

Impliciti nel diritto: le questioni di genere come case study

Lucia Morra

II PARTE

Esplicitazione di impliciti in testi normativi

FAMILY CODE - FAM
DIVISION 12. PARENT AND CHILD RELATIONSHIP [7500 - 7961]
PART 3. UNIFORM PARENTAGE ACT [7600 - 7730]
CHAPTER 1. General Provisions [7600 - 7606]

Sec. 7601 (PRIMA DELL'EMENDAMENTO DEL 2014)

“Parent and child relationship” as used in this part means the legal relationship existing between a child and the child’s natural or adoptive parents incident to which the law confers or imposes rights, privileges, duties, and obligations. The term includes the mother and child relationship and the father and child relationship.

FAM, 12, 3, 1, Sec. 7601

“Parent and child relationship” as used in this part means the legal relationship existing between a child and the child’s natural or adoptive parents incident to which the law confers or imposes rights, privileges, duties, and obligations. The term **includes the** mother and child relationship and **the** father and child relationship.

Dato che “include” significa

to have (someone or something) as part of a group or total;
to contain (someone or something) in a group or as a part of something
(Merriam-Webster Online)

[The term *includes* the mother and child relationship and the father and child relationship]

si può leggere come

(I₁) l’espressione “parent and child relationship” include *esclusivamente* la relazione madre-bambino e la relazione padre-bambino.

o come

(I₂) l’espressione “parent and child relationship” include, tra altre relazioni genitoriali, la relazione madre-bambino e la relazione padre-bambino.

Il contenuto informativo di ciascuna implicatura va combinato con quanto stabilisce la presupposizione attivata dall'articolo determinativo che precede il sostantivo "relazione madre/padre-bambino" in

«The term includes **the** mother and child relationship and **the** father and child relationship.»

(**P**) C'è una sola relazione madre-bambino; c'è una sola relazione padre-bambino.

Per conseguenza logica

(**CP**) Un bambino può avere al più una madre e al più un padre.

Poiché P e le sue conseguenze logiche sono *presupposizioni* del testo della sec. 7601, nessuna interpretazione dello statute può rifiutare di darle per scontate.

P e le sue conseguenze logiche implicano però cose diverse quando vengono combinate con I_1 oppure con I_2 .

I₁ l'espressione "parent and child relationship" include *esclusivamente* la relazione madre-bambino e la relazione padre-bambino.

P C'è una sola relazione genitoriale madre-bambino; c'è una sola relazione genitoriale padre-bambino.

I₁ + P comporta che:

(**C_{1a}**) un bambino non può avere più di due genitori, un padre e una madre.

Assumendo che il significato di 'madre' e 'padre' sia quello ordinario (non sono legalmente definiti)

(**C_{1b}**) non si può riconoscere a un bambino in una relazione genitoriale con una donna o con un uomo un'altra relazione genitoriale con qualcuno dello stesso sesso del genitore già riconosciuto.

I₂ l'espressione "parent and child relationship" include, tra altre relazioni genitoriali, la relazione madre-bambino e la relazione padre-bambino.

P C'è una sola relazione genitoriale madre-bambino; c'è una sola relazione genitoriale padre-bambino.

I₂ + P comporta che:

(**C_{2a}**) un bambino può vedersi legalmente riconosciuti più di due genitori – una madre, un padre e qualcun'altro.

(**C_{2b}**) un presunto genitore non può essere riconosciuto come ulteriore madre/padre di un bambino che già intrattiene una relazione genitoriale con una madre o con un padre.

(**C_{2c}**) ci possono essere genitori naturali senza legami biologici con il bambino.

(**C_{2d}**) si può riconoscere a un bambino una relazione genitoriale con qualcuno dello stesso sesso di sua madre o suo padre.

Quali guide per l'interpretazione?

INTENZIONE DEL LEGISLATORE

Il paradigma eterosessuale della genitorialità (naturale) era 'legally undisputed' quando la sec. 7601 fu emanata, quindi **C_{2d}** non fa parte delle intenzioni comunicative ragionevolmente attribuibili al legislatore;

Il linguaggio di molti articoli del FAM suggerisce che la legislatura li abbia emanati pensando che i genitori possano essere al massimo due (tra gli altri FAM § § 3003, 3011, 3161), quindi **C_{2a}** non è ragionevolmente attribuibile al legislatore.

Il legislatore ha però emendato la sec. 7650 dicendo che i comportamenti che motivano l'attribuzione di una relazione padre-bambino elencati nella sec. 7611 subd. (d) (per es., il padre che riceve il bambino a casa propria e lo presenta come proprio figlio naturale) possono essere usati «insofar as practicable» per determinare una relazione madre-bambino [ammissione di **C_{2c}**]

PRECEDENTI

Le Corti californiane e in particolare la Supreme Court of California, avevano deliberato decisioni che aderivano implicitamente a conseguenze di **I₂ + P**.

1993 (*Johnson v. Calvert*, 5 Cal.4th 84) : the preconception intent to become a parent è ammesso come test per la genitorialità [**C_{2c}**]

2001 (*In re Nicholas H.*, 28 Cal.4th 56): un uomo non legato biologicamente a un bambino è riconosciuto come suo presunto padre naturale secondo la sec. 7611, subd. (d). [**C_{2c}**]

Elisa B. v. Superior Court, 2005, 37 Cal.4th 108:

La Corte ha sostenuto e rifiutato conseguenze di entrambe le implicature I_1 e I_2 .

Ha rifiutato sia il paradigma eterosessuale della genitorialità incorporato da $I_1 + P(C_{1b})$ sia il paradigma pluralista della genitorialità implicato da $I_2 + P(C_{2a})$.

Deliberando che ai sensi dell'UPA un bambino può vedersi riconosciute due donne come genitori naturali, ha fatto propria una conseguenza di $I_2 + P(C_{2d})$ e ciò equivale a rifiutare C_{1b} , una conseguenza di $I_1 + P$, e quindi I_1 .

Ma ha dichiarato la sua adesione ad un'altra conseguenza di $I_1 + P$, e cioè che un bambino non può avere più di due genitori (C_{1a}), ciò equivale a rifiutare C_{1b} , una conseguenza di $I_2 + P$, e quindi I_2

C_{1a} ma non C_{1b} ; C_{2d} ma non C_{2a}
Come ha giustificato (implicitamente) l'incoerenza?

2011 (*In re M.C.*, 195 Cal.App.4th 197): nel caso in questione più di due persone potevano vantare una fondata presunzione di genitorialità ai sensi dell'UPA, ma secondo la Corte il testo della sec. 7601 vietava alle corti di riconoscere più di due persone come genitori di un bambino, quali che siano le circostanze.

La Corte rifiuta C_{2a} (un bambino può vedersi legalmente riconosciuti più di due genitori – una madre, un padre e qualcun'altro), che è una conseguenza di $I_2 + P$.

Esplicita e aderisce a C_{1a} (un bambino non può avere più di due genitori, un padre e una madre), che è una conseguenza di $I_2 + P$.

Mette in evidenza le difficoltà del testo della sec.7601 e sollecita il legislatore a rendere più elastico il testo.

FAMILY CODE - FAM
DIVISION 12. PARENT AND CHILD RELATIONSHIP [7500 - 7961]
PART 3. UNIFORM PARENTAGE ACT [7600 - 7730]
CHAPTER 1. General Provisions [7600 - 7606]

Sec. 7601 (EMENDATO NEL 2014)

- (a) “Natural parent” as used in this code means a nonadoptive parent established under this part, whether biologically related to the child or not.

- (b) “Parent and child relationship” as used in this part means the legal relationship existing between a child and the child’s natural or adoptive parents incident to which the law confers or imposes rights, privileges, duties, and obligations. The term includes the mother and child relationship and the father and child relationship.

- (c) This part does not preclude a finding that a child has a parent and child relationship with more than two parents.

- (d) For purposes of state law, administrative regulations, court rules, government policies, common law, and any other provision or source of law governing the rights, protections, benefits, responsibilities, obligations, and duties of parents, any reference to two parents shall be interpreted to apply to every parent of a child where that child has been found to have more than two parents under this part.

FAM, 12, 3, 1, Sec. 7601

(a) **“Natural parent”** as used in this code **means** a nonadoptive parent established under this part, whether biologically related to the child or not.

FAM, 12, 3, 1, Sec. 7601

(a) **“Natural parent”** as used in this code **means a nonadoptive parent** established under this part, whether biologically related to the child or not.

FAM, 12, 3, 1, Sec. 7601

(a) “Natural parent” **as used in this code** means a nonadoptive parent established under this part, whether biologically related to the child or not.

FAM, 12, 3, 1, Sec. 7601

(a) “Natural parent” as used in this code means a nonadoptive parent **established under this part**, whether biologically related to the child or not.

FAM, 12, 3, 1, Sec. 7601

(a) “Natural parent” as used in this code means a nonadoptive parent established under this part, **whether biologically related to the child or not.**

FAM, 12, 3, 1, Sec. 7601

(b) “Parent and child relationship” **as used in this part** means the legal relationship existing between a child and the child’s natural or adoptive parents incident to which the law confers or imposes rights, privileges, duties, and obligations. The term includes the mother and child relationship and the father and child relationship.

FAM, 12, 3, 1, Sec. 7601

(b) “Parent and child relationship” as used in this part means the **legal** relationship **existing** between a child and the child’s natural or adoptive parents incident to which the law confers or imposes rights, privileges, duties, and obligations. The term includes the mother and child relationship and the father and child relationship.

FAM, 12, 3, 1, Sec. 7601

(b) “Parent and child relationship” as used in this part means the legal relationship existing between a child and the child’s natural or adoptive parents incident to which the law confers or imposes rights, privileges, duties, and obligations. The term includes the mother and child relationship **and** the father and child relationship.

FAM, 12, 3, 1, Sec. 7601

(c) This part does not preclude a finding that a child has a parent and child relationship with more than two parents..

Cancella **I₁**, la prima delle implicature rese disponibili dall'ultima frase di (b), e cioè

(**I₁**) “parent and child relationship” include *esclusivamente* la relazione madre-bambino e la relazione padre-bambino.

negando **C_{1a}**, che è una sua conseguenza logica quando combinata con **P**

(**C_{1a}**) un bambino non può avere più di due genitori, un padre e una madre.

FAM, 12, 3, 1, Sec. 7601

(c) This part does not preclude a finding that a child has a parent and child relationship with more than two parents.

FAM, 12, 3, 1, Sec. 7601

(d) For purposes of state law, administrative regulations, court rules, government policies, common law, and any other provision or source of law governing the rights, protections, benefits, responsibilities, obligations, and duties of parents, any reference to two parents shall be interpreted to apply to every parent of a child where that child has been found to have more than two parents under this part.



U.S.C. (2012), Title 1, chapter 1, § 7

Definition of “marriage” and “spouse”

(dichiarato inconstituzionale dalla Corte Suprema il 26 giugno 2013, in
United States v. Windsor)

In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word “marriage” means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word “spouse” refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife.

Art. 96. Richiesta della pubblicazione.

La richiesta della pubblicazione deve farsi da **ambedue gli sposi** o da persona che ne ha da essi ricevuto speciale incarico.

Art. 123. Simulazione.

Il matrimonio può essere impugnato da ciascuno dei **coniugi** quando gli **sposi** abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti. [...]

Art. 107 c.c. Forma della celebrazione.

Nel giorno indicato dalle parti l'ufficiale dello stato civile, alla presenza di due testimoni, anche se parenti, dà lettura agli **sposi** degli artt. 143, 144 e 147; riceve da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che **esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie**, e di seguito dichiara che esse sono unite in matrimonio. [...]

Art. 108. Inapponibilità di termini e condizioni.

La dichiarazione degli **sposi di prendersi rispettivamente in marito e in moglie** non può essere sottoposta né a termine né a condizione [...].

Art. 143. Diritti e doveri reciproci dei coniugi.

Con il matrimonio **il marito e la moglie** acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri. [...]

Art. 143 bis. Cognome della moglie.

La **moglie** aggiunge al proprio cognome **quello del marito** e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze.

Art. 156 bis. Cognome della moglie.

Il giudice può vietare **alla moglie** l'uso del cognome **del marito** quando tale uso sia a lui gravemente pregiudizievole, e può parimenti autorizzare **la moglie** a non usare il cognome stesso, qualora dall'uso possa derivarle grave pregiudizio.

D1. L'insieme degli articoli del codice civile sul matrimonio ammette all'istituto una coppia omosessuale?

D2. L'insieme degli articoli del codice civile sul matrimonio vincola l'identità sessuale delle coppie che possono accedere al matrimonio?

D3. L'insieme degli articoli sul matrimonio sostiene un'interpretazione neutra di 'sposi'?

In molti degli articoli del Trattato del Matrimonio nessun elemento testuale contrasta un'interpretazione di 'sposi' neutrale rispetto al sesso.

'Sposi' si può considerare silente rispetto al sesso degli elementi della coppia, ovvero come non preclusivo di alcuna di queste possibilità:

(2 XX); (2 XY); (1 XX; 1 XY); (2 XYY); (2 XXY); (1 XX; 1 XYY); ...; ...

L'Italia ammette però solo due tipi di sesso: XY (M) o XX (F).

I cittadini *italiani* possono essere solo (M) o (F).

- Da un articolo di Giuliana Proietti per l'Huffington Post vers. it., 4-11-2013.
- “Dal 1 novembre 2013 la Germania permette che i genitori possano registrare all'anagrafe un neonato senza specificare il sesso di nascita, che resta così "indeterminato".
- Oltre alla tradizionale M per maschio e F per femmina, sui documenti tedeschi vi sarà dunque anche una X per il soggetto dal sesso non definito (il quale tuttavia in qualsiasi momento potrà scegliere di farsi classificare ufficialmente come maschio o femmina).
- Questo permetterà ai genitori di figli nati con caratteri genitali non completamente definiti (nel senso che presentano caratteristiche un po' dell'uno e un po' dell'altro sesso), di non dover ricorrere urgentemente ad una scelta chirurgica invasiva (es. riduzioni del clitoride, rimozione dei testicoli ritenuti, vaginoplastica, o creazione chirurgica di una vagina) per "normalizzare" la situazione anagrafica del proprio figlio.
- Questi bambini potranno dunque crescere liberamente in una condizione di "intersessualità" fino a quando non si sentiranno pronti a compiere una scelta definitiva. (Ma potranno anche scegliere di restare "neutri" per tutta la loro vita e rimanere dunque al di fuori dal sistema maschile-femminile).”
- [...]
- Gli altri Paesi che hanno legiferato sul "terzo sesso" sono: Australia, Bangladesh, India, Nepal e Nuova Zelanda. In India, Bangladesh e Pakistan sono comunemente accettati gli Hijra, cioè degli individui nati maschi che poi con il tempo hanno assunto un ruolo sociale femminile.

Se pure in molti degli articoli del Trattato del Matrimonio 'sposi' potrebbe considerarsi aperto a tutte le possibilità:

$$(2 \text{ XX}) \vee (2 \text{ XY}) \vee (1 \text{ XX}; 1 \text{ XY}) \vee (2 \text{ XYY}) \vee (2 \text{ XXY}) \vee (1 \text{ XX}; 1 \text{ XYY}) \vee \dots;$$

di fatto, per gli sposi *italiani* le possibilità sarebbero solo tre: $(2 \text{ XX}) \vee (2 \text{ XY}) \vee (1 \text{ XX}; 1 \text{ XY})$

In conclusione, la lettera di molti artt. del Trattato del Matrimonio non preclude un'interpretazione di 'sposi' che include tre tipi di coppie:

$$(F; F) \vee (M; M) \vee (F; M)$$

Negli artt. 107, 108, 143, 143bis, 156bis, invece, il significato di ‘sposi’ è più ristretto.

Art. 107.

“L’ufficiale [...] dà lettura agli **sposi** degli artt. 143, 144 e 147; riceve da **ciascuna delle parti** personalmente, l’una dopo l’altra, la **dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie**”.

Nell’art. 107 ‘sposi’ indica due individui che per potersi sposare devono dichiarare di volersi prendere rispettivamente in marito e moglie.

Marito: Il coniuge di sesso maschile, l'uomo rispetto alla donna con la quale ha contratto matrimonio.

Moglie: Il coniuge di sesso femminile, la donna rispetto all'uomo con il quale ha contratto matrimonio.

Per 'marito' e 'moglie' non è disponibile una lettura sessualmente neutra, quindi

dichiarando di voler prendere in moglie X,
Y dichiara di voler entrare in una specifica relazione giuridica con un dato individuo di sesso femminile (X)

dichiarando di voler prendere in marito Y,
X dichiara di voler entrare in una specifica relazione giuridica con un dato individuo di sesso maschile (Y).

Y dichiara di voler entrare in una specifica relazione giuridica con un dato individuo di sesso femminile (X)

Condizioni di efficacia della sua dichiarazione

Y NON È VINCOLATO DA UN MATRIMONIO
PRECEDENTE;

Y NON È MINORENNE;

Y NON È INFERMO DI MENTE, ECC.;

X NON È VINCOLATO DA UN MATRIMONIO
PRECEDENTE, ECC.;

**X ALL'ANAGRAFE RISULTA DI SESSO
FEMMINILE;**

X dichiara di voler entrare in una specifica relazione giuridica con un dato individuo di sesso maschile (Y).

Condizioni di efficacia della sua dichiarazione

X NON È MINORENNE;

X NON È VINCOLATO DA UN MATRIMONIO
PRECEDENTE;

X NON È INFERMO DI MENTE, ECC.;

Y NON È MINORENNE, ECC.;

**Y ALL'ANAGRAFE RISULTA DI SESSO
MASCHILE;**

La dichiarazione dell'ufficiale di stato civile che le parti sono unite in matrimonio è successiva alle rispettive dichiarazioni degli sposi.

Le sue condizioni di efficacia includono quelle delle singole dichiarazioni, quindi, tra le altre:

X ALL'ANAGRAFE RISULTA DI SESSO FEMMINILE

Y ALL'ANAGRAFE RISULTA DI SESSO MASCHILE

Ne risulta che l'ufficiale può dichiarare con efficacia uniti in matrimonio solo due individui di cui all'anagrafe uno risulta di sesso maschile e l'altro femminile.

Nell'art. 107 'sposi' significa dunque
'coppia eterosessuale che manifesta l'intenzione di entrare in uno specifico rapporto giuridico'.

Nei vari artt. del Trattato sul Matrimonio ‘sposi’ ha quindi due significati relativi all’identità sessuale della coppia:

Sposi1: (2F); (2M); (1M; 1F) [artt. ..96, ..., ecc.]

Sposi2: (1F; 1M) [artt. 107, 108, 143, 143bis, 156bis]

Se si considera “Del matrimonio” un testo coerente e coeso, ‘sposi’ deve però avere nei vari articoli un significato uniforme.

Per prevenire violazioni delle massime della qualità e relazione (e dunque garantire la coerenza e coesione del testo) occorre attivare un’implicatura.

In questo caso, le implicature di riparazione attivabili sono due.

IMPLICATURA DI PREVENZIONE A

LA SPECIALIZZAZIONE DEL SIGNIFICATO DI 'SPOSI'
DELL'ART. 107 (108, ECC.) SI PROPAGA A TUTTI
GLI ALTRI ARTICOLI.

Attribuire a tutte le occorrenze di 'sposi' nel Trattato il significato 'sposi2', ovvero sostituire 'sposi2' al significato 'sposi1' restringe la portata concreta degli articoli nei quali avviene la sostituzione, ma non li priva di significato.

IMPLICATURA DI PREVENZIONE B:

IL SIGNIFICATO DI 'SPOSI' USATO NEGLI ARTT. DIVERSI DA (107, 108, ECC.), AMPLIA IL SIGNIFICATO DI 'SPOSI' NEGLI ARTT. 107, 108, ECC.

Sostituire 'sposi1' a 'sposi2', tuttavia, renderebbe discriminatori gli artt. 107, 108, ecc.

Operando questa sostituzione, nel Trattato 'sposi' individuerebbe infatti tre tipi possibili di coppie, ma solo quella formata da un uomo e una donna potrebbe rendere con efficacia le dichiarazioni richieste dall'ufficiale di stato civile.

Che solo coppie eterosessuali possano accedere al matrimonio nel Trattato non è detto né in modo immediato, né in modo non immediato; è suggerito.

Non è una conseguenza logica della lettera degli articoli, ma la conclusione di una scelta interpretativa.

Dal fatto che la lettera dell'art. 107 esclude il matrimonio tra due persone dello stesso sesso perché **presupposto della sua applicabilità/efficacia è l'eterosessualità della coppia** si può concludere che l'istituto del matrimonio non è accessibile alle coppie omosessuali **solo** attivando **l'implicatura A**

IA: GLI ARTT. 107, 108, ECC. SPECIALIZZANO IMPLICITAMENTE IL SIGNIFICATO DI 'SPOSI' USATI NEGLI ALTRI ARTT.

Che sia una scelta interpretativa sostenere che il Trattato sul matrimonio non consente alle coppie omosessuali di sposarsi lo mostra il fatto che chi attiva **IA** rinforza l'interpretazione sistematico-letterale del testo che la autorizza con varie argomentazioni:

- la centralità dell'articolo 107 per l'impianto logico dell'istituto;
- la «millenaria tradizione del comune sentire» che intende il matrimonio come unione di un uomo e di una donna;
- la plausibilità che tale attribuzione di significato sia conforme alle intenzioni del legislatore;
- Il fatto che l'implicatura trovi sostegno in altre implicature attivabili dagli artt. 87, 108, 143, ecc.

Perché il legislatore del 1942 non ha detto esplicitamente che solo coppie eterosessuali possono accedere al matrimonio (per es. inserendo le coppie omosessuali nell'elenco di cui all'art. 87)?

- L'informazione che l'implicatura A convoglia era un presupposto/pregiudizio talmente pervasivo da essere opaco allo stesso legislatore. La questione non era mai stata sollevata giuridicamente.
- Il contesto nel quale il testo fu promulgato e quello nel quale fu emendato (1975) impedivano/bloccavano/non stimolavano l'attivazione dell'implicatura B. All'epoca, non c'era ragione di dubbio interpretativo.
- Il legislatore non poteva prevedere che il Trattato sarebbe stato interpretato in un contesto sociale e giuridico come quello odierno che non impedisce/blocca l'attivazione dell'implicatura B.

Art. 87 c.c. Parentela, affinità, adozione e affiliazione.

Non possono contrarre matrimonio fra loro:

- 1) gli ascendenti e i discendenti in linea retta, legittimi o naturali;
- 2) i fratelli e le sorelle germani, consanguinei o uterini;
- 3) lo zio e la nipote, la zia e il nipote;
- 4) gli affini in linea retta; [...];
- 5) gli affini in linea collaterale in secondo grado;
- 6) l'adottante, l'adottato e i suoi discendenti;
- 7) i figli adottivi della stessa persona;
- 8) l'adottato e i figli dell'adottante;
- 9) l'adottato e il coniuge dell'adottante, l'adottante e il coniuge dell'adottato.

IN QUANTI CI SI PUO' SPOSARE?

L'art. 96 del Trattato del Matrimonio comunica attraverso una presupposizione che 'sposi' si riferisce a una formazione di due elementi.

“La richiesta della pubblicazione deve farsi da **ambidue** gli sposi [...]” (art.96).

GLI SPOSI SONO DUE

Che la presupposizione si propaghi a tutti gli artt. che parlano di sposi è di nuovo un'implicatura.

Non cambierebbe il senso giuridico di molti articoli leggere 'sposi' come indicante un'unità formata da più di due elementi.

L'informazione contenuta nella presupposizione dell'art. 96 è rinforzata dall'alone implicito che circonda la lettera di 87, 107, 108, 143.