “Norme in materia di affido condiviso, mantenimento diretto e garanzia di genitorialità” non sarà approvato, ma, a distanza di oltre due anni dal dibattito parlamentare che ha accompagnato la presentazione del cd. “ddl Pillon”, può risultare comunque di un qualche interesse una riflessione volta a mantenere viva l’attenzione sui suoi presupposti. Il presente saggio, sollecitato dalla permanente centralità di una concezione “monistica” di genitorialità nell’ordinamento italiano e dai recentissimi sviluppi in materia di alienazione genitoriale, intende proporre un’analisi che, partendo dalle discontinuità con la normativa vigente in materia di affidamento di minori, figli di genitori separati o divorziati, prevista dalla legge n. 54/2006, offra spunti per “diagonalizzare” l’iniziativa legislativa Pillon. Tale espressione intende restituire almeno un’eco della complessa prospettiva della “diagonalizzazione del presente attraverso la storia” che, nel pensiero di Michel Foucault, investe la dimensione ontologica, gnoseologica ed epistemologica. Questo approccio innerva la costituzione e il riconoscimento delle soggettività, le forme di produzione della verità, passando, soprattutto, attraverso strutture epistemologiche che non divaricano l’attualità dal passato¹. In tal senso, il presente è continuamente sfidato e la storia non è soltanto uno strumento diagnostico che “accede” alla dimensione soggettiva, sociale e politica che si dà nel contingente. Pertanto, si evidenzieranno i profili del ddl che rimandano alla preesistenza e alla persistenza nel diritto di famiglia italiano di un’impronta etero-patriarcale e adultocentrica, secondo un’analisi che intende considerare il rapporto tra le forme politiche e giuridiche, la collettività sociale e le singole persone.

Più in particolare, nel § 2, si introdurrà il tema della centralità del paradigma organicistico della “famiglia sessuale e procreativa” che, in generale, inadatto a dare contezza del mutato rapporto tra l’ambito familiare e la sfera pubblica nelle odierne società pluralistiche, si pone alla base della “diversa velocità” del diritto di famiglia italiano rispetto ad altri settori giuridici e ad altri ordinamenti europei e nordamericani. Muovendo da questo argomento, si intende evidenziare che la costitutiva ambivalenza dello strumento giuridico con riguardo alle relazioni familiari conosce una declinazione specifica.

Nel § 3 anche l’analisi del nesso strutturale tra la dimensione giuridica e quella sociale trova collocazione in un orizzonte analitico ed ermeneutico distinto, richiamato dalla sfera familiare e non dalla società nel suo complesso, che consente di mostrare come la concezione dell’irriducibilità al diritto dei rapporti familiari – ovvero l’idea che la complessità delle relazioni interpersonali nella famiglia non possa essere irrigidita e compressa nella dimensione giuridica – abbia l’esito di assegnare eccessiva rilevanza alla morale² e, dunque, conferisca stabilità al binarismo “etero-omo”. L’impronta (v-)etero-patriarcale, riflessa in alcune scelte politiche e giudiziali, dunque, offre supporto all’ipotesi di un’interpretazione “diagonalizzante” dell’iniziativa legislativa Pillon e dei suoi tratti qualificanti (§ 4).

Nel § 5 e § 6, questa lettura del ddl, mettendo in questione la solidità di una visione paritaria delle relazioni familiari come fulcro del diritto di famiglia vigente, ha l’obiettivo di fare emergere l’intento strumentalizzante dei proponenti in rapporto all’uso dei principi di diritto, agli “approdi” della giurisprudenza nazionale e comunitaria, ai presupposti sostanziali e “deontologici” degli istituti rilevanti in materia e, soprattutto, agli effetti sulle persone “destinatari” delle decisioni del legislatore e dei giudici. Nel § 6, in particolare, si evidenzia l’utilizzo “funzionalistico” del complesso territorio dell’alienazione parentale. Con riferimento a questo ambito di osservazione, nel § 7, si affronta la cesura tra la cognizione giudiziale e gli ambiti di conoscenza diversi dal diritto, il cui apporto, se non compresso negli stilemi “istituzionalizzati” delle valutazioni processuali su perizie e consulenze tecniche, avrebbe l’effetto di accrescere le *chances* di effettiva protezione del minore e della madre. Infine, nel § 8, guardando al coinvolgimento della cultura giuridica italiana, refrattaria ad accogliere (e a comprendere) il giusfemminismo, ci si propone di mostrare come il disegno di legge Pillon sia un indicatore significativo dell’insufficiente risposta del sistema giuridico rispetto alla violenza di genere e anche dell’attaccamento ad una concezione “monistica” di genitorialità.

- 1 Sulle implicazioni epistemologiche di questa visione cfr. M. Foucault, *Le courage de la vérité. Le gouvernement de soi et des autres II. Cours au Collège de France, 1984*, Paris, Gallimard Seuil, 2009, tr.it. *Il coraggio della verità. Il governo di sé e degli altri II*. Corso al Collège de France (1984), Milano, Feltrinelli, 2016, pp. 14-15. Sandro Chignola valorizza la “diagonalizzazione del presente” nella prospettiva foucaultiana anche nel suo recente *Foucault’s Politics of Philosophy. Power, Law and Subjectivity*, New York, Routledge, 2019.
- 2 Per un’analisi del tema dell’irriducibilità al diritto dei rapporti familiari in questa tale cornice teorica, un riferimento imprescindibile è S. Rodotà, *Diritto d’amore*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

2. La “peculiare” ambivalenza del diritto

Con l'entrata in vigore del Codice civile del 1942 e la consacrazione nella Carta fondamentale, il matrimonio eterosessuale è stato rafforzato nella sua funzione di cellula costitutiva e di storico fondamento dell'ordine sociale. Questa concezione, che ha il suo centro nel paradigma organicistico³ della “famiglia sessuale e procreativa”⁴, sebbene inadatta a dare contezza del mutato rapporto nelle società pluralistiche tra l'ambito familiare e la sfera pubblica⁵, è stata rinnovata attraverso le scelte del legislatore italiano, ma, come si evidenzierà, ha continuato ad avere spazio nella cultura giuridica e nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

La locuzione “cultura giuridica” può essere usata, come ha suggerito Lawrence M. Friedman,

per descrivere un gran numero di fenomeni tra loro collegati. Anzitutto è usata per riferirsi alla conoscenza del sistema giuridico da parte del pubblico e agli atteggiamenti e modi di comportamento del pubblico riguardo al diritto [...]. Un tipo estremamente importante di cultura giuridica di gruppo è quello dei professionisti del diritto⁶.

Rilevante è per il celebre studioso statunitense la distinzione tra “la cultura giuridica esterna”, che definisce come “la cultura giuridica propria di tutta la popolazione e comune a tutta la popolazione”, e la “cultura giuridica interna”, ovvero “la cultura giuridica propria di quei membri della società che compiono attività giuridiche specializzate”⁷.

La recente sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale ha confermato la persistenza nell'ordinamento italiano dell'idea di famiglia come “società naturale”⁸ fondata sul matrimonio. La Suprema Corte, infatti, ha stabilito la rilevanza costituzionale delle “unioni omosessuali” e, tuttavia, riconducendole all'ambito delle “formazioni sociali” previste dall'art. 2 Cost., ha escluso la possibilità di riconoscere il diritto di matrimonio, previsto dall'art. 29 Cost., alle coppie di persone dello stesso sesso.

Orbene, per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di

- 3 La concezione organicistica della società, che pone al suo centro la famiglia, si può fare risalire a Emile Durkheim (*La Famille conjugale*, in *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, Librairie Félix Alcan, 1932, 91, pp. 1-14), ma, rappresenta, anche uno dei cardini dello struttural-funzionalismo di Talcott Parsons (*Structure of Social Action*, 2 voll., New York, Macmillan Publishers, 1967, vol.1). In questa seconda declinazione che, a differenza di quella durkheimiana, non individua il proprio referente empirico in una società socialmente e culturalmente omogenea, ma nella società multiculturale degli Stati Uniti d'America della seconda metà del secolo scorso, il ruolo dei gruppi familiari (bianchi, anglosassoni e protestanti) sembra funzionale alla tenuta del conformismo sociale, obiettivo storico e trasversale ai settori delle politiche sociali e previdenziali statunitensi. Per una disamina filosofico-giuridica e sociologico-giuridica del rapporto tra diritto e integrazione sociale si veda F. Belvisi, *Diritto e integrazione sociale: la teoria delle istituzioni. Materiali per una ricostruzione storica*, in E. Santoro (a cura di), *Diritto come questione sociale*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 1-57.
- 4 Per l'inquadramento sociologico di questo paradigma, rimane un riferimento centrale C. Saraceno, *Sociologia della famiglia*, Bologna, Il Mulino, 1988.
- 5 Con riguardo all'incapienza della prospettiva meccanicistica della “famiglia sessuale e procreativa” in relazione alla crescente complessità sociale, si vedano le puntuali argomentazioni contenute in V. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003. Sul superamento del “paradigma tradizionale” verso altre forme familiari, si segnalano I. Théry, *Le démarriage*, Paris, Editions Odile Jacob, 1993; C. Saraceno, *Coppie e famiglie. Non è una questione di natura*, Milano, Feltrinelli, 2012; *Ead.*, *L'equivoco della famiglia*, Roma-Bari, Laterza, 2017. Per un'interessante analisi giusfilosofica, nel contesto anglosassone, si veda M.A. Fineman, *The Neutered Mother, The Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, London, Routledge, 1995.
- 6 L. M. Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, Il Mulino, 1978, cap. VIII, p. 326, cit. in V. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, p. 225.
- 7 L. M. Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, Il Mulino, 1978, cap. IX, p. 371, cit. in V. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, p. 225. È evidente che la nozione di “cultura giuridica interna” non comprende soltanto i giuristi che adempiono a un ruolo tecnico nel processo legislativo, ma anche gli avvocati e i giudici nell'esercizio delle rispettive professioni.
- 8 “Con tale espressione, come si desume dai lavoratori preparatori dell'Assemblea Costituente, si volle sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere”, Corte costituzionale, sentenza del 23 marzo 2010 n. 138, p. 18.

vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri⁹.

Ancora ha sottolineato come possa “accadere che, in relazione a ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza”¹⁰.

Questi passaggi, centrali nel tessuto motivazionale della pronuncia, segnalano che il giudice costituzionale è rimasto ancorato alla “consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio”¹¹ e al concetto di una naturale complementarietà biologica tra coniugi di sesso diverso. Come sostengono autorevoli costituzionalisti¹², scegliendo la forma di una “sentenza addittiva”, la Corte costituzionale avrebbe potuto superare un’ermeneutica “giusnaturalistica” e originalistica dell’articolo 29 Cost., non restando ai margini del dialogo giurisprudenziale¹³ che, in materia di riconoscimento del diritto di matrimonio, si è sviluppato nello spazio giuridico europeo tra le Corti Supreme e sovranazionali a partire dal primo decennio degli anni Duemila¹⁴.

Richiamando l’art. 2 della Carta fondamentale, invece, il giudice costituzionale si è indirizzato verso un’interpretazione “conservativa”¹⁵ che, non intervenendo sul fondamento costituzionale del matrimonio, ha confermato la “dicotomia”¹⁶ tra eterosessualità e omosessualità. Si possono avanzare ipotesi sulle ragioni per le quali nell’esperienza politico-giuridica e nella giurisprudenza italiana, la visione

9 *Ibidem*, p. 18.

10 Corte costituzionale n. 138/2010, cit., p. 18. Va osservato che il termine “trattamento” porta con sé il retaggio di una visione del diritto di famiglia tipica di uno Stato autoritario/paternalistico che “mette sotto tutela” i soggetti più che garantirne la protezione giuridica. Per un approfondimento dei profili rilevanti della regolamentazione legislativa della famiglia tradizionale in Italia, che prende in considerazione la penetrante influenza dell’ordine pubblico sull’ordine privato, si veda l’opera citata di V. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, in particolare pp. 5-29.

11 *Ibidem*, p. 17.

12 Si segnala, in particolare, il contributo di A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio* in *www.forumcostituzionale.it*, 2011. Sul tema si veda anche A. Pugiotto, *La ‘società naturale’ e i suoi ‘nemici’. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Atti del seminario di Ferrara*, Torino, Giappichelli, 2010, e-book, pp. XV-XVII.

13 L’espressione “dialogo giurisprudenziale”, con riguardo al caso specifico, ha una sua plausibilità posto che le decisioni in materia sono state numerose, concomitanti e di orientamento assimilabile (cfr. la nota seguente). Il rigore epistemologico del concetto di “dialogo tra Corti”, tuttavia, può non resistere alla prova di temi in cui la convergenza tra le Corti internazionali e sovranazionali deve fare i conti con la specificità dei singoli ordinamenti giuridici. In questo senso, per esempio, è significativa la vicenda del rapporto tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti umani, nell’ambito della quale, oltre alle cosiddette “sentenze gemelle” (Corte costituzionale, sentenza del 22 ottobre 2007 n. 348; Corte costituzionale sentenza del 22 ottobre 2007 n. 349), è rilevante la pronuncia n. 49/2015 (Corte costituzionale, sentenza del 14 gennaio 2015 n. 49). In essa, il giudice costituzionale italiano, rispondendo “politicamente” al giudice di Strasburgo in *Varvara* (Cedu, *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2010, ricorso n. 17475/09), ha inteso ribadire l’infungibilità dello sguardo della giurisdizione domestica rispetto a fenomeni di rilevanza nazionale come quello degli effetti della criminalità mafiosa. Per un approfondimento sul tema, si veda D. Tega, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 2, pp. 405-405. Sull’epistemologia della categoria del dialogo e sulla peculiare “relazione dialogica” tra la Corte Edu e le Corti inglesi, si rinvia a S. Creighton, N. Padfield, R. Piroso, *England and Wales: an uncertain relationship with European institutions* in G. Cliquennois, H. de Suremain (eds.), *Monitoring Penal Policy in Europe*, Routledge, New York, 2018, pp. 127-149. In generale, si segnala A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2009. Utili considerazioni si trovano anche in L. Marchettoni, *Dialogo fra corti e judicial borrowing: una prospettiva inferenzialista*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2015, 1, 4, pp. 149-170. Nel dibattito scientifico italiano, un riferimento importante è l’opera monografica di B. Pastore, *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, Padova, CEDAM, 2014.

14 Di impulso è stato il Tribunale costituzionale del Portogallo, con sentenza del 9 luglio 2009 n. 359. Di lì a poco hanno riconosciuto la costituzionalità del diritto al matrimonio di persone dello stesso sesso il Tribunale costituzionale spagnolo, con la pronuncia del 6 novembre 2012 n. 198, e il Conseil constitutionnel francese, con la decisione del 17 maggio 2013 n. 2013-669. Anche l’ordinamento belga e olandese si sono posti nella stessa direzione. Nel caso *Oliari e altri c. Italia*, di cui si tratterà più avanti, la Corte Edu, ha evidenziato il mancato allineamento del Governo italiano a questa tendenza, in via di progressiva affermazione, nell’ambito del contesto comunitario.

15 Un timido ampliamento della tutela alle coppie formate da persone dello stesso sesso viene riconosciuto dalla Corte di Cassazione, prima sezione civile, nella sentenza del 15 marzo 2012 n. 4184, che ribadisce il ricorso al giudice come strumento per ristabilire le violazioni soggettive.

16 “La dicotomia funziona con logica binaria e impone un’alternativa”, Gf. Zanetti, *Eguaglianza come prassi. Teoria dell’argomentazione normativa*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 11.

“naturalizzante” del matrimonio eterosessuale – che continua a dare linfa al binarismo “etero-omo”¹⁷ – abbia avuto una tenuta maggiore rispetto ad altri ordinamenti.

Sul tema, un argomento centrale riguarda senza dubbio il condizionamento storicamente impresso sulle determinazioni del legislatore ordinario dalla presenza dello Stato Vaticano nel territorio del nostro paese e dalla posizione di potere della Chiesa cattolica. In questo senso, non è un caso che, come si evidenzierà, l'intreccio tra cattolicesimo oltranzista e opportunismo politico abbia consentito di “mettere in forma” i contenuti del disegno di legge Pillon¹⁸, a partire da un'istanza di riaffermazione della “famiglia tradizionale” che ha preso corpo nelle frange venete dell'elettorato della Lega Nord¹⁹. Mentre il discorso scientifico sull'influenza del cattolicesimo offre un orizzonte analitico fecondo entro cui collocare la difficile affermazione delle istanze di cambiamento in materia di relazioni familiari²⁰, il narrative *mainstream* rimane confinato entro gli steccati di argomentazioni “tautologiche” che si limitano a marcare un'incontestabile esposizione dell'ordinamento italiano rispetto all'influenza delle istituzioni cattoliche, risultando, pertanto, scollate dall'ambito di una riflessione politica proiettata verso le soluzioni normative²¹.

In Italia, il diritto di famiglia sembra scandito da una velocità diversa rispetto ad altri settori giuridici, avendo faticato a garantire eguale tutela a tutti i soggetti del rapporto familiare²² e, pertanto, ad accogliere una prospettiva incentrata sul singolo individuo come fulcro di universo relazionale²³. Guardando alla storia del diritto italiano, questa considerazione non riguarda soltanto il legislatore ordinario, ma può estendersi alle scelte del Costituente. Se il cattolicesimo politico ha partecipato in modo rilevante all'approvazione di norme fondanti l'ordine costituzionale come gli artt. 2 e 3 della Carta fondamentale, con riguardo alla prospettiva di genere e alla materia del diritto di famiglia, in senso altrettanto decisivo, questa corrente ha contribuito all'affermazione di opzioni “meno dirompenti”²⁴.

Centralità della persona, pluralità dei gruppi nei quali l'individuo si realizza, primato del bene comune, carattere strumentale e non finale dello Stato sono dunque i punti di forza di un movimento cattolico che, nel momento in cui entra nel vivo della lotta antifascista, per un verso è costretto a fare i conti con la propria tradizione, prendendo le distanze da ciò che in essa poteva aver indotto ad assumere un atteggiamento ‘transigente’ nei confronti del regime, mentre per un altro verso è sollecitato a interrogarsi sulla possibilità di individuare punti di convergenza con le molteplici componenti dello schieramento resistenziale. In questo processo di rinnovamento e di coinvolgimento del cattolicesimo politico in un contesto tanto nuovo quanto imprevedibile non possono certo mancare le tensioni e divaricazioni interne (...). Non è però (...) sulla visione della persona come tale che si appuntano le divergenze²⁵.

-
- 17 Per le implicazioni di tale concetto, nella letteratura internazionale, pionieristico è il contributo di E.K. Sedgwick, *Epistemology of the Closet*, Berkeley, University of California Press, 1990, tr.it. *Stanze private. Epistemologia e politica della sessualità* (traduzione a cura di F. Zappino), Roma, Carocci, 2011. Nel dibattito scientifico nazionale di grande interesse M.R. Marella, *Queer Eye for The Straight Guy. Sulle possibilità di un'analisi giuridica queer*, in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa (Ospedaletto), Pacini, pp. 249-272.
- 18 Si tratta del disegno di legge n. 735 “Norme in materia di affidamento condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità”, comunicato alla presidenza il 1° agosto 2018 nel corso della diciottesima legislatura, noto come “ddl Pillon”, d’iniziativa dei senatori Pillon, Ostellari, Candura, Pellegrini, Piarulli, D’Angelo, Evangelista, Giarrusso e Ricciardi.
- 19 Questo profilo sarà trattato nel paragrafo 4.
- 20 V. S. Garbagnoli, M. Prearo, *La croisade “anti-genre” du Vatican aux manifs pour tous*, Paris, editions Textuel, 2017, tr. it. *La crociata “anti-gender” dal Vaticano alle manifs pour tous*, Torino, kaplan, 2018.
- 21 Un ragionamento circolare, la cui premessa iniziale consiste nel rimarcare che l'influenza della Chiesa Cattolica impedisce il cambiamento e la cui conclusione si incentra sul fatto che i mutamenti sono impediti dalla presenza della Chiesa cattolica è, spesso, invocato nelle giustificazioni della politica ed è presente nel sentire comune. Per un'analisi che offre un'alternativa alla visione delle confessioni religiose (e dei loro apparati organizzativi) come impedimenti (automatici) nell'esercizio dei diritti delle persone omosessuali si segnala J. Nedelsky, R. Hutchinson, *Clashes of Principle and the Possibility of Dialogue: A Case Study of Same-Sex Marriage in the United Church of Canada*, in R. Moon (ed.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, Vancouver-Toronto, UBC Press, 2008, pp. 41-64.
- 22 Si veda M. R. Spallarossa, *Verso una più efficace protezione dei diritti dei figli: l'affidamento dei figli ad entrambi i genitori separati*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2006, 36, 2, pp. 529-540.
- 23 Per una revisione dell'approccio organicistica in materia di relazioni personali, affettive e intime: A. Giddens, *The Transformation of Intimacy: Sexuality, Love and Eroticism in Modern Societies*, Cambridge, Polity Press, 1992.
- 24 Cfr. sul tema M. Gigante (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Napoli, ESI, 2007.
- 25 P. Costa, *Storia della cittadinanza in Europa. 4. L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 450.

I riferimenti sin qui introdotti non rimandano soltanto alla “diversa velocità” del diritto di famiglia, ma anche alla costitutiva ambivalenza dello strumento giuridico nel suo complesso che, nel campo dei rapporti familiari, “sconta” una declinazione specifica. Infatti, il diritto nel suo carattere ancipite, che contribuisce all’affermazione delle logiche di dominio e, a un tempo, garantisce la protezione delle situazioni soggettive²⁶, in relazione alla sfera familiare, da un lato, ha trattenuto (più a lungo) la sua matrice oppressiva e, dall’altro, continua a esprimere con forza la sua carica emancipatoria²⁷. La persistente impronta discriminatoria del diritto, come si sottolineerà, si riconnette alla tardiva liberazione dal paradigma di una morale tradizionale, dalla categoria della “natura”²⁸ e dalla “conformità sociale”, mentre il potenziale rivendicativo (in azione)²⁹ mostra che gli istituti esistenti non sono in grado di assicurare ancora una tutela solida a tutte le soggettività (“rilevanti”).

3. Il rapporto tra società e diritto: una lettura nella prospettiva del diritto di famiglia

La difficile soccombenza dell’idea che la protezione della famiglia come “società naturale” ed entità sovraordinata sia prioritaria rispetto alla soggettività dei suoi membri proviene da (non molto) lontano. In questa direzione, è utile richiamare brevemente alcune fattispecie previgenti che, *in violazione del principio di uguaglianza di genere*, assumevano il matrimonio come unico ambito di esercizio legittimo della libertà sessuale (persino ad effetto retroattivo)³⁰. Lo scopo, agli effetti del presente saggio, non è quello di fornire una ricostruzione formale di tali istituti giuridici, quanto di discuterne i presupposti sostanziali nel quadro di un approccio sociologico che si propone di individuare una “diagonale genealogica” tra il presente e alcuni profili emblematici del suo retroterra storico.

La norma penale sull’illegittimità dell’adulterio femminile, il matrimonio riparatore o le previsioni civilistiche che ricollegavano al difetto di verginità l’annullamento del matrimonio (non attribuendo, invece, alcuna rilevanza all’*impotentia coeundi et generandi*, pur all’interno del modello della famiglia procreativa), non possono essere considerate soltanto guardando alla responsabilità del legislatore, ma chiamano in causa, in senso più generale, la funzione del diritto nel suo complesso e, dunque, il tema della strutturale relazione tra diritto e società.

Questo nesso ha delle distinte implicazioni, quando i termini sono la dimensione giuridica, da un lato, e l’ambito intimo e personale delle relazioni affettive, amorose o, meglio in senso comprensivo, familiare³¹, non genericamente “sociale”, dall’altro. I processi di positivizzazione sollecitano la questione relativa al se sia l’azione del legislatore ad informare evolutivamente la mentalità comune o se, piuttosto, siano le istanze provenienti dalla collettività a costituire il fattore propulsivo di alcune scelte politiche, con la conclusione che sia difficile enucleare chirurgicamente quale dei profili abbia una maggiore

26 Per un’analisi giusfilosofica sull’ambivalenza del diritto si vedano B. Pastore, *Per un’ermeneutica dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2004; F. Mancuso, *Il doppio volto del diritto*, Torino, Giappichelli, 2019.

27 Nel quadro dei *Critical Legal Studies*, il diritto ha avuto un ruolo centrale nella costruzione – non neutrale rispetto al genere – della soggettività titolare di diritti, ma è anche uno strumento che consente di mettere in atto processi rivendicativi.

28 La “natura” come categoria fondativa e come premessa per l’esercizio dei diritti, oltretutto nell’articolo 29 comma 1, ricorre anche nell’art. 37 Cost. che, nel prevedere il principio della parità di retribuzione, in generale delle condizioni di lavoro della donna lavoratrice rispetto all’uomo lavoratore, pone riferimento all’ambito familiare e alla maternità, come a una funzione “essenziale” della donna. Cfr. M. Barbera, *L’evoluzione storica e normativa del problema della parità retributiva tra uomo e donna*, in *Lavoro e diritto*, 1989, 3, pp. 593-633. Sull’apparente neutralità e imparzialità del diritto come strumento di perpetuazione della disuguaglianza di genere, si veda il contributo di T. Pitch, *Sesso e genere del e nel diritto: il femminismo giuridico* in E. Santoro (a cura di), *Diritto come questione sociale*, cit., pp. 91-128, in particolare in relazione all’impronta “giusnaturalistica” dell’art. 37 Cost., pp. 28-29.

29 In tale direzione, si collocano certamente le azioni giudiziali che hanno condotto alle sentenze incentrate sul riconoscimento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso, richiamate nel presente contributo.

30 Come si evidenzierà più avanti, all’interno del rapporto di coniugio, acquistava rilevanza giuridica il difetto di verginità della moglie.

31 Il paradigma della “famiglia sessuale”, che esclude un’idea di famiglia incentrata su relazioni affettive, in una prospettiva foucaultiana, è maggiormente funzionale al controllo sociale, dal momento che uno dei principali dispositivi del biopotere è l’etero-coercizione della sessualità. Cfr. M. Foucault, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, 1, Milano, Feltrinelli, 2013. Recentemente, in Canada, nella provincia dell’Alberta, e in alcuni stati della federazione statunitense, come lo Utah, sono state riconosciute delle forme di tutela anche alle “coppie non coniugali”.

“rilevanza causale” nella produzione dei mutamenti sociali. Con riguardo alla materia dei diritti delle persone nella sfera delle relazioni familiari, assieme alle dimostrazioni più risalenti di cui tratteremo, anche recenti esempi evidenziano il ruolo di traino del diritto giurisprudenziale – non a caso derivante dall’*activity of claiming*³² – rispetto ad un “sentire comune” che ha tardato a liberarsi dalle “pastoie” di una morale conservatrice e che ha gravato sulle strutture normative.

Come è stato puntualmente sottolineato,

L’orientamento sessuale è il problema classico relativo alla coercizione giuridica della morale, il *Legal Enforcement of Morals*, con le conseguenti riflessioni sui cosiddetti *victimless crimes*; l’orientamento sessuale emerge come problema tipico relativo alla relazione tra diritto e morale in rapporto alle discriminazioni delle minoranze³³.

In tal modo Gianfrancesco Zanetti afferma la specifica rilevanza della riflessione giusfilosofica sui problemi posti dall’orientamento sessuale, attraverso l’esperienza politico-giuridica statunitense in cui le relazioni tra persone omosessuali sono state “giuridicamente qualificate” con categorie penalistiche e previsioni “eticizzanti” (le cosiddette *Sodomy Laws*), hanno poi ricevuto un riconoscimento *de facto* – che ha consentito di ascrivere alla sfera del *valuable*³⁴ quelli che erano definiti “comportamenti omosessuali” oggetto di fattispecie incriminatrici – e, infine, sono state ricondotte all’alveo della tutela costituzionale, sia pure entro una protezione coestensiva che ha allargato ai “nuovi titolari” i diritti previsti per le persone eterosessuali³⁵. Decisiva, in tal senso, è stata la sentenza della Corte Suprema *Obergefell v Hodges*³⁶. Nel caso italiano, la legge n. 76 del 2016, nota come legge Cirinnà³⁷, ha ricevuto impulso³⁸ dalla pronuncia *Oliari e altri c. Italia*, nella quale la Corte EDU ha accertato la violazione dell’art. 8 della Convenzione europea per avere omesso di adottare una legislazione diretta al riconoscimento e alla protezione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso³⁹. Il giudice di Strasburgo ha ricordato che tale norma, diretta

32 Per un’analisi giusfilosofica della concezione rivendicativa del diritto come alternativa teorica (e pratica) si veda L. Baccelli, *I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 86-148.

33 Gf. Zanetti, *L’orientamento sessuale. Cinque domande tra diritto e filosofia*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 8. Herbert Lionel Adolphus Hart e Patrick Devlin ebbero un ruolo importante nel dibattito sulla coercizione giuridica della morale, Nel testo citato, Gianfrancesco Zanetti si sofferma, in particolare, sulle posizioni di Devlin e sulla cosiddetta *disintegration thesis*, secondo cui le società soggiacenti agli ordinamenti giuridici necessitano di valori condivisi, di un *idem sentire* in fatto di morale (pp. 13-46).

34 Zanetti utilizza il termine inglese preferendolo all’espressione “dotato di valore”, perché rispetto a quest’ultimo sintagma “che non fa parte del repertorio comunicativo abituale di chi parla la lingua italiana”, “ha una flessibilità maggiore, ma nello stesso tempo è meno ambiguo”, *ibidem*, p. 47.

35 Le coppie concettuali *legal/illegal, valuable/non valuable*, eguale / diseguale, secondo Zanetti, possono essere utili per inquadrare queste tre fasi che “sono collegate (...) in una successione genetica, non assolutamente cronologica”, nella tesi “che non c’è fra loro un rapporto seriale di causa-effetto; e che ogni fase costituisce una condizione necessaria ma non sufficiente per l’attivazione di una fase successiva. Successione non assolutamente cronologica significa che non è necessario che una fase sia conclusa affinché la fase successiva possa partire (anzi una *timeline* mostrerebbe sovrapposizioni e aperture di vario tipo), ma che idealmente una fase non può essere attiva se prima non sia partita la fase precedente, anche se quest’ultimo evento, di per sé stesso, non è una causa sufficiente (ma neppure un *triggering factor*) della fase successiva. Questo significa, intuitivamente, che non è stato possibile, dal punto di vista logico-genetico delle argomentazioni, porre il problema del valore meritevole di tutela delle relazioni gay e lesbiche senza che si fosse prima sviluppata l’idea della problematicità della condanna penale di tali relazioni, e che non è possibile, sempre dal punto di vista logico-genetico delle argomentazioni, porre il problema dell’eguaglianza fra relazioni eterosessuali e relazioni omosessuali se non si è prima attirato l’orientamento omosessuale entro la sfera di ciò che è dotato di valore”, *ibidem*, pp. 9-10.

36 Corte Suprema degli Stati Uniti, *Obergefell v. Hodges*, 25 giugno 2015, 576 US. Per un’ampia disamina di carattere giusfilosofico sul percorso seguito dalla giurisprudenza costituzionale statunitense in merito al riconoscimento giuridico delle coppie *same-sex*, si veda, in un’ampia letteratura, G. Viggiani, *Dal diritto alla privacy al diritto al matrimonio. L’omosessualità nella giurisprudenza costituzionale statunitense*, Milano-Udine, Mimesis, 2015.

37 Tale legge, avente ad oggetto la “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”, è entrata in vigore il 5 giugno 2016.

38 Cfr. G. Viggiani, *L’inerzia del legislatore e il caso Oliari e altri c. Italia*, in *Region Pratica*, 2016, 1, pp. 261-268.

39 La pronuncia, associata al cognome Oliari, trae origine da due ricorsi riuniti presentati da tre coppie dello stesso sesso. La coppia Oliari (che non ha richiesto l’anonimato) aveva impugnato presso il Tribunale di Trento, senza successo, il diniego opposto dall’ufficiale di stato civile di procedere con le pubblicazioni. Nell’ambito del giudizio di appello, successivamente instaurato, era stato sollevato il rinvio alla Corte costituzionale, che ha condotto alla citata sentenza n. 138/2010. Le tre coppie si sono rivolte alla Corte di Strasburgo lamentando appunto la violazione dell’art. 8 (diritto alla vita privata e familiare) e altresì dell’art. 12 (diritto al matrimonio) e dell’art. 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione europea. Risulta significativo che, pur non avendo i ricorrenti esaurito i rimedi interni predisposti dallo Stato italiano, la Corte di Strasburgo abbia

a proteggere gli individui dalle ingerenze arbitrarie dello Stato nella loro vita privata e familiare, può imporre a quest'ultimo l'adozione di misure positive per assicurare il rispetto effettivo dei diritti. Richiamando la propria recente giurisprudenza ha ribadito che le coppie formate da persone dello stesso sesso hanno la medesima capacità di dare vita ad una relazione stabile e lo stesso bisogno di riconoscimento e di protezione della propria unione di quelle formate da persone di sesso diverso. La Corte ha preso atto dell'esistenza nell'ordinamento italiano dei contratti di convivenza e dei registri delle unioni civili, ma ha ritenuto che non fossero strumenti sufficienti, individuando un argomento centrale nel conflitto e nell'assenza di comunicazione tra la dimensione della realtà sociale dei ricorrenti – che vivono apertamente la loro relazione in Italia – e la legge che non consente un riconoscimento formale sul territorio. Il giudice di Strasburgo, pertanto, richiede la regolamentazione statale nell'obiettivo di tutelare situazioni giuridiche rilevanti in un ambito rispetto a cui il legislatore italiano era stato a lungo inerte.

Qualche decennio prima, invece, Arturo Carlo Jemolo, valorizzando l'autonomia della famiglia rispetto all'interventismo statale, memore degli effetti delle politiche del regime fascista, aveva messo in risalto, in un'ottica anch'essa garantista, l'eterogeneità del diritto rispetto a un territorio complesso come quello delle relazioni personali, affettive e intime⁴⁰. Guardando ai profili di criticità di alcuni istituti del diritto di famiglia e alla prospettiva eminentemente giuridica e "culturalmente orientata" di alcuni giudici⁴¹, questa idea potrebbe calzare appieno. I senatori della Lega Nord che hanno proposto il disegno di legge n. 735 non hanno esitato a citare l'illustre ecclesiasticista e storico italiano⁴², ignorando che egli "si è giustamente domandato se questo ritrarsi del diritto non lasci irrisolte, e affidate al solo costume, le difficili questioni del rapporto tra amore e diritto"⁴³. Nella lotta per i diritti negati alle donne eterosessuali, alle persone omosessuali, transessuali, *queer* e intersessuali⁴⁴ l'argomento dell'irriducibilità al diritto delle relazioni familiari, infatti, rischia di essere una zavorra. Come sostiene Stefano Rodotà, "la conquista da parte del diritto di territori prima affidati unicamente alla regola religiosa o all'imperativo etico o alla conformità sociale o al dato naturalistico non assumeva i caratteri di un'indebita espansione della dimensione giuridica"⁴⁵. Uno sguardo alla storia ci mostra che all'assenza del riconoscimento giuridico conseguiva la centralità del privilegio e delle posizioni di favore riconducibili all'appartenenza cetuale⁴⁶.

Il dibattito sviluppatosi nell'Assemblea Costituente sull'attuale disposto dell'art. 29 comma 2 Cost. offre un chiaro saggio della resistenza rispetto a un diritto definitivamente emancipato dalla "conformità sociale" o dal "dato naturalistico". L'introduzione nell'ordinamento del principio dell'eguaglianza

ritenuto i ricorsi ricevibili, in quanto l'eventuale azione intentata presso le autorità italiane, non sarebbe stata assimilata a un ricorso effettivo, tale da consentire agli stessi di ottenere la riparazione del pregiudizio subito, cfr. Corte europea dei diritti umani, *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015, (Ricorsi n.18766/11 e 36030/11), in particolare i paragrafi 83-84.

40 Questo pensiero è stato efficacemente sintetizzato nella metafora che assimila la famiglia "ad un'isola, che il diritto può solo lambire".

41 Si presta, qui, riferimento all'effetto che, da un lato, la formazione culturale e, dall'altro, la refrattarietà ad attingere a campi disciplinari diversi dal diritto, producono nella cognizione giudiziale.

42 Si riporta, di seguito, il riferimento che compare nella prima pagina del "ddl Pillon": "Come solea dire Arturo Carlo Jemolo, la famiglia è un'isola che il diritto può solo lambire, essendo organismo normalmente capace di equilibri e bilanciamenti che la norma giuridica deve saper rispettare quanto più possibile, disegno di legge n. 735 "Norme in materia di affidamento condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità", cit., p. 1

43 S. Rodotà, *Diritto d'amore*, cit., p. 18.

44 Talvolta è il "+" che conclude l'acrostico LGBTQ. Quest'ultima scelta solleva il tema dell'incerto statuto sociale dell'intersessualità, dovuto alla persistenza di un approccio medicalizzante in materia e al carattere "normalizzante" del diritto. Su queste tematiche rinvio a A. Comeni, *La condizione intersessuale: una testimonianza*, in questa *Rivista di Studi Giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2018, 5, n. 1, pp. 12-16. Sull'indebolimento dei diritti e delle garanzie soggettive nelle esperienze di "transito", invece, si segnala A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, FrancoAngeli, 2014.

45 S. Rodotà, *Diritto d'amore*, cit. p. 19.

46 Per esempio, era molto più facile per una donna benestante (e lo è tutt'ora in molti paesi), fare luogo ad un'interruzione di gravidanza senza che l'intervento la esponesse (o la esponga) al rischio della vita. L'intersezione tra la disuguaglianza di genere e il piano delle disparità sociali ed economiche tra donne conosce una specifica dimensione con riguardo allo scenario della globalizzazione e delle migrazioni transnazionali. Per un'analisi giusfilosofica e sociologico-giuridica sul tema si veda T. Pitch, *Tess e io. Differenze e disuguaglianze nella differenza*, in *Ragion pratica*, 2004, 34, 2, pp. 339-362 e più in generale T. Pitch, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano, Il Saggiatore, 1998. Sulle tappe salienti che hanno condotto alla legalizzazione dell'aborto in Italia, cfr. I. Fanlo Cortés, *A quarant'anni dalla legge sull'aborto in Italia. Breve storia di un dibattito*, in *Politica del diritto*, 2017, 48, 4, pp. 643-660.

morale e giuridica tra coniugi, contenuto nella predetta norma costituzionale, infatti, non individuò una piena convergenza⁴⁷.

Nel corso dei lavori dell'Assemblea Costituente, il testo dell'art. 29 comma 2 Cost. nell'attuale formulazione, infatti, incontrò l'opposizione di Piero Calamandrei, di Francesco Saverio Nitti e di Vittorio Emanuele Orlando. In una visione organica del dibattito sulla disposizione costituzionale citata, poi, non è difficile notare come l'attenzione della maggioranza dei Costituenti fosse tutta volta verso l'opportunità di introdurre nel testo dell'art. 29 comma 2 il carattere di "indissolubilità" del matrimonio.

Pensando alla proposta di offrire fondamento costituzionale all'eguaglianza tra coniugi, Orlando dichiarò: "Avete pensato che c'è l'articolo 144 del codice civile che dice il contrario?"⁴⁸ Dunque, su quella che sarebbe stata una disposizione della Costituzione Repubblicana, avrebbe dovuto prevalere una norma codicistica che esprimeva una concezione gerarchica dei rapporti familiari⁴⁹. Come se questo richiamo non fosse bastato, l'ulteriore argomento fu quello secondo cui il principio dell'eguaglianza morale e giuridica tra marito e moglie avrebbe avuto conseguenze destabilizzanti per l'unità familiare, collidendo con la mentalità sociale prevalente. Il testo fu poi approvato grazie alla forza con cui Maria Maddalena Rossi – potremmo dire senza alcun dubbio un'autorevole "Madre Costituente" – ne difese la rispondenza alle istanze delle donne italiane⁵⁰. Non è superfluo dire che questo nome sia assai meno conosciuto degli altri tre⁵¹.

A distanza di circa quindici anni dalla conclusione dei lavori dell'Assemblea Costituente e dall'entrata in vigore della Carta fondamentale, la Corte Costituzionale ha respinto l'eccezione di incostituzionalità sull'art. 559 c.p. che incriminava la condotta di adulterio femminile⁵², circoscrivendo la rilevanza penale dell'adulterio maschile ai soli casi di "concubinato stabile e notorio". La salvaguardia del matrimonio eterosessuale, tutta affidata alla moralità femminile, trovava una giustificazione tecnica nella tutela della "fedeltà genitale e procreativa" che, più agevolmente rispetto alla fedeltà coniugale, ha consentito di puntellare ancora per sette anni una fattispecie incriminatrice che si poneva in pieno contrasto con l'art. 29 comma 2⁵³. L'allocazione esclusiva del bene della libertà sessuale nella sfera del matrimonio "etero", come accennato in precedenza, aveva effetto retroattivo dal momento che l'ordinamento italiano individuava nel celamento del difetto di verginità un motivo di annullamento del rapporto di coniugio. Su questo punto, una sentenza emessa nel 1911 dalla Corte d'appello di Milano su un caso di *error virginitatis* per errore sulle qualità personali del coniuge offre ancora assai spunti significativi:

Elevare la verginità fisica della donna a qualità essenziale, il cui difetto, se non è stato prima dichiarato, diviene causa di annullamento delle nozze, significa abbassare il matrimonio ad un contratto

47 Tale circostanza può risultare emblematica della "diversa velocità" del diritto di famiglia cui si è posto riferimento e, verosimilmente, anche del "doppio registro giuridico", utilizzato da eminenti protagonisti della storia del diritto italiano.

48 Camera dei deputati, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, II, Camera dei deputati, Roma, 1979, rispettivamente pp. 963 per Calamandrei, 1034 per Nitti, 1161 per Orlando, cit. in S. Rodotà, *Diritto d'amore*, cit., p. 62.

49 Il previgente articolo 144 c.c. rubricato "Potestà maritale" stabiliva che "Il marito è il capo della famiglia; la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno fissare la sua residenza", art. 144, R.d. 16 marzo 1942, n. 262.

50 "C'è qualcuno che ha intenzione di cambiare il Codice civile in materia, e sono precisamente le donne italiane", Camera dei deputati, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, II, Camera dei deputati, Roma, cit. in S. Rodotà, *Diritto d'amore*, cit., p. 10.

51 Secondo Judith Butler, la modalità discorsiva è centrale rispetto alla "performatività di genere", non sostanziantesi in un atto singolare, ma in un "processo" che riproduce comportamenti normativi a partire da orientamenti condivisi e prassi linguistiche atte a istituire "regimi di verità". Questa idea riveste grande rilevanza con riferimento agli usi linguistici che si riconnettono alla protratta esclusione delle donne dall'elettorato attivo e passivo e dalle professioni legali. Se ormai ben desta – forse in ragione dell'elevato numero di avvocate e avvocati in Italia – è l'attenzione ad utilizzare il termine "avvocata" quando chi possiede il titolo o esercita la professione forense è una donna, meno avvedute sono le scelte lessicali con riguardo al genere dei Costituenti. È invalso l'utilizzo esclusivo dell'espressione "Padri Costituenti", esattamente come, spesso, per una consuetudine irriflessa, si definisce al maschile "il rapporto filiale" di un'opera o di un'invenzione scientifica con la sua autrice. In coerenza con la prospettiva giusnaturalistica, invece, la lingua "è madre". Sul carattere processuale della performatività, v. J. Butler, *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, Roma-Bari, Laterza, 2017.

52 Corte costituzionale, sentenza del 28 novembre 1961 n. 64.

53 La Corte costituzionale, nella sentenza del 19 dicembre 1968 n. 126, accolse finalmente l'eccezione di incostituzionalità sull'adulterio femminile. L'articolo 37 Cost., come si è visto, definendo la maternità una funzione essenziale della donna, giustificava la criminalizzazione della condotta adulterina femminile, essendo il "soggetto agente" colpevole per aver disposto del proprio corpo, bene "familiare" – o peggio "bene sociale" – atto a generare la vita.

commutativo, nel quale l'oggetto principale sarebbe costituito dal corpo degli sposi; vuol dire estendere al matrimonio i principi della garanzia che il venditore deve al compratore per i vizi e difetti occulti della cosa venduta, assegnando precisamente al difetto di verginità la funzione di un vizio redibitorio, per la quale si considera la sposa deflorata non atta a raggiungere i fini del matrimonio⁵⁴.

Considerando, come si è accennato, che l'*impotentia coeundi et generandi* non era causa di scioglimento della relazione coniugale, quello che emerge chiaramente è lo schiacciamento della figura femminile entro una logica economicistica.

Come evidenzia Ludovico Mortara, estensore della decisione sopra citata, il diritto del marito a far valere il difetto di verginità della moglie individuava una base identica al presupposto sostanziale su cui la disciplina civilistica dei contratti basa il diritto del compratore, garantito dall'ordinamento per i vizi della cosa acquistata, a risolvere la compravendita⁵⁵.

Questi riferimenti restituiscono un sistema matrimoniale che sanciva disparità e subordinazione e, al contempo, un orizzonte giuridico e una giurisprudenza costituzionale che ha tardato ad emanciparsi dalle scelte compiute dal potere politico decenni prima. Come è stato opportunamente osservato, "[l]a permanenza di una concezione del matrimonio come istituzione alla quale una volta assegnate funzioni di stabilità e di disciplinamento spetta la realizzazione di questi obiettivi giustifica il sacrificio dei diritti fondamentali delle persone"⁵⁶.

In tal senso, la riforma del 1975⁵⁷ è stata un passaggio importante nell'attuazione del principio dell'eguaglianza di genere, ma non ha tolto centralità al modello di famiglia sessuale e procreativa, superando la visione gerarchica dei rapporti familiari e, tuttavia, non riuscendo a eliminare del tutto la logica della patrimonializzazione del rapporto matrimoniale e, pertanto, mantenendo "acquiescente" un potenziale ambito di istituzionalizzazione della violenza⁵⁸. La vicenda del disegno di legge Pillon segna una preoccupante reviviscenza di questi aspetti, una sorta di compendio rappresentativo dei retaggi di cui il diritto di famiglia non si è scrollato o si è liberato troppo tardi.

Questa iniziativa di legge, come si evidenzierà nel prosieguo della trattazione, ha riproposto la logica sottesa alla norma di cui al previgente art. 144 c.c. (e 143 c.c.⁵⁹), espressione di una visione patriarcale e adultocentrica che riponeva la tutela dell'interesse del minore⁶⁰ nel padre, il soggetto ritenuto più idoneo a stabilire le scelte relative alla cura, all'educazione e all'istruzione dei figli.

Il ddl pretende che le disparità economiche e le situazioni di fatto che segnano la subordinazione della donna all'uomo in costanza di matrimonio non abbiano rilevanza nella fase dello scioglimento del rapporto matrimoniale, con un inevitabile condizionamento della libera determinazione delle mogli / madri di addivenire al divorzio.

54 Corte d'appello di Milano, sentenza del 20 maggio 1911, in *Foro italiano*, 1911, I, col. 124, cit. in S. Rodotà, *Diritto d'amore*, cit. p. 8.

55 Altro istituto previgente, travolto da una declaratoria di incostituzionalità intervenuta nel 1968, era il cosiddetto matrimonio riparatore (art. 544 c.p.) in base al quale, se il violentatore sposava la sua vittima, il reato veniva cancellato. Soltanto nel 1981, l'ordinamento supera i delitti per causa d'onore, che Fabio Basile definisce "un vero e proprio lasciapassare per la violenza sulle donne". Se il marito cagionava la morte della moglie "nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale o nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo e della famiglia" (previgente art. 587 c.p.), non era punito con la pena prevista per l'uxoricidio (la reclusione da 24 a 30 anni secondo i previgenti artt. 575 e 577 comma 2), ma con la reclusione da 3 a 7 anni. Il confinamento della libertà sessuale nel territorio del matrimonio, poi, ha fatto sì che fino alla (tardiva) riforma dei delitti del 1996, la violenza sessuale fosse un reato contro la moralità pubblica e il buon costume e non una fattispecie incriminatrice a tutela della libertà sessuale della persona offesa, con l'evidente sottinteso che quest'ultima fosse sempre una donna. La legge 15 febbraio 1996, n. 66 riorganizza i reati contro la libertà sessuale secondo il bene di categoria della persona, superando l'impostazione del Codice Rocco del 1930. Sul carattere sessuale del diritto e il posizionamento del genere nelle fattispecie normative si veda C. Smart, *The Woman of Legal Discourse*, in *Social and Legal Studies*, 1992, 1, 1, pp. 29-44. Cfr. anche F. Basile, *Violenza sulle donne: modi, e limiti, dell'intervento penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, ora nella sezione Archivio della Rivista *Diritto Penale e Uomo*, p. 2; Id., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 148 e ss.

56 S. Rodotà, *Diritto d'amore*, cit., p. 68.

57 Legge 19 maggio 1975, n. 15, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 135 in data 23 maggio 1975.

58 In questo quadro, il "debito coniugale", ha storicamente costituito una scriminante di condotte penalmente rilevanti, non ritenute tali perché poste in essere nell'ambito di una relazione familiare "contrattualizzata".

59 "Il matrimonio impone ai coniugi l'obbligo reciproco della coabitazione, della fedeltà e dell'assistenza", art. 143, R.d. 16 marzo 1942, n. 262.

60 Per un'efficace disamina di questa nozione in rapporto alla giurisprudenza italiana in materia di separazione e divorzio, si veda: P. Ronfani, *L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?*, in *Sociologia del diritto*, 1997, 1, pp. 85-88.

Anche la “storica” necessità che il coniuge economicamente più debole fosse costretto a tollerare gravi forme di prevaricazione e di violenza, dunque, sembra un corollario del progetto previsto dal senatore Pillon.

4. “Una genitorialità a orologeria”

Il disegno di legge Pillon è stato presentato all’esito di un lungo percorso che, in particolare in Veneto, ha segnato il coinvolgimento dei distretti elettorali più popolosi (e delle principali diocesi). I cattolici più conservatori, alcune associazioni di padri divorziati⁶¹ (politicamente orientate) e gruppi di mediatori si sono riuniti nelle chiese per discutere della necessità di riaffermare la centralità della famiglia “tradizionale”, allo scopo di arginare le spinte disgregatrici che minacciano l’ordine sociale e politico.

L’iniziativa legislativa promossa dal senatore della Lega Nord, Simone Pillon, come si è accennato in apertura, si proponeva di intervenire sulla materia relativa all’affidamento di minori, figli di genitori separati o divorziati, regolata, nell’ordinamento giuridico italiano, dalla legge n. 54/2006⁶².

Questa disciplina prevede che, nell’interesse del minore, sussistendone i requisiti, venga applicata in via prevalente, la misura dell’affidamento condiviso nel presupposto che gli adulti cessano di essere uniti nel rapporto matrimoniale, ma continuano a condividere la responsabilità genitoriale. Come si è sottolineato, il saggio intende vagliare le novità proposte dal disegno di legge Pillon allo scopo di proporre una lettura che, oltre ad evidenziare le discontinuità rispetto alla normativa in vigore, “diagonalizzi” i profili che rimandano alla preesistenza e alla persistenza, nella visione del diritto di famiglia italiano, di un’impronta etero-patriarcale⁶³ e adultocentrica⁶⁴.

Nel dichiarato intento dei proponenti, l’iniziativa legislativa Pillon è stata concepita per due fini prioritari: 1) tutelare il diritto del minore a una “bigenitorialità perfetta”; 2) risolvere, attraverso la mediazione obbligatoria, le situazioni di alta conflittualità intrafamiliare.

Con riguardo al primo profilo, si evidenzia che la bigenitorialità, intesa come diritto del minore a intrattenere rapporti significativi con entrambi i genitori, rappresenta un cardine del diritto giurisprudenziale. La giurisprudenza, infatti, ha saldato in questo unico concetto la condizione di genitorialità e la responsabilità degli adulti di fronte al minore e il legislatore vi ha dato finalmente seguito nel 2013 con l’emancipazione dal concetto di “potestà genitoriale” verso quello di “responsabilità genitoriale”. Secondo il giudice di legittimità, il “diritto alla bigenitorialità” non presuppone l’equivalenza temporale delle relazioni del minore con ciascun genitore⁶⁵. Il principio di una “bigenitorialità perfetta”, a ben vedere, potrebbe richiamarsi all’affidamento alternato (che prevede che il minore trascorra metà del suo tempo con un genitore e metà con l’altro), di cui giudici e psicologi hanno messo in luce gli effetti destabilizzanti⁶⁶. Il ddl Pillon configura la previsione relativa al tempo minimo che il figlio o la figlia deve trascorrere con ciascun genitore come la principale modalità di attuazione del diritto alla bigenitorialità “perfetta”⁶⁷.

61 In generale, per un’analisi delle concrete situazioni dei padri divorziati e separati e delle loro istanze, si veda G. Petti, L. Stagi, *Nel nome del padre. Paternità, conflitti e governo della famiglia neoliberale*, Verona, Ombre corte, 2015.

62 Legge 8 febbraio 2006, n. 54, “Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 50 del 1° marzo 2006.

63 Fuori dalle analisi di *Queer Theory*, tale lemma non è molto diffuso nel dibattito scientifico. Per un uso di questo termine nella teoria giusfemminista che evidenzia, oltre all’idea dell’inferiorizzazione delle donne da parte degli uomini, l’imposizione dell’etero-sessualità come costruzione eteronormativa, v. L. Re, *Femminismi e diritto: un rapporto controverso*, in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, cit., pp. 179-205, in particolare p. 187. In generale sul tema si veda F. Valdes, *Unpacking hetero-patriarchy: tracing the conflation of sex, gender, and sexual orientation to its origins*, in *Yale Journal of law & the humanities*, 1996, 8, 1, pp. 161-211.

64 Il concetto di “adultocentrismo” è uno dei cardini del dibattito scientifico nell’ambito della sociologia dell’educazione. Con riguardo a tale profilo cfr. B. Pacheco Salazar, *Las voces del estudiando en la investigación socio-educativa: trascendiendo el adultocentrismo*, in *Ciencia y Educación*, 2018, 2, 2, pp. 43-51.

65 Questo profilo sarà oggetto di specifico approfondimento nel corso del saggio e, in particolare, nel paragrafo 5.

66 Si segnala al riguardo un recente provvedimento del Tribunale barese, cfr. Trib. di Bari, prima sezione civile, sentenza n. 17113/2019.

67 È significativo che, nel linguaggio giuridico, l’aggettivo “perfetto” ravvisi l’istanza paritaria nella identità di funzioni, di attribuzioni e di poteri di organi istituzionali, utilizzando, per esempio, questa qualificazione con riferimento alla forma di governo bicamerale.

L'idea di bigenitorialità, così declinata, viene utilizzata come elemento prodromico all'abolizione degli istituti della "casa familiare" e dell'"assegno di mantenimento", le principali novità che il disegno di legge intendeva introdurre. Se, infatti, il minore permane per un tempo eguale presso la residenza di ciascun genitore e, se entrambi i genitori sono chiamati a mantenere il minore in "eguale"⁶⁸ misura, nella *ratio* complessiva del disegno di legge, non avrebbe senso assegnare l'abitazione familiare o prevedere un contributo al mantenimento a favore della madre o, (anche?) del padre. Le ipotesi "fisiologiche" in cui il minore, più che "affidato" "non viene diviso tra i genitori" o "è diviso dai genitori", come si evidenzierà, vengono ricondotte all'ambito dell'alienazione genitoriale, cui l'iniziativa legislativa risponde prevedendo sanzioni penali nei confronti del genitore che incentiva il comportamento di rifiuto del minore verso l'altro genitore.

Per ciò che concerne il secondo obiettivo, invece, il legislatore ha inteso introdurre l'obbligatorietà della mediazione familiare come soluzione normativa centrale nella regolazione dei rapporti familiari successivi allo scioglimento del matrimonio. A tal proposito occorre osservare che l'istituto della conciliazione può risultare un rimedio efficace solo se muove dalla effettiva volontà di temperare un rapporto conflittuale e se può essere esperita in alternativa al ricorso al giudice⁶⁹. In caso di violenza domestica, per esempio, lo strumento mostra i suoi evidenti limiti. Pertanto, il legislatore sembra non "mettere a tema" le dinamiche intrafamiliari che, per genesi e modalità, risultano di difficile o impossibile composizione.

Sin da queste prime considerazioni non emerge la novità dei concetti giuridici, ma risalta come *nuovo* l'uso che il disegno di legge Pillon ne fa. Possiamo pensare ad alcuni esempi. Anche il legislatore del 2006 aveva previsto l'affidamento alternato, ma, con non poca sciattezza, in alcune disposizioni della legge n. 54, aveva richiamato questo istituto riferendosi, in realtà, all'affidamento condiviso, non accogliendo, pertanto, l'idea del minore "itinerante", equamente "collocato" presso ciascun genitore. E pure il progetto iniziale di questa riforma aveva previsto la mediazione come obbligatoria, ma la proposta era stata abbandonata senza apprezzabile resistenza per il dissenso degli operatori giuridici (che avevano opposto il requisito ineliminabile della volontarietà del rimedio e l'argomento del rango costituzionale del diritto di ricorrere al giudice). Nel complesso terreno dell'alienazione genitoriale, invece, la giurisprudenza aveva argomentato in ordine a misure volte a sanzionare il comportamento del genitore alienante, ma profilandone l'applicazione soltanto a scopo deterrente.

Una lettura diacronica permette di evidenziare gli aspetti di continuità dell'iniziativa legislativa Pillon con la disciplina codicistica, rimasta al di fuori dell'orbita costituzionale anche dopo l'entrata in vigore della Carta fondamentale, ma consente anche di interpretare in una logica strumentalizzante l'intento dei proponenti in rapporto a vari livelli del campo di indagine: in particolare, con riguardo all'uso dei principi di diritto, all'orientamento della giurisprudenza nazionale e comunitaria, ai presupposti sostanziali e "deontologici" degli istituti rilevanti in materia. Questi ambiti di analisi sollecitano una riflessione sulla solidità di una concezione paritaria delle relazioni familiari come fulcro del diritto di famiglia vigente.

5. "Nell'interesse del minore": una strumentalizzazione a 370 gradi?

Il ddl Pillon strumentalizza concetti (non istanze o presupposti) già presenti nella tutela giuridica e giurisprudenziale dei minori, figli di genitori separati o divorziati, torcendo la "svolta puerocentrica" promossa dalla legislazione vigente e, non secondariamente, sostenuta dalla giurisprudenza più innovativa e garantista⁷⁰.

Il complessivo intento strumentalizzante si estrinseca a partire dall'idea di bigenitorialità, nella quale l'interesse del minore si eclissa a favore del diritto alla genitorialità dei genitori o, peggio, verso la

68 L'eguaglianza come revisione del principio di identità di trattamento opera su questa materia non soltanto stabilendo un rapporto proporzionale tra il livello reddituale e il mantenimento del minore, ma anche valorizzando, dopo il divorzio, il lavoro di cura prestato da ciascun coniuge in costanza di matrimonio.

69 Per un'analisi sociologico-giuridica delle soluzioni conciliative, v. S. Pellegrini, *La mediazione e le sue tecniche. Un diverso metodo di gestione del conflitto tra dover essere ed essere*, in *Sociologia del diritto*, 2012, 3, pp. 69-87. Un contributo esaustivo in materia resta E. Urso, *La mediazione familiare: modelli, principi, obiettivi*, Firenze, Florence University Press, 2012.

70 L'unica disposizione, non a caso di natura processuale che, forse, aveva ad oggetto una riforma in *melius* della disciplina previgente è l'articolo 6 del disegno di legge. Proponendo una modifica all'art. 178 del codice di procedura civile, infatti, questa disposizione stabiliva che l'ordinanza del giudice istruttore in materia di separazione e di affidamento dei figli fosse impugnabile dalle parti con reclamo immediato al collegio.

garanzia di privilegi per il genitore più forte, con effetto – potrebbe dirsi con espressione tecnica – esimente sugli obblighi parentali, ovvero con la conseguenza di deresponsabilizzare proprio chi, tra i due ex-coniugi, detiene una posizione economica di vantaggio.

L'ordinamento giuridico italiano ha superato con fatica il concetto di potestà genitoriale, atipica posizione giuridica soggettiva che riunisce diritti e doveri⁷¹. Questa circostanza ha assegnato una durevole fortuna alla modalità deontica del “dovere filiale”, correlativa rispetto ai diritti genitoriali e, in particolare, simmetrica alle prerogative paterne⁷². Come si è visto, la norma codicistica in vigore fino al 1975, l'art. 144 c.c., affermava una concezione gerarchica e organicistica della famiglia, attribuendo al padre il ruolo di “capofamiglia” e implicando l'idea che le relazioni familiari fossero un “insieme organizzato” da destinare al governo di un solo soggetto, capace di prendere decisioni e di impedire contrasti. In questa logica, il conferimento del comando a una sola persona era pensato come la scelta più efficace.

La nozione di “bigenitorialità”, di conio giurisprudenziale⁷³, travolto l'istituto della potestà a partire dal 2013, poggia sul solido basamento legislativo della “responsabilità genitoriale”. Tale ritardo ha gravato sull'affermazione di un principio di diritto di centrale rilevanza, nel quale, come si è rilevato, si fondono la genitorialità e la responsabilità degli adulti nei confronti dei minori e, verosimilmente, ha salvaguardato l'idea dell'esercizio disgiunto della “potestà genitoriale”. Dopo lo scioglimento del rapporto matrimoniale, infatti, gli ex-coniugi intrattenevano una relazione con i figli minori in cui la dimensione della responsabilità condivisa poteva non avere la priorità, soccombendo rispetto alle dinamiche della separazione.

In altri ordinamenti giuridici, la nozione di “cogenitorialità”, non di “bigenitorialità”, ha rappresentato un alveo più congeniale rispetto alla progressione giuridica che, in materia di relazioni familiari, ha sancito una più matura autonomia della relazione figli-genitori rispetto al rapporto tra ex-coniugi⁷⁴. Nel diritto, infatti, la scelta di ogni singolo termine, soprattutto con riferimento all'elaborazione di principi, non si atteggia a mero nominalismo, ma può avere significative ricadute sulla normazione. A tal proposito si è richiamato in precedenza il *lapsus linguae* del legislatore del 2006 sulla sovrapposizione tra “affidamento alternato” e “affidamento condiviso”, verosimile espressione di una concezione “bilaterale” della relazione genitoriale, intesa come campo di “domini separati”, più che come sfera affettiva “partecipata”, “condivisa”, che individua il suo centro nei figli.

La commistione tra l'ambito dello scioglimento del rapporto coniugale e il delicatissimo terreno delle relazioni dei genitori con i figli minori riversa i propri effetti nella fase successiva al divorzio o alla separazione, nella quale la sproporzione del lavoro di cura tra uomo e donna che caratterizza il rapporto tra adulti in costanza di matrimonio può replicarsi, individuando una sostanziale latitanza dei padri. A tal riguardo, i casi giudiziali confermano un ruolo più attivo delle madri rispetto ai figli minori dopo lo scioglimento della relazione coniugale.

Il disegno di legge Pillon, dunque, oltreché frustrare, “funzionalizza” l'approccio puerocentrico ai suoi obiettivi, ravvivando il ricordo della disciplina codicistica postunitaria in cui emergeva l'invocazione del “prevalente e superiore interesse” del minore, quale corollario di una visione patriarcale che riponeva la tutela dell'interesse dei figli (e delle figlie) nelle determinazioni paterne, prescindendo dalle situazioni concrete. Secondo Pocar e Ronfani, infatti, l'idea di “prevalenza e superiorità” di una posizione soggettiva senza alcun dubbio meritevole di prioritaria tutela, celava, in realtà, la disparità dei genitori di fronte ai minori, richiamando l'esclusivo esercizio della “patria potestà”, tramite cui si estrinsecava il potere del “marito-padre” di disporre nei confronti della moglie e dei figli⁷⁵.

Come si è evidenziato, l'idea della bigenitorialità perfetta, nell'intento dell'iniziativa legislativa Pillon, viene intrecciata all'abolizione della casa familiare e dell'assegno familiare. Tale scelta alimenta una

71 L'emancipazione del diritto familiare dal concetto di potestà genitoriale si deve al D.lgs. 28 dicembre 2013 n. 154.

72 La categoria giuridica del “dovere filiale” è stata il principale fondamento sostanziale dello *ius corrigendi* che il padre (e la madre) poteva(no) esercitare ove i figli e le figlie tenessero una condotta inadempiente.

73 In tal senso si può citare la sentenza n. 18817/2015 della Corte di cassazione civile che stabilisce che il principio della bigenitorialità debba intendersi “quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, i quali hanno il dovere di cooperare nella sua assistenza, educazione e istruzione”, Cfr. Corte di cassazione, quarta sezione civile, sentenza del 23 settembre 2015 n. 18817. Al principio di diritto affermato in questa pronuncia il giudice di legittimità si riferisce in modo analogo nella decisione n. 6919/2016 (Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza dell'8 aprile 2016 n. 6919, p.3). In questa direzione si colloca anche la pronuncia n. 22744/2017 (Corte di cassazione, sesta sezione civile, sentenza del 28 settembre 2017 n. 22744) che alla pagina 4 statuisce che “tra i requisiti di idoneità genitoriale rileva anche la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, a tutela del diritto del figlio alla bigenitorialità e alla crescita equilibrata e serena”.

74 Cfr. C. Smart, S. Sevenhuysen (eds.), *Child Custody and the Politics of Gender*, London, Routledge, 1989.

75 V. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 157-173.

strumentalizzazione della materia del mantenimento del minore che stravolge l'istanza perequativa, già presente nel contrasto delle posizioni di rendita del genitore affidatario, introdotta nell'ordinamento attraverso il superamento della periodicità dell'assegno familiare.

In questo caso, il disegno di legge incorpora una pesante discontinuità rispetto al quadro vigente che, fuori da alcune derive giurisprudenziali connesse ai singoli casi, intendeva assegnare un valore economico al lavoro di cura compiuto, in prevalenza o quasi esclusivamente dalla donna, tutt'ora posta di fronte all'esigenza di conciliare l'ambito familiare con quello professionale o davanti alla necessità di scegliere tra la famiglia e le possibilità di carriera⁷⁶. La giurisprudenza che ha svolto un ruolo storicamente compensativo rispetto a un lungo passato in cui la "patrimonializzazione" del rapporto matrimoniale, e non della cura, aveva colonizzato assieme al corpo, la libertà di autodeterminazione delle donne-mogli-madri, è stata individuata dai proponenti del disegno di legge come una delle cause della deprivazione dei "padri-vittime".

L'idea sottesa all'iniziativa legislativa Pillon, pertanto, consiste in una ripatrimonializzazione della relazione uomo-donna nella quale, come si è accennato, se si addivene allo scioglimento del rapporto coniugale, non ha alcuna rilevanza l'intero vissuto della vita matrimoniale. Il ddl Pillon, infatti, impone che i figli siano ospitati in un alloggio idoneo e, nella residuale ipotesi in cui la casa familiare debba essere mantenuta in considerazione dell'interesse del minore, l'ex-coniuge, che non ne è proprietario e vi risiede, è obbligato a corrispondere una cifra all'altro, equivalente al canone di locazione.

Al di là degli evidenti profili discriminatori che emergono con riguardo al fattore economico e sociale, è evidente il reingresso di una logica patrimoniale. Una concezione proprietaria delle relazioni personali, come si è visto, si è posta alla base della disuguaglianza giuridica e morale tra i coniugi, orientando, in passato, il legislatore verso una disparità di trattamento di comportamenti identici, ma non egualmente considerati dall'ordinamento per il diverso genere del "soggetto agente".

Ancora, sovrapponendo la conflittualità intrafamiliare e la violenza domestica, il ddl Pillon torce le finalità garantistiche della mediazione, assegnando a tale istituto una "coattiva" centralità, in contrasto con il divieto internazionale (previsto dalla Convenzione del Consiglio d'Europa⁷⁷) dell'obbligo di ricorrere, in caso di violenza, a modalità alternative di soluzione della controversia⁷⁸. Anche con riguardo a questo profilo, si può sostenere l'intento strumentalizzante dell'iniziativa legislativa, poiché le pratiche conciliative rappresentano un settore importante del diritto di molti paesi, che consente di stabilire un compromesso tra regolazione giuridica e autoregolamentazione in tutti i casi in cui il conflitto tra due persone adulte sia sanabile e, durante la vita familiare, non siano stati lesi beni giuridici fondamentali come l'integrità fisica o la libertà sessuale⁷⁹. La necessità di prevedere deroghe alla mediazione, in ordinamenti come quello britannico⁸⁰ – che, per primo, in Europa, ha introdotto questo istituto – per esempio, ha spinto a un ripensamento generale circa l'opportunità di questo rimedio, con specifico riguardo alle situazioni in cui la genesi del conflitto si riconduce ad un trascorso di maltrattamenti, violenza e sopraffazione nei confronti del coniuge più debole.

Considerando che l'unico modo per riuscire a sottrarsi alla violenza sia quello di allontanarsi dalla persona che la infligge, l'obbligatorietà della mediazione costituisce un freno alla separazione o al divor-

76 La perpetuazione della divisione dei ruoli in base al genere si riconduce anche alle disparità retributive, dipendenti o meno dall'inquadramento e dalla tipologia della mansione professionale. Per esempio, gli uomini addivengono raramente alla scelta di un impegno lavorativo *part-time*, perché ciò determinerebbe una riduzione del reddito familiare assai maggiore rispetto al caso in cui a chiederlo sia la donna. Sul tema si vedano S. Pozzolo, *Lo sguardo neutrale (del diritto) e le inspiegabili scelte delle donne. Riflessioni intorno a una sentenza della Cassazione*, in *Ragion Pratica*, 2017, 49, 2, pp. 573-597, in particolare pp. 579-580. Con riguardo al riflesso dell'arretratezza culturale e della crisi economica sulla condizione delle donne nel mercato del lavoro, della stessa autrice si veda *59 giorni a salario zero. Appunti per uno studio sulla condizione delle donne in Europa, fra riforma del mercato del lavoro e crisi economica*, in Th. Casadei (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 215-226. In ambito internazionale, sulle "scelte" femminili e i problemi connessi al concetto di "preferenza" si segnala M. C. Nussbaum, *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2000, tr.it. *Diventare persone* (traduzione a cura di W. Mafezzoni), Bologna, Il Mulino, 2001, in particolare pp. 141-204.

77 Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, 11 maggio 2011, Istanbul.

78 L'obbligatorietà della mediazione, come si vedrà in seguito, si coniuga ad un complessivo, sebbene non coerente, progetto di "de-giurisdizionalizzazione" della materia.

79 Cfr. E. Urso, *Le ragioni degli altri: mediazione e famiglia tra conflitto e dialogo in una prospettiva comparatistica e interdisciplinare*, Firenze, Florence University Press, 2013.

80 Rileva, in tal senso, la terza parte delle Family Procedure Rules. In particolare, l'allegato c) della Practice direction 3A consente di valutare se la mediazione sia la soluzione più idonea.

zio. Come si è evidenziato, tale esito si riconduce al concetto di indissolubilità del legame matrimoniale che cristallizzava la prevalenza del supremo bene dell'“unità familiare” su tutti gli altri beni giuridici meritevoli di protezione. La tutela della famiglia come bene astratto rendeva trascurabili le concrete situazioni di pregiudizio dei suoi membri. Pertanto, il legislatore, non considerando la rilevanza delle singole soggettività, “metteva sotto tutela” la famiglia e abdicava alla protezione delle persone che ne facevano parte.

6. Alienazione genitoriale. C'è un giudice a Strasburgo (“da sfruttare”)

Un approccio che pone al centro le relazioni familiari, sostenuto dagli attori giuridici e dai professionisti del sociale, richiama la necessità di una comunicazione tra il diritto e i saperi specialistici⁸¹. Questo comporta che prima si proceda con l'analisi dei referenti empirici in rapporto a cui si richiede l'intervento legislativo, essendo inefficace (e dispendioso) prescindere dalle realtà sociali che sollecitano l'azione dei poteri pubblici. Considerando l'esperienza italiana con riguardo a quest'ultimo profilo, l'iniziativa legislativa a firma del senatore Pillon non sembra inaugurare una consistente discontinuità con il passato. Il carattere ideologico di una legge, infatti, non si lega per forza a un'impronta regressiva, quanto piuttosto a un esercizio della funzione legislativa eccessivamente (e perennemente) condizionato dalla contingenza elettorale che pregiudica la possibilità che il potere politico assegni una dimensione centrale ai fatti sociali e ponderi soluzioni giuridiche per il medio o lungo periodo.

In particolare, l'apporto dei saperi specialistici risulta fondamentale con riguardo agli ambiti di conflitto e alle situazioni più critiche che possono prospettarsi nella relazione familiare. A tal proposito, emblematica è la sfera dell'alienazione genitoriale, nella quale una visione incentrata sulla nozione nosografica e patologizzante di *Parental Alienation Syndrome*⁸² conduce a inquadrare come sindrome le ricorrenti dinamiche relazionali della coppia che si disgrega o, peggio, le conseguenze di condotte genitoriali violente⁸³.

Di tale complesso ambito il ddl Pillon “strumentalizza gli aspetti strumentalizzanti”, escludendo un accertamento sulle ragioni del rifiuto del minore nei confronti del genitore “alienato”. Come emerge dalla dottrina giuridica⁸⁴ e dall'esperienza degli operatori del settore⁸⁵, infatti, è un contegno parentale non adeguato e, spesso violento, a determinare il distacco del bambino o della bambina dalla madre o dal padre. A partire dal luglio 2020, sembra che i poteri pubblici abbiano finalmente preso in considerazione la pericolosa intersezione tra la violenza di genere e un uso “strategico” – per utilizzare un eufemismo – da parte “dei padri” dell'alienazione genitoriale nei procedimenti relativi all'affidamento dei figli minori⁸⁶.

81 Sui riflessi concreti di un approccio relazionale in questa materia, cfr. P. Donati, F. Folgheratter, M. L. Raineri (a cura di), *La tutela dei minori. Nuovi scenari relazionali*, Trento, Erickson, 2011.

82 In questa direzione, si colloca l'analisi di R.A. Gardner, *The Parental Alienation Syndrome*, Cresskill, New Jersey, Creative Therapeutics, 1992, che, a distanza di trent'anni, occupa un ruolo certamente minoritario nella comunità scientifica.

83 Come ricorda il giudice di legittimità nella pronuncia n. 7041/2013 (p. 19) di cui si tratterà, numerose sono le perplessità del mondo accademico internazionale sullo statuto scientifico di questa nozione al punto che il manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali non la riconosce come sindrome o malattia. Cfr. Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 20 marzo 2013 n. 7041.

84 Al riguardo si veda V. Di Gregorio, *La mediazione familiare nel diritto di famiglia ri-formato*, in *Politica del diritto*, 2017, 47, 4, pp. 603-641, in particolare pp. 634-641.

85 Già nel 2003 la *National District Attorneys Association* aveva messo in luce i rischi di applicazione della SAP (o PAS nell'acrostico di lingua inglese) in ambito giudiziario e, nella specie, in campo forense. Nel contesto italiano, autorevoli voci del dibattito in materia sono Graziella Rumeri, Maria Teresa Semeraro e Milli Virgilio.

86 Questo profilo sarà approfondito nell'ultimo paragrafo del presente saggio, ma sin da ora si intende fornire qualche dato relativo al tema qui introdotto. Nell'ambito della “Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere” presso il Senato della Repubblica, nel luglio 2020, tre magistrato sono state incaricate di esaminare quasi 600 procedimenti in materia di separazioni e di affidamento dei minori, in cui gli ex coniugi sono anche parti di un procedimento penale. A partire dall'accertamento delle difformità tra la cognizione civile e la cognizione penale sulle medesime fattispecie concrete, tali indagini potrebbero condurre a destituire di ogni fondamento (e statuto) l'argomento dell'alienazione genitoriale, laddove si riscontri che essa altro non è che la conseguenza di condotte violente dei genitori che in giudizio hanno dedotto di essere “padri alienati”.

Il disegno di legge recupera la nozione di “Sindrome da Alienazione Parentale” (SAP) come disturbo individuale a carico del minore, respingendo, invece, il concetto di alienazione genitoriale come grave rischio per lo sviluppo psicoaffettivo nell’età evolutiva. Dunque, “funzionalizza” a questa scelta anche l’opinione dei medici o quantomeno mutua e generalizza la posizione minoritaria della comunità scientifica. In questo senso, il ddl irrigidisce in un’iniziativa legislativa l’approccio ap problematico di una parte della giurisprudenza nazionale⁸⁷, ma anche l’analogo contegno della Corte europea dei diritti umani che, nei casi *Strumia c. Italia*⁸⁸, *Improta c. Italia*⁸⁹, *Lombardo c. Italia*⁹⁰, non mette in discussione il rango scientifico della SAP.

Sul tema il giudice di legittimità, invece, è intervenuto con una pronuncia dirimente – la sentenza n. 7041 del 2013⁹¹ – nella quale ha escluso lo statuto di scientificità della SAP, fondando la propria argomentazione sulla posizione prevalente nell’ambito della medicina psichiatrica. La sentenza risulta significativa poiché la Corte di Cassazione italiana ha ribadito con forza il principio di diritto secondo cui il giudice di merito che intenda porre a fondamento della propria decisione una teoria scientifica minoritaria ha l’obbligo di motivare tale scelta e, quindi, non può menzionare in modo cursorio ciò che secondo il proprio convincimento personale ritiene essere una teoria⁹².

La questione sulla scientificità della Sindrome da Alienazione Parentale non riveste un ruolo secondario in relazione alle decisioni giudiziali, in quanto l’adesione a una visione che “psichiatrizza il minore”, sovente contrae l’accertamento di fatto e determina una contraddittorietà dei provvedimenti giudiziali.

Nel caso di specie, il padre del minore, affidato in via esclusiva alla madre, aveva dedotto in giudizio la sussistenza di un processo patogenetico riguardante il figlio che, secondo la ricostruzione contenuta nel ricorso, traeva origine da un conflitto di fedeltà con il genitore affidatario. I giudici di merito avevano ritenuto che una progressiva intensificazione della relazione con il padre sarebbe stata significativa per lo sviluppo psico-fisico del minore. Questa necessaria progressività, richiesta dalla tutela di un armonioso sviluppo della personalità del minore, non trova spazio nella previsione del disegno di legge Pillon che prevede la collocazione del minore presso il genitore “alienato”, non tenendo conto degli effetti di un cambiamento radicale e repentino nell’equilibrio del figlio o della figlia che si troverebbe a vivere con il genitore rifiutato.

La sentenza del giudice di legittimità costituisce un’efficace censura della decisione della Corte d’appello di Venezia⁹³. La Corte lagunare, infatti, accogliendo acriticamente le risultanze peritali, ha omissso la verifica dell’attendibilità scientifica della teoria minoritaria sulla cui base era stata formulata la diagnosi della Sindrome da Alienazione Parentale. La Cassazione civile eccepisce la tenuta della motivazione della pronuncia di secondo grado poiché essa non “nomina” neppure il filone teorico che tratta come base della decisione. La statuizione di una condizione patologica – che risulta più un’asserzione – collide, infatti, con la ricostruzione della vicenda di fatto.

La Corte distrettuale dà atto della progressiva ripresa del rapporto tra il figlio e il padre e del comportamento collaborativo della madre, non tenendo conto dell’incompatibilità tra la riconosciuta mutevolezza della situazione intersoggettiva concreta e il carattere, in astratto, irreversibile di un disturbo psichiatrico.

87 In tale direzione si pone la Corte di Cassazione civile nelle sentenze n. 7452/2012 e n. 5847/2013. Nella decisione del 2012, la Corte di Cassazione prende in considerazione il tema dell’idoneità del professionista incaricato di svolgere la perizia, ma tralascia la questione relativa alla scientificità della Sindrome da Alienazione Parentale. Nel caso di specie, la diagnosi di SAP riguardante il minore solidale rispetto alla madre vittima di accertate violenze da parte del padre, non era stato effettuato da uno psichiatra, ma da una psicologa. Analogamente, nella pronuncia del 2013, il sindacato di legittimità sulla statuizione di merito relativa all’accertamento della condotta “alienante” della ricorrente non muove da una disamina del rango scientifico della SAP. Cfr. Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 14 maggio 2012 n. 7452; Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza dell’8 marzo 2013 n. 5487.

88 Corte europea dei diritti umani, *Strumia c. Italia*, 23 giugno 2016, ricorso n. 53377/13.

89 Corte europea dei diritti umani, *Improta c. Italia*, 4 maggio 2017, ricorso n. 66396/14.

90 Corte europea dei diritti umani, *Lombardo c. Italia*, 29 gennaio 2013, ricorso n. 25704/11.

91 Corte di cassazione civile, sentenza n. 7041/2013.

92 In questo senso si collocano Corte di cassazione civile, sentenza del 29 maggio 2002 n. 13937; Corte di cassazione civile, sentenza dell’8 luglio 2005 n. 14390; Corte di cassazione civile, sentenza del 16 gennaio 2019 n. 979; Corte di cassazione, sentenza dell’11 febbraio 2011 n. 3367, citate nella decisione in discussione.

93 Questa pronuncia, pur avendo del tutto integrato le conclusioni della consulenza tecnica di ufficio, da un lato, ha estromesso dall’argomentazione giudiziale il tema della controversa scientificità della nozione della Sindrome da Alienazione Parentale, dall’altro, ha sorvolato sulla riscontrabilità di essa nel caso di specie.

Il giudice di Cassazione, invece, fuori da ogni logica “funzionalistica” ha respinto la Sindrome da Alienazione Parentale in quanto costruito pseudo-scientifico⁹⁴, definendo l’alienazione genitoriale come un processo di “ingravescente involuzione”⁹⁵ prodromico a uno sviluppo patologico.

Come si è accennato, sul fronte della giurisdizione comunitaria, non vi è stato un analogo approfondimento e il disegno di legge Pillon ha sfruttato l’eco (dell’autorità giuridica) delle decisioni della Corte europea dei diritti umani.

Nel caso *Strumia c. Italia*, il ricorrente lamentava la violazione del diritto alla vita privata e familiare e del divieto di discriminazione⁹⁶ denunciando la condotta dell’ex moglie che, oltre a impedirgli di vedere la figlia, lo aveva infondatamente accusato di aver compiuto molestie sessuali nei confronti di quest’ultima.

Questo aspetto della fattispecie concreta, a partire dal motto promozionale di Pillon: “noi non siamo solo contro la violenza, siamo anche contro chi accusa di falsa violenza” rimanda al campo di maggiore strumentalizzazione dell’iniziativa legislativa⁹⁷. Data la gravità della vicenda di fatto, il motivo di ricorso collega la discriminazione alla stessa condizione di paternità. Il giudice di Strasburgo, tuttavia, dichiarando non sussistente la violazione dell’articolo 14 della Convenzione europea dei diritti umani sulla base di presupposti giuridici, respinge questa idea.

Nell’analisi giuridica della Corte alsaziana, la situazione concreta di persona lesa nell’esercizio di un diritto non viene generalizzata nello *status* di vittima sessualmente connotata. Il ragionamento giuridico pone un argine alla polarizzazione tra istanze (che il ddl Pillon cavalca): tra la maternità come “*status* genitoriale naturale”, “indiscusso e privilegiato” e la paternità come “relazione revocabile”, bersaglio di una “giurisprudenza discriminatoria”.

Sulla violazione dell’art. 8 Cedu, Strumia eccepisce l’inerzia dei giudici nazionali rispetto al comportamento della ex moglie, in quanto la mancata esecuzione – protrattasi per ben sette anni – dei provvedimenti giudiziali, che avrebbero dovuto garantire il diritto di visita, ha inciso in modo decisivo sul deterioramento del rapporto tra padre e figlia. Questo tema risulta centrale per l’accertamento della violazione del diritto alla vita privata e familiare, per il quale è rilevante l’inadempimento degli “obblighi positivi” da parte dello Stato Membro. La Corte, tuttavia, “parafrasa” le ragioni del governo italiano, sottolineando che l’obbligazione positiva statale non è assoluta e che, pertanto, l’assunzione di misure a tutela del diritto di visita non è un dovere statale coercibile.

Una pronuncia di decadenza dalla potestà genitoriale nei confronti della madre, al tempo della sentenza Strumia, nell’orizzonte dei giudici italiani, rappresentava una soluzione da vagliare con cura nell’interesse della minore, potendo costituire una soluzione drastica e controproducente.

Le Corti nazionali, infatti, avevano ritenuto misura congrua l’affidamento della minore ai nonni paterni e profilato la decadenza dalla potestà genitoriale della madre in caso di inottemperanza ai provvedimenti giudiziali e il collocamento della bambina in un istituto. Il giudice di Strasburgo, invece, propende in via principale per quest’ultima determinazione. Nell’argomentazione estrae dal diritto interno le fattispecie di cui agli artt. 337 ter e quater del codice penale italiano che prevedono, nell’interesse del minore, l’esclusività della “potestà genitoriale” come conseguenza dell’affidamento monogenitoriale. Come si evince, la cognizione della Corte di Strasburgo, tuttavia, non è aggiornata al concetto di responsabilità genitoriale e omette la questione di scientificità della Sindrome da Alienazione Parentale⁹⁸.

Anche nella pronuncia *Improta* e nella sentenza *Lombardo*, di orientamento analogo alla decisione della Corte Edu in *Strumia*, la condotta ostruzionistica della madre rispetto al diritto di visita del padre nei confronti della figlia e l’intempestività delle giurisdizioni di merito sono stati gli elementi di fatto su cui il giudice di Strasburgo ha incentrato l’accertamento positivo relativo alla violazione dell’art. 8 della Convenzione europea.

94 Nell’argomentazione sul punto, il giudice di legittimità si riferisce alle posizioni sostenute dall’*Asociacion Espanola de Neuropsiquiatria* nel 2010.

95 Corte di cassazione civile, sentenza n. 7041/2013, cit., p. 3.

96 “Il ricorrente invoca gli articoli 8 e 14 sostenendo di essere discriminato dai giudici in quanto padre”, *Strumia c. Italia*, cit. p.6.

97 La giurisprudenza italiana ha preso in considerazione l’integrazione del reato di calunnia agli effetti della responsabilità aquiliana. La Corte di Cassazione, nella pronuncia n. 6790 del 2016, in merito ad un caso di false accuse di violenza sessuale aggravata su minore, stabilisce che la richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero e il decreto di accoglimento del giudice per le indagini preliminari sostanziano un’attività pubblicistica che, incidendo sulla causalità materiale, spezza il nesso tra l’iniziativa della denunciante (la madre) e il danno del denunciato (il padre), con conseguente elisione della responsabilità civile derivante da fatto illecito. V. Corte di cassazione, terza sezione civile, sentenza del 7 aprile 2016 n. 6790/2016.

98 In punto di quantificazione risarcitoria per danno morale, sette anni di vita relazionale con la figlia minore vengono commisurati in 15.000 euro.

Più della giurisprudenza nazionale, dunque, le statuizioni della giurisdizione comunitaria sono state terreno fertile per l'iniziativa legislativa Pillon, che ha rivendicato con forza l'istanza di una "giustizia compensativa" a beneficio dei padri "storicamente" discriminati rispetto alle madri nei procedimenti relativi allo scioglimento del rapporto matrimoniale e all'affidamento dei figli, in ragione delle scelte di giudici "partigiani" o "partigiane".

Nella previsione normativa che "precostituiva" il genitore alienante e quello alienato, volta a confezionare nella forma della presunzione *ex lege* soggetti predefiniti, non sembra emergere un'effettiva intenzione di tutela dell'interesse del minore. Il disegno di legge Pillon, infatti, una volta per tutte, istituisce la categoria dei padri vittime (alienati) e delle madri vendicative (alienanti), prevedendo, come si è evidenziato, in contrasto con l'orientamento seguito dai giudici nazionali, che il minore possa essere "collocato" presso il genitore rifiutato.

L'influenza dell'iniziativa legislativa, tuttavia, ha già estrinsecato i suoi effetti sulle decisioni di alcune giurisdizioni di merito, poiché se, nella giurisprudenza antecedente a tale iniziativa legislativa, la collocazione dei figli minori presso il genitore "alienato" era una misura "agitata" ma non "agita" dall'organo giudicante, nel "post Pillon" alcuni Tribunali sono addivenuti a disporre in via primaria tale provvedimento⁹⁹.

Le Corti giudiziarie e i medici psichiatri hanno sostenuto con decisione che la coabitazione con il genitore rifiutato ha un effetto destabilizzante sul minore. Ciò che, invece, risulta determinante nella reversibilità del processo che si genera nella bambina o nel bambino che rifiuta un genitore e nel recupero della relazione con quest'ultimo è la tutela del *diritto di visita* o del *right to visit*. La giurisdizione italiana di merito non ha prestato sufficiente attenzione alle condizioni di esercizio effettivo di tale diritto, disponendo ordini sommari o scegliendo di ricorrere all'applicazione di fattispecie incriminatrici (come la non esecuzione dolosa dei provvedimenti giudiziali) che, nei fatti, non hanno incidenza sui comportamenti del genitore cosiddetto "alienante"¹⁰⁰.

Come esempio di buona prassi, si segnala, invece, una sentenza del Tribunale di Milano, in cui il giudice emette ordini precisi e circostanziati con i quali vincola la responsabilità di tutti gli organi coinvolti nella concreta attuazione del diritto di visita¹⁰¹.

7. Cognizione interdisciplinare e giurisprudenza. Un giudice italiano ("da estromettere")

Come per altri settori, emerge un problema strutturale nella giurisprudenza in materia di relazioni familiari, ovvero l'esigenza di cementare la comunicazione tra le discipline giuridiche e gli altri saperi specialistici. Una scarsa permeabilità del diritto giurisprudenziale rispetto all'apporto di altre discipline si pone alla base di una maggiore discrezionalità del potere giudiziale, riducendo le possibilità di contenere le derive soggettivizzanti del singolo giudice¹⁰². Si verifica qualcosa di analogo a quanto accade con riguardo ai "reati culturalmente motivati", posto che il sistema non assegna rilevanza al fattore culturale in fattispecie di diritto penale di parte generale o di parte speciale e, dunque, rende assai difficile l'ingresso dell'antropologia o della sociologia nella cognizione giudiziale¹⁰³, generando una dilatazione dell'arbitrio dell'organo giudicante. Se il magistrato, infatti, dovesse attenersi ai risultati della perizia compiuta da un esperto antropologo – che, con gli strumenti dell'indagine scientifica, contestualizza un

99 Cfr. Tribunale di Castrovillari, sentenza del 27 giugno 2018 n. 728.

100 È quanto risulta dalla giurisprudenza di legittimità rilevante in materia che, agli effetti della presente trattazione, è stata presa in considerazione.

101 Tribunale di Milano, nona sezione civile, decreto del 9-11 marzo 2017, Pres. Amato – est. G. Buffone, pp. 5-7. Un analogo approccio ha adottato la terza sezione civile del Tribunale di Brescia nella sentenza del 19 novembre 2018 con giudice estensore Andrea Tinelli.

102 Alf Ross, nella sua teoria del diritto, integra l'approccio dei realisti psicologici – che fissano il canone di validità della norma giuridica nei fatti psichici e nell'applicazione delle regole di diritto da parte del singolo giudice – con il riferimento a prassi applicative riconducibili alla comunità giudiziale nel suo complesso, restituendo tale idea con i concetti di "ideologia normativa" o di "coscienza giuridica formale". In questo caso, l'assenza di pratiche giudiziali condivise che si incentrano su un approccio interdisciplinare può contribuire all'allargamento della discrezionalità giudiziale. Cfr. A. Ross, *On Law and Justice*, London, Steven & Sons Ltd, 1958, tr.it. *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 2001.

103 I. Ruggiu, *Culture and the Judiciary. The Anthropology Judge*, New York, Routledge, 2019.

comportamento all'interno dell'orizzonte culturale e normativo di riferimento – avrebbe l'obbligo di "incorporare" i risultati di questo contributo tecnico nella sua decisione.

In questo ambito, il giudice non si avvale di un'indagine teorica funzionale all'interpretazione dei fatti e, costretto a vestire panni non suoi, spesso, decide "sbilanciandosi" in base al proprio *background* culturale. Nell'ambito del diritto di famiglia, come si è accennato, alcuni ordinamenti hanno affrontato il problema dell'espansione della discrezionalità giudiziale, ponendovi l'argine di una proficua osmosi tra lo specialismo giuridico e le altre scienze. In generale, il contributo di altre branche scientifiche può sollecitare una risposta sistemica più aderente ai fatti sociali e, in un settore delicato come quello delle relazioni familiari, è funzionale alla prevenzione di una legislazione scarsamente "regolativa".

I casi analizzati hanno dimostrato come gli approdi della psichiatria, della pedagogia, delle scienze della formazione, in materia di alienazione genitoriale e di "right to visit" abbiano tracciato delle solide coordinate per gli orientamenti giudiziali saldamente ancorati alle istanze soggettive concretamente rivendicate in giudizio.

L'iniziativa legislativa Pillon, peraltro, non soltanto non ha preso in considerazione le risorse dei saperi specialistici, ma, come si è accennato, intendeva, sebbene con scarsa linearità, ridimensionare il ruolo della cognizione giudiziale.

Il disegno di legge, infatti, spingeva il potere giudiziario "fuori dalla porta", ma "apriva portoni" al contenzioso giudiziario, poiché non "prendendo sul serio" le situazioni di elevata conflittualità, si proponeva di introdurre istituti applicabili soltanto in presenza di rapporti pacifici¹⁰⁴.

L'obiettivo di estromettere il giudiziario, tuttavia, non poggia sull'idea che la legge, con i suoi attributi di "generalità" e "astrattezza", debba essere centrale. In materia di alienazione parentale, infatti, il disegno di legge "positivizza" il ricorso a misure di carattere sanzionatorio che, come si è visto, integrano una soluzione specifica che i giudici si limitano a prospettare ove lo richieda la vicenda soggettiva sottostante alla controversia. L'idea affermata dalla giurisprudenza secondo cui "il contegno di un genitore che, nei confronti dell'altro, favorisce sentimenti ostili del figlio o della figlia minore rileva nella valutazione dell'idoneità genitoriale", da rapportarsi a un procedimento di concreto accertamento, viene trasportata sul terreno del sillogismo. In questo modo una condotta, normalmente considerata in relazione a un quadro complessivo, comporta "automaticamente" – in forza di un'assolutizzazione – la decadenza dalla "potestà genitoriale" (non più responsabilità genitoriale).

I principi di diritto che ispessiscono il tessuto argomentativo di una sentenza, contribuendo a cementarne la logicità, non esauriscono la determinazione giudiziale e, dunque, si collocano in modo stabile, ma "relazionale", nell'orizzonte interpretativo del giudice.

Il ddl Pillon, invece, ha cristallizzato in un'iniziativa legislativa i principi invocati nell'ambito della cognizione e della decisione di casi concreti per affermarne una "rigida" prevalenza rispetto a diritti e interessi "preminenti", consolidando in un disegno di legge la particolarità di specifiche situazioni e la logica dicotomico-contrappositiva del processo.

Stabilendo previsioni normative che danno un volto o attribuiscono un genere a "precostituiti" destinatari, l'iniziativa legislativa mette in campo una logica discriminatoria e la afferma con vigore servendosi di una "tecnica" stereotipizzante.

Per gli ordinamenti, la protezione del minore o del genitore in condizione di vulnerabilità rimane un obiettivo oneroso, ma neppure ci si può attendere che i soggetti della tutela siano strumentalizzati o continuino ad essere sigillati nell'involucro (normativo) dello *stereotipo*¹⁰⁵ che genera discriminazioni.

8. Un indicatore lampeggiante

Lo spazio che il ddl Pillon ha avuto nella discussione parlamentare e pubblica, anche a distanza di settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana, offre la misura del coinvolgimento della cultura giuridica nell'affermazione di un diritto (v-)etero-patriarcale ed è un indicatore efficace

104 In tal senso, un esempio è costituito dal piano genitoriale che, prevedendo una serie di attività e impegni atti a scandire la vita della figlia o del figlio, nell'ambito di una situazione non irenica, può essere oggetto di continue frizioni, e poi di insanabili contestazioni, tra gli ex-coniugi.

105 Sul rapporto tra gli stereotipi e le discriminazioni di genere in una prospettiva giusfilosofica, si segnala, Th. Casadei, *Diritto e (dis)parità. Dalla discriminazione di genere alla democrazia paritaria*, Roma, Aracne, 2017. Cfr. anche L. Morra, B. Pasa, *Diritto tacito, diritto implicito e questioni di genere nei testi normativi*, in L. Morra, B. Pasa (a cura di), *Questione di genere nel diritto: impliciti e crittoterapi*, Torino, Giappichelli, 2015.

della ritrosia del legislatore italiano a intervenire in modo mirato in ambiti cruciali dell'ordinamento giuridico, come quello delle relazioni familiari.

Guardando alla funzione, alla comprensione e all'insegnamento del diritto¹⁰⁶, la responsabilità della "cultura giuridica interna" – per dirla con Friedman – richiama la marginalizzazione della prospettiva giusfemministica nel dibattito scientifico italiano e la scarsa rilevanza che essa occupa nelle istituzioni accademiche, sia con riferimento alle materie esistenti sia con riguardo all'introduzione di nuove discipline¹⁰⁷. Fuori dalla letteratura scientifica – di cui si sottolinea il carattere specialistico e non quello di centrale rilevanza per un approccio (non dimidiato) alla teoria del diritto – la stessa idea di "femminismo giuridico" o ancor più di "giusfemminismo" fatica ad essere compresa¹⁰⁸.

Una revisione della prospettiva teorico-giuridica, infatti, potrebbe offrire la base per "un approccio olistico alle cause strutturali di discriminazione, oppressione e marginalizzazione delle donne"¹⁰⁹ e di tutte le soggettività non conformi al paradigma (v-)etero-patriarcale e adultocentrico. Un avanzamento nella riflessione sul ruolo del diritto¹¹⁰, sulle sue tecniche stereotipizzanti, sulle radici di alcune forme della concettualizzazione giuridica, potrebbe essere il baricentro di nuove risposte politiche, giudiziarie e amministrative.

Alla luce di quanto finora trattato, risulta evidente la distanza che separa i presupposti dell'iniziativa Pillon dalle situazioni soggettive e familiari specifiche e, in generale, dalla realtà di una società complessa, chiamata a modificare le sue strutture giuridiche e normative. Se si pensa all'ordinamento italiano nel suo insieme, il disegno di legge Pillon ha evidenziato l'insufficiente risposta del sistema giuridico rispetto alla violenza di genere (nell'ambito delle relazioni coniugali ed ex-coniugali¹¹¹) e l'attaccamento ad una concezione "monistica"¹¹² di genitorialità.

Con riguardo al primo profilo, da un lato, la giurisprudenza di legittimità ha consentito di fare emergere l'incerto statuto scientifico della nozione di "alienazione genitoriale" e, dall'altro, una valutazione complessiva delle controversie giudiziali in materia, a lungo sollecitata dalle associazioni forensi e da alcuni tribunali, ha finalmente posto l'attenzione sul drammatico intreccio tra l'alienazione genitoriale e la violenza di genere.

Tale intersecazione trovava rappresentazione processuale nel fenomeno dei "procedimenti paralleli" o dei "procedimenti a grappolo". A partire dall'entrata in vigore della legge n. 54 del 2006, infatti, sono stati assai frequenti i casi in cui, i coniugi di una coppia erano parti processuali nel giudizio relativo all'affidamento dei figli minori e al contempo parti processuali in un giudizio penale. Non di rado accadeva che la madre, accusata di fronte al giudice civile di porre in essere condotte alienanti, secondo la cognizione e l'accertamento di un giudice penale, fosse vittima del reato di maltrattamenti familiari o di violenza sessuale, posto in essere dal "padre alienato".

La commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio¹¹³ nonché su ogni forma di violenza di genere" presso il Senato della Repubblica, presieduta da Valeria Valente, ha stabilito di acquisire 572

106 Per un'analisi giusfilosofica delle metodologie e delle pratiche della didattica del diritto si rinvia a V. Marzocco, S. Zullo, Th. Casadei, *La didattica del diritto. Metodi, strumenti, prospettive*, Pisa (Ospedaletto), Pacini, 2019.

107 Si segnala C. Faralli, *Didattica e ricerca al femminile nelle facoltà di giurisprudenza*, in A.C. Amato Mangiameli (a cura di), *Donne tra storia e politica*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 132-136.

108 Per le potenzialità di questo approccio si vedano le argomentazioni sviluppate da Thomas Casadei, il quale spiega: "Utilizzo in questa sede l'espressione 'giusfemminismo', anziché quella interscambiabile di 'femminismo giuridico', poiché l'intento precipuo è quello di collocare la riflessione femminista sul diritto non tanto nell'alveo dell'articolatissimo dibattito sul femminismo quanto piuttosto nell'orizzonte di riflessione filosofico-giuridico: da questo punto di vista le teorizzazioni e le prassi che ne scaturiscono paiono andare oltre i più consolidati filoni del 'giusnaturalismo', del 'giuspositivismo' e del 'giusrealismo' e fornire le basi per un'operatività innovativa sul piano legislativo e istituzionale" (Th. Casadei, *Itinerari del giusfemminismo*, in Id. (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, pp. 247-288, cit., p. 249).

109 B. Spinelli, *Femminicidio e riforme giuridiche*, in Th. Casadei (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, cit., pp. 155-167, in particolare p. 159.

110 Sul ruolo del diritto rispetto alle disuguaglianze di genere, si veda la sezione monografica pubblicata in *About Gender. Rivista internazionale di studi di genere*, 2019, 8, 15.

111 Come si è evidenziato, il matrimonio eterosessuale è stato anche un contenitore "istituzionalizzante" della violenza contro le donne che, tuttavia, non è localizzabile nel perimetro della famiglia tradizionale. Per un'opera che restituisce la complessità del 'fenomeno', si veda G. Viggiani, S. Pozzolo (a cura di), *Investigating Gender-based Violence*, London, Wildy, Simmonds and Hill, 2016.

112 Si tornerà sul significato che si intende attribuire a tale espressione nel corso del presente paragrafo.

113 Per un'analisi giusfilosofica relativa ai limiti con cui il legislatore ha affrontato la violenza di genere e sulla possibilità che la figura del "femminicidio" trovi spazio nell'ordinamento italiano, cfr. G. Viggiani, *Il femminicidio come reato. Prassi applicative e*

fascicoli di separazioni con affidamento di minori, “per capire quanti abusi siano stati compiuti in questi anni in nome della presunta alienazione parentale”¹¹⁴.

Secondo Paola De Nicola, giudice penale del Tribunale di Roma, “il problema di fondo è la mancanza di comunicazione tra giudici penali e civili e la mancanza di specializzazione di questi ultimi sui temi della violenza”. La giudice sottolinea che “il dato più grave è il poco valore che si dà alla parola della donna. Mentre la violenza dell’uomo viene depotenziata a conflitto, la tenacia di una madre nel voler difendere i figli, viene giudicata in modo negativo. E da vittima diventa colpevole, madre cattiva”¹¹⁵.

L’indagine affidata, nel mese di luglio 2020, alle tre magistrato Maria Monteleone, Monica Valetti e Francesca Ceroni intende accertare se l’operato dei giudici civili, competenti nei procedimenti in esame, rifletta l’idea di bigenitorialità “perfetta” di impronta “pilloniana” e, dunque, intende accertare i casi nei quali, in nome di un astratto interesse del minore, la civile giurisdizione si sia orientata nell’affermare ad ogni costo il rapporto dei figli o delle figlie con i genitori dopo la separazione.

La difesa ostinata di una “bigenitorialità perfetta” si lega a una prospettiva “imperfetta” nel senso di “mancante” e “incompiuta” sulla genitorialità.

Nel discorso prevalente, l’idea che riconduce la condizione di genitorialità a una donna o a un uomo uniti nel matrimonio eterosessuale viene restituita con l’espressione “genitorialità tradizionale”.

Come si è evidenziato, nel primo paragrafo, la categoria della “tradizione” nella sfera dei rapporti familiari, non a caso, traccia un’argine rispetto alla dimensione di una tutela giuridica che si incentra sull’eguaglianza di genere e di orientamento sessuale. Potremmo parlare di concezione “monistica” della genitorialità, intendendo con essa, un approccio che riconduce la genitorialità a una soggettività “idealtipica” riprodotta dal patriarcato e dalle concezioni giunaturalistiche più conservatrici, a prescindere dalle istanze che il pluralismo e la crescente complessità delle società sollevano.

Il punto saliente non è quello di sostituire alla “madre tradizionale” e al “padre tradizionale”¹¹⁶ una coppia di genitori dal genere o dall’orientamento sessuale indifferenziato o indifferenziabile, (idea espressa dalla *politically (un-)correctness* dell’espressione “genitore 1” e “genitore 2”), ma di contemplare la possibilità che il minore possa avere due madri o due padri.

Questa condizione di genitorialità (denominata “sociale”)¹¹⁷, attualmente, può avere rilevanza giuridica nel nostro ordinamento soltanto attraverso l’istituto dell’“adozione in casi particolari”¹¹⁸ che individua la sua *ratio* nel concetto di “famiglia ricomposta”, ovvero di una famiglia nella quale occorre considerare il ruolo del *partner* della madre o del padre nella cura del minore.

Come è evidente, questa previsione della legislazione civile non si attaglia alla tutela di una situazione soggettiva diversa, ovvero quella della “co-madre” che non dà la vita alla bambina o al bambino, ma che intende condividere in via esclusiva con il genitore biologico l’esperienza della genitorialità. Una protezione giuridica per i “copadri” è radicalmente esclusa dal nostro ordinamento che, vietando la surrogazione di maternità per contrasto con l’ordine pubblico, non ammette la trascrizione dell’atto di nascita del minore nato all’estero, entro la giurisdizione degli ordinamenti in cui è consentita la “gestazione per altri (e altre)”¹¹⁹.

Con riguardo alla previsione di forme di tutela delle “co-madri” che fuoriescano dal perimetro dell’adozione in casi particolari, il legislatore italiano potrebbe guardare a quegli approcci che, valorizzando il concetto di *genitorialità sociale*, propongono un’emancipazione – laddove la situazione concreta lo consenta – dal vincolo della paternità biologica. In Québec, per esempio, nel 2005 è entrata in vigore

prospettive de jure condendo, in questa Rivista, 2019, n. 2, pp. 130-145. Sulla costruzione dell’emergenza come rimedio all’incapacità di porre in essere riforme strutturali si veda il già citato contributo di B. Spinelli, *Femminicidio e riforme giuridiche* in Th. Casadei (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, cit., pp. 155-167.

114 La Repubblica, “Il dramma dei bimbi sottratti alle madri. Si indaga su 572 casi di separazioni”, 29 luglio 2020.

115 Per una più ampia trattazione di siffatte tematiche, lungo questa prospettiva, si veda P. Di Nicola, *La mia parola contro la sua. Quando il pregiudizio è più importante del giudizio*, Milano, Harper Collins, 2018.

116 Dal momento che l’aggettivo “tradizionale” si utilizza per i capi di abbigliamento, per le usanze, per le modalità di cottura e di preparazione del cibo, forse, la qualificazione di “tradizionale” per una condizione complessa e relazionale come quella di genitore è suscettibile di revisione.

117 Per un’analisi non confinata entro gli steccati del diritto civile cfr. A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, CEDAM, 2017; cfr. A. Gorgoni, *La filiazione*, Torino, Giappichelli, 2018.

118 L’adozione in casi particolari è prevista dagli artt. 44 e seguenti della Legge 4 maggio 1983 n. 184.

119 Sull’articolatissimo dibattito relativo a questa materia si vedano, *ex multis*, i lavori di Susanna Pozzolo: S. Pozzolo, *Gestazione per altri (ed altre). “Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista”*, in *BioLaw Journal- Rivista di biodiritto*, 2016, 2, pp. 93-110; Ead., *Delocalizzare la (ri)produzione? Riflessioni sul diritto, la maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *notizie di POLITEIA, Rivista di etica e scelte pubbliche*, 2016, 32, 124, pp. 19-31.

una disciplina che in riferimento alle coppie di madri omosessuali esclude che la paternità biologica possa essere fatta valere dopo un anno dalla nascita della bambina o del bambino che è nato da una mamma e convive con entrambe¹²⁰.

Al di là delle diverse soluzioni normative, è ragionevole ipotizzare che la stagnazione legislativa presente in questa materia abbia dato un qualche spazio a un disegno di legge proteso a ribadire una declinazione tutta ed esclusivamente *maschile, eterosessuale e adultocentrica* della genitorialità.

Si può stabilire, dunque, in via di considerazione conclusiva, una connessione tra la circostanza che il legislatore non abbia messo compiutamente a tema una riflessione sulla tutela giuridica di una genitorialità “diversa” da quella riconducibile alla “famiglia sessuale procreativa” e il fatto che alle soglie degli anni Venti del terzo Millennio sia stato a lungo discusso, su impulso di alcune forze politiche, un disegno di legge che ha inteso “valorizzare” la genitorialità (paterna), ma soltanto in opposizione alla filialità (e, prima di tutto, alla maternità).

120 Il paradigma di tutela nel diritto di famiglia canadese appare particolarmente avanzato se si guarda a una prospettiva relazionale della genitorialità e della filialità, dal momento che l’art. 33 del Codice civile, in vigore in Québec dal 1991, prevede che le decisioni riguardanti i minori devono essere assunte non soltanto nel rispetto del loro interesse, ma dei loro diritti. “Le décisions concernant l’enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits” che segue all’articolo 32: “Tout enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l’attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner”, all’interno della Sezione seconda rubricata “Du respect des droits de l’enfant”.