

Edizioni dell'Assemblea
110

Ricerche

Unione Giuristi Cattolici Italiani

Nuove tensioni nel matrimonio civile

Atti del Convegno internazionale di studio

Firenze, 23 gennaio 2015

REGIONE TOSCANA



Consiglio Regionale

Nuove tensioni nel matrimonio civile : atti del Convegno internazionale di studio : Firenze, 23 gennaio 2015/ Unione Giuristi Cattolici Italiani. - - Firenze : Consiglio regionale della Toscana, 2015. - 148 p. ; 24 cm.

1. Unione Giuristi Cattolici Italiani (UGCI) 2. Toscana. Consiglio regionale

346.45016

Matrimonio – Legislazione statale - Saggi

CIP (Cataloguing in publication) a cura della Biblioteca del Consiglio regionale

Volume in distribuzione gratuita

Consiglio regionale della Toscana

Settore Comunicazione istituzionale, editoria e promozione dell'immagine

Progetto grafico e impaginazione: Massimo Signorile

Pubblicazione realizzata dalla tipografia del Consiglio regionale della Toscana ai sensi della l.r. 4/2009

Giugno 2015

ISBN 978-88-89365-53-3

Sommario

PRESENTAZIONE	7
MARCO CARRARESI	
SALUTI	9
CARD. GIUSEPPE BETORI	
PROLUSIONE	
Il matrimonio tra tradizione e modernità	13
MARIO CIOFFI	
RELAZIONI	
La dematrimonializzazione	21
FRANCESCO D'AGOSTINO	
Matrimonio, convivenze e unioni di vita: quale futuro per i rapporti etico-sociali?	27
ANDREA NICOLUSSI	
Il ruolo della famiglia nel diritto pubblico, oggi	41
MARKUS KRIENKE	
Matrimonio e procreazione assistita	73
CARLO CASINI	
INTERVENTI	
Matrimonio e indissolubilità. Dall'antropologia filosofica al diritto	81
CLAUDIO SARTEA	
Matrimonio e fattualità: all'origine giuridica del vincolo relazionale	99
FRANCESCO ZINI	
Natura, fonte delle proprietà del matrimonio e relativi riflessi giuridici	115
TOMMASO SCANDROGLIO	
Nuove tensioni nella filiazione	135
GABRIELLA GAMBINO	
GLI AUTORI	151

Presentazione

MARCO CARRARESI

Segretario dell'Ufficio di presidenza del Consiglio regionale della Toscana

Fu proprio Sua Eminenza il Card. Giuseppe Betori, che voglio ringraziare per la sua presenza, a parlare, soltanto pochi mesi fa, di “preoccupanti segnali di oscuramento della verità sulla persona umana e sui suoi legami sociali”.

Credo sia allora significativo, ed anche doveroso, per l'istituzione regionale, ospitare una riflessione a così alto livello su uno dei fondamenti sociali, quale è il matrimonio. Perché una società regge se ha delle architravi. Una di queste è senz'altro l'istituto familiare, fondato sull'unione stabile di un uomo e di una donna, aperta alla generazione della vita. Non è questione confessionale, ma antropologica. Ma oggi questo fondamento non soltanto è messo in discussione, ma ridotto ad anticaglia, a retaggio del passato. E chi si permette di affermare il primato della famiglia non soltanto viene messo alla berlina ed etichettato come retrogrado, ma addirittura lo si vorrebbe portare davanti al giudice.

Sappiamo bene che oggi si diffondono modalità diverse di convivenza. Che peraltro nessuno vuole vietare. Ma equiparare tali diverse modalità davvero giova all'assetto sociale? Equipararle sul fronte dei diritti, e magari non su quello dei doveri, non significa alla fine penalizzare quello che invece è, naturalmente il legame principale della convivenza sociale, la famiglia che ha connaturato in sé la complementarità sessuale?

Davvero facciamo il bene dei nostri figli ad offrire non più un babbo o una mamma, ma un genitore 1 e 2? Davvero è un bene mettere al primo posto il diritto al desiderio, anche nel procreare, forzando non la tradizione, ma la natura e la biologia?

Sono tanti gli interrogativi che oggi si affollano, di fronte a un attacco spesso ideologico. Davanti al quale ci sentiamo talvolta disarmati o troppo silenti.

Il dissacrare, il demolire quelli che sono i valori fondanti della convivenza umana non è un progresso, ma un terribile regredire. Che apre le porte a una disgregazione e a uno sbandamento dei quali già vediamo segni evidenti, e difficilmente arrestabili.

Ben venga dunque una riflessione seria, approfondita, competente, come quella di stamani. Con una preoccupazione che sento, e che devo confessare: la preoccupazione poi che non si riesca a veicolare questa riflessione, questo messaggio, nei vari strati della società. Ovvero che non vi siano più gli strumenti –La Pira parlava di “leve”- per rendere carne e presenza concreta una determinata visione della vita: mi riferisco alla formazione dei giovani, alla comunicazione, alla cultura, alla stessa politica. Anche su questo dovremo tutti riflettere, per esercitare al meglio la nostra responsabilità e per far sì che alla fine quello che oggi anche qui di importante verrà detto non sia poi voce che grida nel deserto.

Saluti

CARD. GIUSEPPE BETORI

Arcivescovo di Firenze

Porgo il mio saluto ai relatori e ai partecipanti a questo importante convegno su “Le nuove tensioni nel matrimonio civile”. Esso affronta un tema decisivo per comprendere l’attuale dibattito giuridico sul matrimonio come fondamento della famiglia. La famiglia ha un valore civile irrinunciabile, perché rappresenta una società naturale che pre-esiste al riconoscimento giuridico dell’istituzione statale. Come recita l’art. 29 della Costituzione italiana: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell’unità familiare».

In questo articolo si afferma che la famiglia poggia il suo fondamento giuridico sul matrimonio, mettendo in evidenza come il matrimonio costituisca intrinsecamente il fondamento della famiglia. Per questo specifico motivo, il valore civile del matrimonio come fondamento della famiglia rimanda (sul piano fondativo) a quanto prevede il vigente *Codice di Diritto Canonico* per quanto concerne il “sacramento” del matrimonio religioso. Insieme all’elemento soggettivo della libertà matrimoniale e del libero consenso, infatti, il matrimonio si perfeziona (secondo il *Codice* del 1983) mediante un’espressa e reciproca manifestazione di assunzione di responsabilità personale, tramite la quale un uomo e una donna costituiscono tra loro, con un patto irrevocabile e indissolubile, uno stabile consorzio di vita improntato a una mutua assistenza e solidarietà nell’intima unione delle loro persone ed *ordinato alla generazione ed educazione della prole e quindi alla formazione della famiglia*.¹ L’elemento oggettivo e costitutivo della famiglia è, quindi, dato dalla volontà dei coniugi di aprirsi all’accoglimento fecondo della pro-creazione, come se il dono dell’incontro delle volontà dei due coniugi fosse già di per sé portatore di un ulteriore dono che va oltre se stessi: verso una nuova vita.

1 Can. 1055 - §1: Il patto matrimoniale con cui l’uomo e la donna stabiliscono tra loro la comunità di tutta la vita, per sua natura ordinata al bene dei coniugi e alla procreazione e educazione della prole, tra i battezzati è stato elevato da Cristo Signore alla dignità di sacramento.

La fecondità della famiglia, perciò, oltre ad essere un *bonum coniugum*, caratterizza il matrimonio canonico verso la “generazione” e l’educazione della prole. Da ciò derivano i doveri di fedeltà, di unità, di stabilità e di solidarietà nell’educazione dei figli e nell’assistenza morale e materiale tra i coniugi. In questo specifico senso, sul piano fondativo della famiglia, il matrimonio civile e il matrimonio canonico hanno in comune questa propensione alla procreatività: come se dal matrimonio dei due coniugi dovesse sempre nascere “un terzo”, un altro-da-sé. Questa finalità intrinseca del matrimonio, aperto alla famiglia come “società naturale”, eleva il matrimonio oltre la contingenza e la fattualità della mera convivenza, andando a costituire una sfida a quella che Papa Francesco ha definito come «la cultura del provvisorio», e costituendo una prova di impegno e di responsabilità che va oltre l’instabilità e la precarietà dei rapporti sociali contemporanei.² Ed appare davvero difficile da comprendere lo “strabismo” della cultura diffusa che, mentre rifiuta (e con buone ragioni) la precarietà nell’ambito del lavoro, la esalta invece a conquista di libertà nell’ambito della famiglia!

Auspico che questa “sfida”, presente anche nel matrimonio civile, di costituire una nuova e originale famiglia, duratura e feconda, trovi in questo convegno solidi argomenti risolutivi e proposte innovative.

Buon lavoro.

2 PAPA FRANCESCO, *Colloquio internazionale sulla complementarità tra uomo e donna*, promosso in Vaticano dalla Congregazione per la dottrina della fede in collaborazione con i Pontifici consigli: per la Famiglia, per il Dialogo interreligioso e per la Promozione dell’unità dei cristiani, 17/11/2014.

PROLUSIONE

Il matrimonio tra tradizione e modernità

MARIO CIOFFI

Il matrimonio è nato con la civiltà ed è giunto fino a noi senza interruzioni. Nella sua vitalità ed universalità è patrimonio comune all'intera umanità. Ma oggi vive una decadenza tanto profonda che ne fa presagire la fine. Molti ignorano o travisano l'essenza stessa del matrimonio, che è l'unione di un uomo e una donna finalizzata alla generazione della prole. Ogni serio discorso intorno a questo istituto deve dunque partire da lontano.

Dal punto di vista fenomenologico l'umano si configura nella duplicità del maschile e femminile, differenza originale e irriducibile inscritta nella natura. Secondo il racconto biblico, Dio creò l'essere umano maschio e femmina (Gn 1, 27), ma questa differenza non è alterità irrelata che si piega su se stessa e si avvolge al proprio io, ma alterità che tende all'altra in cerca del suo volto. La donna è stata creata per l'uomo perché non è bene che l'uomo sia solo (Gn 2, 18), e per questo l'uomo abbandonerà suo padre e sua madre e si unirà a sua moglie, e i due saranno una sola carne (Gn 2, 24).

Ogni società umana ha legato la sessualità ad una forma più o meno legittima di procreazione. Nella *Scienza Nuova* il Vico descrive la nascita della civiltà e le condizioni per il suo mantenimento: «Osserviamo tutte le nazioni custodire questi tre umani costumi: che tutte hanno qualche religione; tutte contraggono matrimoni solenni; tutte seppelliscono i loro morti. Da queste tre cose cominciò l'umanità, e perciò si debbono santissimamente custodire da tutte perché il mondo non s'inferisca e non si rinselvi di nuovo». E' il *senso comune* delle nazioni, un giudizio di tutto il genere umano, un concetto che ritorna nel Foscolo: «Dal dì che nozze e tribunali ed are diero alle umane belve esser pietose di se stesse e d'altrui...» (*Dei Sepolcri*).

Ogni società ha dunque definito e disciplinato il legame tra l'uomo e la donna, vincolo che si estende ai figli nell'unità familiare, primario gruppo sociale retto dal sentimento prima che dal diritto. Come fatto antropologico, collegato alla natura umana, la famiglia non tollera qualificazioni ideologiche e eccessive intrusioni del diritto, anche se, come entità sociale, non può prescindere da una veste giuridica, garante della serietà degli impegni e dell'affidamento dei terzi.

Cicerone definisce il matrimonio *principium urbis et quasi seminarium reipublicae* (*De officiis*, I, 54). Nelle fonti romane si rinviene un'altra celebre definizione del matrimonio come origine della famiglia: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divinae et umani iuris communicatio* (DG, 23, 2.1). La massima di Modestino mette in risalto l'essenza naturale e religiosa e il significato sociale dell'istituto, compendiatosi secoli dopo da Cielo d'Alcamo nell'apofisma «sposami davanti alla gente», ad indicare il bisogno di pubblicità di un atto che, nella sua solennità, reca il culto della tradizione e il senso della continuità della vita.

Ai continui e veloci mutamenti di oggi nella vita sociale e di coppia fanno riscontro le varie riforme del diritto di famiglia, che hanno già inciso nel modo di intendere l'istituto e si annunciano così radicali da far temere la fine stessa della famiglia tradizionale. L'opinione comune crede sempre meno nel matrimonio e nella famiglia, e difficilmente questi due istituti potranno resistere ai nuovi modelli che avanzano e chiedono di essere legittimati. Gli attacchi alla famiglia non si limitano più a chiedere il riconoscimento di taluni aspetti dei rapporti extraconiugali, ma puntano a parificare la famiglia naturale o di fatto alla famiglia legittima, fino a rivendicare per le coppie omosessuali il diritto al matrimonio e all'adozione. Pur di snaturare la famiglia, si sostiene che ogni forma di convivenza costituisce famiglia, e che niente giustifica la distinzione tra i nuovi modelli e l'istituzione tradizionale.

Certamente l'ordinamento deve considerare e tutelare le situazioni sorte dall'evoluzione dei costumi, e di fatto riconosce alle unioni *ad instar familiae* numerosi diritti in vari campi. Ma pur nel rispetto delle scelte individuali, deve essere chiaro che le forme di convivenza diverse dalla famiglia legittima non possono essere equiparate alla famiglia configurata nella Costituzione italiana. I nuovi modelli non devono pregiudicare i diritti della famiglia fondata sul matrimonio tra un uomo e una donna, della famiglia naturalmente orientata alla procreazione e ad assicurare il primo e fondamentale contributo alla società, i figli. E i figli, va ricordato, hanno diritto al padre e alla madre. La famiglia è scuola di umanità, gratuità e solidarietà.

La Costituzione riconosce i diritti della famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio, ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29), recepisce il tipo di famiglia legittima (art. 30) ed affida allo

Stato il compito di agevolare la formazione e di favorire l'adempimento delle sue attribuzioni (art. 31). Il riferimento alla società naturale fondata sul matrimonio indica chiaramente che la famiglia accolta nella Costituzione è solo quella fondata sul matrimonio tra un uomo e una donna. Ogni altra situazione è tutelata solo se la tutela è compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima (art. 30).

Anche se le unioni di fatto sono oggi largamente diffuse e forse prevalenti, resta vero, al fondo della coscienza sociale, che *nuptias, non concubitus, sed consensus facit*. Come fattore di ordine sociale e solidarietà tra le generazioni, la famiglia è connotata da naturalità, universalità e stabilità, anche se oggi sembra un insieme di relazioni fragili e spesso ingovernabili, tali da rendere difficile la sua resistenza alle nuove forme di convivenza, che cercano legittimazione anche attraverso una giurisprudenza creativa e atti amministrativi senza valore. L'iscrizione nei registri comunali delle coppie anche dello stesso sesso, e la trascrizione delle nozze tra omosessuali celebrate all'estero, sono solo atti ideologici finalizzati a svilire l'idea di famiglia a vantaggio di forme di vita dai confini indefiniti (famiglie *allargate, ricomposte, ecc., sintetiche* per Francesco D'Agostino perché percepite solo come *costruzione sociale*). Sotto la spinta di un'etica individualistica, cominciano a farsi strada patti di solidarietà che eludono i doveri che il matrimonio comporta.

Gli omosessuali hanno diritto al rispetto dovuto ad ogni persona, hanno la dignità propria di ogni persona, possono anche ottenere il riconoscimento delle loro unioni, ma non possono avere il diritto di contrarre matrimonio e di adottare. La solidarietà affettiva nelle coppie gay è cosa ben diversa dal matrimonio e dalla famiglia, e non può essere usata a pretesto per invocare il matrimonio. Non c'è fondamento per assimilare o stabilire analogie, anche remote, tra le unioni omosessuali, di per sé sterili, e le unioni eterosessuali dove avviene la generazione della prole. La società deve rispondere ai bisogni reali dei cittadini, di tutti i cittadini, ma senza indebite omologazioni volute da ideologie che tentano di colonizzare la cultura. Negare il matrimonio a persone dello stesso sesso non è discriminante né sul piano costituzionale (che riconosce la sola famiglia *naturale* fondata sul matrimonio), né su qualsiasi altro piano (la diversità sessuale è inscritta nell'ordine naturale dell'essere). Non si può forzare la natura delle cose: il mondo si regge sull'armonia delle diversità, e dal contrasto nasce la bellezza.

Come la famiglia, anche il matrimonio è di diretto interesse pubblico e non può essere ritenuto un fatto meramente privato. Come attesta il Di-

gesto giustiniano (*Ius naturale est maris et feminae coniunctio, quam nos appellamus matrimonium*), esso è naturalmente ordinato alla conservazione e alla propagazione del genere umano, nella reciproca integrazione perfezionatrice dei due sessi tra loro complementari (*vertere in unum*). Oggi il matrimonio non conferisce più, come in passato, una particolare onorabilità sociale agli sposi. Il suo declino, dovuto alla cultura permissiva e alla caduta o spostamento dei valori, ha portato alla messa in discussione del concetto stesso dell'istituto, che ora rischia di dissolversi in una mera registrazione di tipo anagrafico-patrimoniale. In questo scenario secolarizzato, l'ideologia del *gender* sostiene, in nome di stereotipi culturali, che la differenza di genere sarebbe dovuta non alle naturali determinazioni sessuali ma a fattori sociali ed educativi. Ognuno sarebbe libero di identificarsi in uno dei vari modelli culturali, a prescindere dall'identità sessuale. Negando l'evidenza biologica, la teoria mira a cancellare la diversità di genere come requisito del matrimonio, sovvertendo così il comune sentire e la prassi di millenni.

Al contrario del matrimonio canonico, stabilmente fondato sul diritto divino e sistematizzato dal Concilio di Trento, il matrimonio civile va verso mutamenti radicali che ne fanno presagire la fine. Nato con la Rivoluzione francese come un normale contratto da opporre al matrimonio canonico, il matrimonio civile sta cedendo il passo a nuove fattispecie dai contorni indefiniti, anche se si registra qualche resistenza. Nel disorientamento generato dalla cultura del provvisorio, è un fatto che ci si sposa sempre meno, e cresce il numero delle unioni di fatto, anche se questa scelta, spesso dovuta a condizioni di precarietà materiale, non significa necessariamente un rifiuto di principio del matrimonio.

Se non vuole rischiare di dissolversi, la nostra società liquida e priva di riferimenti, afflitta da varie forme di ingovernabilità a cominciare dalla famiglia, deve fondare diritto e giustizia su basi oggettive e condivise. Occorre appellarsi alla ragione, riflettere con mente pura, senza ideologie e pregiudizi, nel rispetto della verità della natura e della logica dei suoi fenomeni. Come ammoniva il Vico, «l'ordine delle idee deve procedere secondo l'ordine delle cose». Le leggi universali della natura non possono essere asservite a fini particolari. La natura più profonda dell'essere umano sta nella incancellabile dualità del maschile e femminile. La persona non è la nozione fittizia dei Greci e Romani, ma la realtà più alta e individuata,

in cui confluiscono ontologia ed etica. Il matrimonio non può ridursi ad una coincidenza precaria di due egoismi, ed è pura illusione l'idea che i gay possano agognare il matrimonio e che le unioni omosessuali possano essere assimilate al matrimonio e alla famiglia, istituti che non possono essere oggetto di lotte e conquiste ideologiche. Ed è pura utopia pensare che la legge possa risolvere ogni problema: non ogni desiderio può tradursi in diritto, non ogni ideologia può tradursi in normazione vincolante. Se vogliamo recuperare la nostra identità, dobbiamo restaurare il matrimonio nella sua dignità che è la stessa dignità dell'essere, certamente più forte delle creazioni artificiali dell'uomo. E dobbiamo riconoscere che il primo valore del matrimonio sta nel patto d'amore stabile e aperto alla generazione: *veritas, non auctoritas facit matrimonium*.

Soggettivismo e relativismo spingono l'uomo a porre i mezzi al posto dei fini, a piegare la verità ai propri disegni, a confondere tra ordine oggettivo e soggettivo. Un egoismo esasperato, che si erge a teoria filosofica, vuole dilatare il concetto dei diritti umani fino a banalizzarli. La legge può imporre tutto, ma l'arbitrio dato dalla mancanza di misura non può mai trasformarsi in vero diritto: «Vi è una legge vera, ragione retta, conforme alla natura, presente in tutti, invariabile, eterna [...]. A questa legge non è lecito togliere valore, né può essere derogata, né abrogata» (Cicerone, *De republica*).

La legge non può basarsi su un concetto agnostico dell'uomo, ma deve codificare i valori della persona, nella quale nasce quel diritto di natura e di ragione che preesiste alla società e allo Stato e può essere solo ricevuto e tutelato. Come la persona, anche la famiglia ha priorità ontologica su ogni altra formazione sociale. Così vuole il bene comune, che non può essere sostituito da un immaginario *bene pubblico*: «Le cose fuori del loro stato naturale né vi si adagiano, né vi durano» (Vico).

RELAZIONI

La dematrimonializzazione

FRANCESCO D'AGOSTINO

Si sono rimarginate, nel mondo cattolico, le ferite aperte dalla campagna referendaria sul divorzio? Sono rimaste aperte quelle ferite, si sono cronicizzate o si sono invece definitivamente sanate? Per rispondere a questa domanda, è probabilmente opportuno ricordare che quest'anno, il 2014, ricorre l'anniversario della prima delle due grandi battaglie referendarie (la seconda ovviamente è quella sull'aborto) che hanno lacerato, in anni ormai lontani, la società italiana della seconda metà del Novecento. Sembra un'evidenza consolidata che oggi, per la quasi totalità dei cittadini del nostro paese, quella dell'indissolubilità del matrimonio non sia più una questione reale e aperta. Gli anni passati dall'approvazione della legge Fortuna/Baslini e dal referendum sul divorzio (ben quaranta!) sono davvero tanti, cronologicamente e ancor più sociologicamente: per tutti coloro che oggi hanno raggiunto la mezza età, pensare ad un'Italia "senza divorzio" è come pensare a un'Italia (come ad es. quella "sabauda") che si sa bene che è esistita, ma con la quale non si ha più un rapporto personale e reale. Se però rinunciamo a valutazioni generalizzanti (che pure sono più che legittime) e prendiamo in considerazione situazioni di carattere particolare, vediamo che le cose non stanno sempre così.

Consideriamo ad es. il mondo dei giuristi cattolici (la cui associazione, l'UGCI, cioè l'"Unione Giuristi Cattolici Italiani", costituita subito dopo la fine della guerra, gode tutt'ora di ottima salute). Come molte altre ben note associazioni cattoliche (mi limito a citare l'Azione Cattolica o le ACLI) anche l'UGCI entrò con forza nei dibattiti intensissimi che precedettero l'approvazione della legge sul divorzio e fu tra le associazioni che promossero il referendum per l'abrogazione della nuova legge divorzista. Vi entrò in modo pubblico ed esplicito, con delibere unanimi, tutte caratterizzate da presupposti dottrinali assolutamente limpidi, quali la difesa del dettato costituzionale (col suo esplicito riferimento alla famiglia come "società naturale") e l'affermazione del fondamento giusnaturalistico e quindi non confessionale dell'indissolubilità (presupposto che spiega la presenza, tra i promotori del referendum, di personalità non riferibili alla Democrazia cristiana e all'associazionismo cattolico, tra le quali, a quel tempo, la più

nota all'opinione pubblica era probabilmente la senatrice socialista Merlin). Non mancarono però, nemmeno per l'Unione Giuristi Cattolici, lacerazioni e sofferenze, riconducibili alle posizioni di diversi intellettuali (e non pochi teologi!) che davano al principio dell'indissolubilità una valenza altissima sì, ma essenzialmente spirituale; una valenza che essi ritenevano paradossalmente umiliata, quando, per tutelarla, si fosse fatto primario riferimento a uno strumento "coercitivo" come quello della legge dello Stato. Furono posizioni di minoranza, che però attivarono orientamenti e prese di posizione, che si manifestarono con evidenza ancora più forte quando, alcuni anni dopo, il problema referendario si ripropose a carico della legge sull'aborto.

L'interpretazione storiografica prevalente in merito all'introduzione del divorzio in Italia è quella che la vede come una delle tappe decisive e irreversibili del processo di secolarizzazione che nella seconda metà del Novecento ha caratterizzato il nostro paese (e non poteva non caratterizzarlo, secondo i fautori di questa lettura). Non voglio prendere posizione al riguardo, anche se mi rendo benissimo conto di quanto forte sia questa lettura degli ultimi decenni: credo però che non si tratti di una lettura che ben si adatti al mondo del diritto: e mi riferisco non solo ai giuristi cattolici e alle loro controversie interne, ma all'universo, ben più ampio, dei giuristi cultori del diritto di famiglia non cattolici (ma non per questo necessariamente anticlericali). Se ci immergiamo nelle diatribe dense e intricate di quaranta e più anni fa, percepiamo un dato che ha un suo rilievo: sia i giuristi anti-divorzisti, che quelli divorzisti erano convinti di combattere una battaglia *a favore del matrimonio*. Semplicemente, si dividevano — e accanitamente — sulle modalità strategiche ottimali per vincere questa battaglia. Gli anti-divorzisti partivano ovviamente dall'idea che il matrimonio andasse difeso come indissolubile, non però perché il divorzio ne minacciasse la funzione sociale (ritenuta concordemente insostituibile), ma perché la legislazione divorzista indeboliva fatalmente la sua finalità generazionale e danneggiava il coniuge più debole (la donna). Ma anche i divorzisti erano pienamente convinti che bisognasse difendere il matrimonio: in questo senso anche essi sostenevano che non si dovesse mai procedere al riconoscimento di un divorzio meramente "consensuale". Per i giuristi cattolici "divorzisti" la migliore difesa del coniugio era però quella capace di riconoscere la dissolubilità come soluzione estrema per i casi di fallimento completo e oggettivo di un'unione coniugale, casi in cui il permanere del vincolo non potesse sotto alcun profilo giovare più né al coniuge più debole, né ai figli.

Negli anni dei dibattiti sul divorzio sembra che né i giuristi antidivorzisti, né quelli divorzisti abbiano avvertito il fenomeno che si stava manifestando in tutte le società occidentali (indipendentemente dalla presenza in esse di normative divorziste più o meno ampie), un fenomeno che in pochi anni sarebbe cresciuto in modo irresistibile: quel vistoso e inaspettato processo che la sociologa francese Irène Théry ha efficacemente denominato “*démariage*”, cioè “dematrimonializzazione”. Possiamo anche fare ricerche sul numero sempre più crescente dei matrimoni che si concludono con un divorzio (e dare così ragione agli anti-divorzisti, che hanno sempre richiamato l’attenzione su quanto una legislazione sullo scioglimento del matrimonio lo renda fragile come istituto). Quello però che non possiamo negare è che la questione prioritaria oggi non è il dilagare dei divorzi, ma l’agonia del “matrimonio civile”, che porta irresistibilmente con sé alcune necessarie conseguenze, prima tra tutte la scissione tra coniugalità e genitorialità, cui consegue il dilagare di una crisi demografica, della cui gravità solo a fatica l’opinione pubblica comincia a prendere coscienza. Siamo arrivati a un punto tale che quella che fino a pochi anni fa era solo una facezia, peraltro di dubbio gusto (“oggi il matrimonio è agognato solo dai gay”) si sta manifestando come una dinamica sociale di pesante rilievo. L’affermazione palesemente provocatoria fatta nel 1974 da Amintore Fanfani sul “Corriere della Sera” e cioè che, dopo il divorzio, sarebbe arrivato in Italia il matrimonio tra omosessuali (affermazione che all’epoca attirò sul leader democristiano espressioni di sdegno e di irrisione) andrebbe oggi ritenuta “profetica”.

Perché sposarsi? Nella sua, apparentemente ingenua, radicalità questa domanda riassume uno dei nodi antropologici cruciali delle società post-moderne. Il matrimonio ha sempre posseduto, in tutte le culture, una funzione e necessaria tipica: quella di dare garanzia *pubblica* alle relazioni intergenerazionali. Questo spiega perché, fino agli inizi del mondo contemporaneo (quello inaugurato dalla Rivoluzione francese) il matrimonio ha sempre trovato le sue radici nella religione, come garante ultima e indiscutibile delle relazioni genitori-figli (sotto questo profilo l’avvento del cristianesimo non ha di certo “confessionalizzato” il matrimonio, ma ha semplicemente sostituito la stanca ritualità religiosa propria del tardo “paganesimo” con una nuova e ben più vincolante spiritualità sacramentale). La Rivoluzione francese tenta l’impossibile: sottrarre il matrimonio ai parroci e alla Chiesa, per dargli un fondamento laico. Nasce il matrimonio *civile*, le cui obbligazioni sono assunte davanti a un funzionario dello

Stato, che assume contestualmente il dovere di garantirlo. Per i credenti il matrimonio si sdoppia e per la sua celebrazione diviene indispensabile rivolgersi all'autorità civile e a quella religiosa (che in alcuni casi possono trovare un accordo per unificare le cerimonie, creando quel curioso istituto che è il "matrimonio concordatario"); per il non credente il matrimonio civile, regolato dal codice civile, è più che sufficiente per creare e qualificare in modo solenne lo statuto coniugale e i conseguenti ruoli familiari. Alla domanda dalla quale avevano preso le mosse: *perché sposarsi?* sembra che il matrimonio civile dia una risposta del tutto analoga a quella data per secoli dal matrimonio religioso: per garantire le relazioni intergenerazionali. Ma qui nasce la difficoltà, perché altra è una garanzia *religiosa*, altra è una garanzia *civile*; altro un matrimonio stipulato davanti a Dio, altro quello stipulato davanti al sindaco. E' vero, come afferma Carl Schmitt, che tutti i concetti giuridici sono concetti teologici secolarizzati e che quindi anche il matrimonio civile altro non è che un matrimonio religioso secolarizzato. Ma non è vero che il processo di secolarizzazione, ponendo lo Stato al posto di Dio, garantisca ai vincoli giuridici (nonché politici) la stessa forza loro garantita dal fondamento religioso del diritto: solo la fede in Dio, entro certi limiti, è in grado di fronteggiare le pulsioni individualistiche tipiche della modernità, non certo le pretese *sovrane* dello Stato. Il matrimonio civile comincia ad incrinarsi dal momento stesso in cui, con tempistiche diverse, entra negli ordinamenti giuridici dell'Occidente. La sua storia è la storia di un progressivo indebolimento, che la storiografia e la sociologia giuridica sono in grado di misurare con sufficiente correttezza, analizzando le dinamiche inerenti all'introduzione e al diffondersi delle pratiche del divorzio. La grande letteratura ottocentesca, da Balzac e Trollope, da Henry James a Theodor Fontane, a Ibsen ci aiuta a percepire in modo puntuale la crisi lenta, ma inesorabile, del matrimonio civile e la irreversibile metamorfosi dell'istituto giuridico del divorzio, destinato a perdere la sua funzione terapeutica nei confronti delle patologie coniugali estreme, per assumere la funzione di strumento tecnico per garantire, a chi lo desiderasse, il diritto insindacabile di assumere vincoli poligamici non sincronici, ma diacronici.

Sono stati in grado i giuristi di fronteggiare in modo adeguato queste nuove dinamiche civilistiche? Rispondere affermativamente sarebbe azzardato. Non è stato facile per loro rimuovere la pesante tradizione storica gravante sulle loro spalle. La storia del diritto di famiglia tra Ottocento e Novecento è piena di paradossi e di contraddizione, di fughe in avanti e di resistenze.

Lentamente, ma inesorabilmente, la crisi del matrimonio civile ha contribuito a spostare il baricentro del diritto di famiglia dalla tutela del vincolo coniugale alla tutela dei vincoli genitoriali. L'affermarsi delle nuove pratiche di fecondazione medicalmente assistita, con le loro innumerevoli possibilità di manipolazioni procreative e genetiche, ha contribuito a erodere l'idea che il vincolo coniugale fosse il presupposto giuridico ottimale per garantire la filiazione. Un'espressione francese, difficilmente traducibile in italiano, *le mot "parent" ne veut plus dire "générateur"*, riassume efficacemente la situazione. *Perché sposarsi*, se i figli nati fuori dal matrimonio hanno diritto alle stesse tutele giuridiche di quelli nati in costanza di matrimonio? *Perché sposarsi*, se tra la genitorialità *genetica* e la genitorialità *legale* non esiste alcun vincolo mediato dal matrimonio?

I deboli dibattiti italiani, di questi ultimi mesi, sul "divorzio breve" mostrano quanto ormai sia fioca la voce dei giuristi. I tentativi di escludere dalla procedure del divorzio breve le coppie con figli sembrano ormai destinati al fallimento. L'individualismo che caratterizza le società secolarizzate consente che si dia al matrimonio (istituto eminentemente relazionale e di conseguenza radicalmente anti-individualista) un rilievo residuale, tutt'al più simbolico, utile per soddisfare alcune pretese di immagine delle coppie omosessuali, ma di certo di minima valenza sociale, come dimostra il crescente numero dei conviventi che non avvertono alcuna necessità di formalizzare legalmente il loro rapporto. Il presente ci appare ormai ben configurato: la generatività si rivela sempre più indifferente nei confronti della *coniugalità* (legalizzata o meno); le convivenze (coniugali e non coniugali) *aggregative* hanno un solido primato statistico su quelle *generative*. La crisi demografica occidentale, che non appare oggi come oggi, destinata a fermarsi, apre nuovi e nebulosi scenari, nei limiti in cui non appare chiaro se la crisi del matrimonio civile possa dilagare in culture (come quella islamica o quella induista) nelle quali la radice religiosa del matrimonio appare assolutamente salda.

Secolarizzazione equivale in Occidente a "dematrimonializzazione". Possono avere un futuro le società occidentali "dematrimonializzate"? Allo stato attuale delle nostre conoscenze la risposta è negativa. La dematrimonializzazione accompagnata al crollo demografico sta alterando irreversibilmente l'Occidente, riproponendo, sia pure in forme diverse, forme di alterazione politico-culturale analogabili a quelle che segnarono il passaggio dalla tarda antichità al Medioevo. Se l'Occidente vuole preservare la propria identità deve "rimatrimonializzarsi", il che però implica che tutto l'istituto

del matrimonio vada profondamente ripensato e preso sul serio, anche per quel che concerne le dinamiche divorziste e procreative. Ossessionati come siamo dai problemi dell' economia sembra che non siamo più capaci di percepire come alla base dell'esperienza sociale non stia la ricchezza degli individui, ma la loro collocazione all'interno delle strutture familiari e come alla base della famiglia stia il matrimonio e la sua capacità di "durare". Nella logica della durata il matrimonio civile è fallito: non è fallito per aver cercato di sostituirsi al matrimonio cristiano, ma per aver coltivato l'illusione che fosse sufficiente il riferimento all'autorità dello Stato per dare un fondamento ai vincoli della coniugalità. Avevano ragione i giuristi cattolici antidivorzisti: quella del matrimonio è questione antropologica, prima che confessionale. E poiché le difficoltà del presente, prima che confessionali, sono antropologiche, c'è da essere profondamente inquieti sul nostro futuro.

Matrimonio, convivenze e unioni di vita: quale futuro per i rapporti etico-sociali?

ANDREA NICOLUSSI

1. In questo turno di secolo, si assiste in Italia a una singolare tensione tra le formule e i principi generali del diritto costituzionalizzato e la loro applicazione, la quale sembra scivolare verso una progressiva riscrittura in senso libertario dei *rapporti etico-sociali* previsti dalla nostra Costituzione. La concezione antropologica, personalista e quindi relazionale, che è stata posta alla base della Carta tende, infatti, a essere scalzata e mortificata da una antropologia antagonista, contrassegnata dall'idea di una *self-ownership* autoreferenziale e insofferente verso ogni limite al potere di disposizione. Non è difficile cogliere che questa decostituzionalizzazione si muove in buona sintonia con una certa evoluzione antisolidale dei rapporti economici e con l'impatto sociale delle nuove tecnologie: quasi come una tavola da surf sull'onda di forze orientate in una direzione già impressa.

Né può sorprendere che protagonista di questo fenomeno sia la famiglia, dato che essa è l'istituzione precisamente collocata in primo piano in quella delle due sezioni della prima parte della Costituzione la quale è intitolata testualmente *rapporti etico-sociali*. Dopo i rapporti civili, che si incardinano sull'idea di libertà personale (art. 13), la Costituzione prosegue infatti con la tutela di quelle dimensioni sociali della persona in cui si realizza appunto la sua relazionalità e che quindi sono connotate da una tensione etica all'insegna del principio di solidarietà. Addirittura i primi tre articoli dei rapporti etico-sociali sono dedicati alla famiglia. Di essi, l'art. 29 prevede: "la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare." Il testo dell'art. 30 è il seguente: È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paterni-

tà”. L’art. 31, infine, contiene le seguenti parole: “La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l’adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l’infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo”.

Con riguardo all’art. 29 Cost., la giurisprudenza della Corte Costituzionale è rimasta finora coerente nel ritenere che la Costituzione favorisce il modello della famiglia fondata sul matrimonio e nell’affermare il principio della non equiparabilità tra famiglia fondata sul matrimonio e unioni non fondate sul matrimonio. Tuttavia, si assiste in pari tempo a due fenomeni convergenti in senso opposto ai principi direttivi della Costituzione: da un lato, una progressiva erosione della disciplina del matrimonio, che del resto ospita sotto lo “stesso tetto” coppie dalle idee molto diverse sull’unione coniugale, e a un distacco sempre maggiore tra matrimonio civile e matrimonio canonico; dall’altro, si registrano interventi legislativi di settore e applicazioni giurisprudenziali tendenti all’equiparazione fra famiglia fondata sul matrimonio e unioni non fondate su di esso.

Per quanto concerne gli artt. 30 e 31 Cost., si deve segnalare il diffondersi dell’idea, opposta alla concezione costituzionale della filiazione, di estendere alla filiazione il criterio volontaristico e soggettivistico restaurando un diritto della filiazione adultocentrico. Come è noto, la formula che ricapitola questa concezione è autodeterminazione riproduttiva: formula eloquente, perché rende chiaro come la filiazione venga ripensata alla stregua di un diritto individuale dell’adulto, una sorta di diritto della sua personalità, in cui il figlio diventa in una certa misura l’oggetto e lo strumento di scelte autointeressate di chi è titolare di tale diritto. In questo modo, a una concezione della filiazione basata sulla responsabilità nei confronti della persona messa al mondo (come altro da sé), ossia una genitorialità rispettosa verso la dimensione naturale del figlio – accolta dall’art. 30 Cost. e ripresa ad esempio nell’art. 147 c.c. -, si contrappone una concezione volontaristica della filiazione, spesso agevolata dalle tecniche riproduttive, nella quale la filiazione diviene l’effetto legale di una serie di atti o contratti di una pluralità di soggetti. La stessa qualifica “riproduttiva” che aggettiva l’autodeterminazione risulta problematica, perché in questi casi non della riproduzione vera e propria della coppia che pretende il ruolo genitoriale si tratta, ma della cessione o messa a disposizione da parte del c.d. genitore biologico dello stesso ruolo genitoriale. Sotto la maschera del progresso

tecnologico e in ossequio al dogma libertario, si profila insomma una concezione regressiva che si rivela una variante dell'antico diritto patriarcale o diritto sulla propria stirpe che vedeva il figlio come *naturaliter aliquid patris* e che ora lo concepisce come *artificialiter aliquid parentis*. Addirittura, l'assolutizzazione della concezione libertaria di autodeterminazione – parola non presente nel testo della Costituzione - intacca anche il concetto di salute (art. 32), completando questa operazione di decostituzionalizzazione. Autodeterminazione riproduttiva e autodeterminazione terapeutica sono veicoli che operano in sinergia verso l'eliminazione della prospettiva etico-sociale, e quindi solidale, nella quale la Costituzione ha collocato questi rapporti.

2. Invero, l'idea di ripensare il matrimonio nella chiave dei contratti di scambio, come un'associazione di due individui che riceve senso e valore solo nella misura del servizio reso a ciascuno come mezzo per massimizzare la propria felicità individuale, non è recente. Tuttavia, la spinta più forte in questa direzione si è registrata in Europa soprattutto a partire dalla seconda metà del secolo scorso anche in conseguenza di significativi cambiamenti nella struttura sociale ed economica in cui la famiglia tende a perdere sempre più certe funzioni legate all'esistenza materiale delle persone. Invero, la separazione fra famiglia ed economia avrebbe potuto dare occasione per un rafforzamento dei vincoli affettivi; invece il fenomeno a cui si assiste sembra piuttosto la precarizzazione del matrimonio, dato che la promessa di comunione di vita risulta contraddetta dall'emergere di un diritto di recesso *ad libitum* (una sorta di ripudio contemporaneo) che ognuno può far valere quando reputa che la sua personale felicità si debba realizzare altrove, e anche a scapito dei figli che nel frattempo siano nati. Certo, questo esito non è ancora riferibile alla situazione italiana, sebbene anche in Italia sia evidente la tendenza, da un lato, a ridurre sempre più, fino ad annullare, il tempo della separazione prima del divorzio, e dall'altro a trasformare quest'ultimo da causa di risoluzione della promessa per impossibilità sopravvenuta in un mero atto della volontà. Di qui una metamorfosi dell'istituto: esso non sembra più in grado di dare forma compiuta all'unione coniugale, cioè a una comunione di vita stabile e aperta alla generazione e ai doveri che ne derivano, ossia, in ultima analisi, a istituire la famiglia. Tende piuttosto a contrattualizzarsi riducendosi a un rapporto di scambio funzionale al "diritto alla felicità" in senso individuale di ciascuno dei partner.

Come è stato segnalato, sul piano culturale è mancata finora un'analisi sistematica del "diritto alla felicità" e dei suoi limiti¹ o, se vogliamo, una comprensione solidale del diritto alla felicità cui sarebbe coerente una concezione neo-istituzionale, non contrattuale della famiglia. Ciò anche perché al diffondersi della prospettiva contrattualistica non ha fatto riscontro un aggiornamento della concezione istituzionale, spesso ridotta alla sua rappresentazione di fine Ottocento - inizio Novecento, ossia a un'idea di istituzione connotata da elementi organicistici e di stampo patriarcale e quindi gerarchicamente strutturata. Inoltre, questa concezione ha portato anche a sostenere, in forme talora ambigue, una vera e propria discriminazione sociale dei figli nati fuori dal matrimonio, marchiati un tempo addirittura dello stigma di illegittimità. Tuttavia, questa anacronistica concezione (vetero-)istituzionale non è né compatibile con il personalismo costituzionale né peraltro è necessaria all'idea generale di istituzione. L'idea istituzionale può invece incardinarsi sul principio di solidarietà e quindi sull'idea di una felicità sensibile alle vicende familiari e non indifferente nel suo svolgersi alla condizione di partecipazione al gruppo: non posso, in altri termini, rendermi felice puramente a scapito della felicità di un mio familiare. In questo modo, si evita di rappresentare la famiglia come un organismo che tende a mortificare il principio di dignità umana, perché strumentalizzerebbe le persone nel senso opposto in cui le persone vengono strumentalizzate dalla concezione contrattualistica².

Del resto, la scelta costituzionale di assumere la famiglia come primo valore dei rapporti etico-sociali non dovrebbe essere sottovalutata. Non è soltanto un riconoscimento della preesistenza, della «naturalità» della famiglia rispetto all'organizzazione statale, e quindi una presa di posizione contro

1 Lo rileva L. Mengoni, *L'impronta del modello canonico sul matrimonio civile nell'esperienza giuridica e nella prassi sociale attuale nella cultura europea*, in Scritti (a cura di C. Castronovo - A. Albanese - A. Nicolussi), Metodo e teoria giuridica, Milano 2011, 364.

2 Come sottolinea L. Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, Iustitia 1990, 12, riprendendo il pensiero di Santi Romano, al concetto di istituzione non appartiene come elemento essenziale la presenza di un capo e pertanto non vi è ostacolo ad impiegare tale categoria anche per spiegare la famiglia paritaria. Alla concezione vetero-istituzionale, di stampo gerarchico, ossia patriarcale, la Costituzione sostituisce una concezione neo-istituzionale: «una struttura paritaria - dice Mengoni, - della quale criterio organizzativo è la relazione di solidarietà che lega gli interessi individuali in ragione della dipendenza della loro realizzazione dalla condizione di partecipazione al gruppo, e quindi dalla stabilità del gruppo fondata sul matrimonio. La lettura dell'art. 29 nel quadro dell'art. 2 ottiene così un altro guadagno ermeneutico: l'identificazione dell'unità della famiglia con l'accordo dei coniugi, implicita nel principio di eguaglianza, viene mediata dal principio di solidarietà. Nell'unità della famiglia il fine di ciascuno dei membri diventa lo sviluppo e la felicità dell'altro, e in questo senso i diritti dei membri della famiglia si esprimono, giusta la formula dell'art. 29, come "diritti della famiglia"».

tentativi di ingegneria sociale che la mortifichino. L'istituzionalizzazione della famiglia sottende altresì una certa idea complessiva della società e delle sue matrici, vista non solo o non tanto come l'esito di un contratto sociale che, al di là del suo carattere finzionistico, si rivela incapace di comprendere le ragioni della solidarietà dei forti nei confronti dei deboli. Sottolineare la centralità dell'esperienza familiare significa ricordare che l'essere umano come «volente non volutosi»³, come figlio di qualcuno, nasce in un contesto relazionale e, nel poco o tanto che riceve dai suoi genitori o da chi si occupa di lui, sperimenta fin dall'inizio l'aiuto di altre persone. I primi momenti dell'esistenza e il primo sviluppo della persona avvengono e abitano una intima dimensione relazionale. Inoltre, la famiglia offre anche la dimensione più intima dell'incontro con l'altro nell'esperienza coniugale quale luogo di realizzazione del desiderio di comunione e di generazione di nuova vita. Nella famiglia come struttura giuridica, parafrasando il filosofo, il desiderio e la ragione si sposano.

Se in passato, specialmente tra Ottocento e Novecento, l'affermazione della naturalità della famiglia è intesa a difendere la famiglia soprattutto nei confronti degli "artifici" di matrice legale e quindi statutaria, a partire dall'ultimo Novecento i fattori decisivi verso la società liquida (l'allentamento delle relazioni significative), sembrano più legati alle dinamiche economiche globali e alle nuove tecnologie che pervadono i mondi vitali, al riduttivismo antropologico che esse favoriscono e alle loro altre implicazioni sociali. La precarizzazione del lavoro, la limitata propensione alla filiazione, nonostante la tendenza alla riduzione dell'affettività alla dimensione fisica, l'innalzamento dell'età della filiazione e il conseguente ricorso a tecniche di filiazione esogama (ad es., fecondazione c.d. eterologa o gestazione per altri), il mito della connessione perpetua, ossia la perdita di sensibilità verso il ritmo vitale tra lavoro e ricreazione, sembrano ricadere sulla stabilità delle relazioni, indebolendole e comprimendo gli spazi dell'intimità domestica e quindi dell'unione matrimoniale. Non è un caso che le critiche al modello familiare costituzionale, fondato sul matrimonio, facciano soprattutto appello alla sua incapacità di adattarsi alle "nuove esigenze" della società contemporanea.

3 Si prende a prestito evidentemente la formula di P. Piovani, *Il volente non volutosi*, Per una filosofia della morale (a cura di F. Tessitore), Milano 2010, p. 658 sgg. Similmente M. Zambrano, *Persona e democrazia*, La storia sacrificale, trad. it., Milano 2000, 152: «non c'è nulla di più oggettivo e inconfutabile della constatazione naturalistica che nessuno è l'origine di se stesso».

3. La risposta degli ordinamenti occidentali non sembra essere tanto quella di affiancare alla famiglia fondata sul matrimonio altre forme di unione fondate sulla responsabilità per gli affidamenti che pur si creano, ma distinte dalla famiglia matrimoniale e quindi giuridicamente non equiparate ad essa. La tendenza che pare dominare nel mondo occidentale è alla equiparazione tra le diverse forme di unione secondo il modello di una «ideologia dell'indifferenziato» che fa del principio di non discriminazione una sorta di livella per oscurare ogni differenza. Il risultato, in definitiva, è una omologazione al ribasso che consiste in un processo di contrattualizzazione della famiglia, onde anche in quest'ultima si insinua quella precarietà che indebolisce in generale le relazioni sociali. Dietro ai nomi, la sostanza si delinea in modo tale per cui matrimonio e unioni civili, comunque vengano chiamati, sottintendono relazioni piuttosto precarie già nella loro stessa veste giuridica. Non si può dire tuttavia che allo stato attuale questo fenomeno sia riducibile unicamente all'autodeterminazione individuale, sebbene lo sbilanciamento verso quest'ultimo principio sia innegabile e per quanto la lettura *politically correct* lo esigerebbe. In realtà, una assolutizzazione dell'autodeterminazione libertaria fino a una sorta di completa disponibilità degli *status* familiari o parafamiliari sembra essere rifiutata anche dal modello più diffuso di giuridicizzazione delle convivenze: il divieto dell'incesto e della poligamia, eterosessuali o omosessuali che siano, è ancora approvato dalla stragrande maggioranza. In altre parole, *sunt certi denique fines* anche in quegli ordinamenti che hanno spinto più avanti questa tendenza⁴. Tale profilo non va trascurato, perché se ancora nella cultura contemporanea si accoglie l'idea di «limite» nell'ambito della giuridicizzazione delle convivenze, allora forse rimane aperto uno spazio di discussione improntata al principio di ragionevolezza e quindi rifuggente

4 È l'aporia di fondo delle tesi di matrice libertaria che a un certo punto finiscono per dover ammettere limiti alla stessa libertà delle parti. Come afferma, ad esempio, G. Ferrando (*Convivenze e modelli di disciplina*, in F.B. d'Usseaux – A. D'Angelo *Matrimonio, matrimonii*, Milano 2000, 313), sulla scorta nella sempre più frequente giuridicizzazione nei paesi europei delle convivenze senza matrimonio, «la consapevolezza che l'esercizio della libertà necessita di contrappesi ha portato alla previsione di correttivi di principio secondo cui la regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra conviventi è affidata alla loro autonoma determinazione». E addirittura M.R. Marella (*Il diritto di famiglia fra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in M.R. Marella – F. Grillini, *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, Napoli 2001, 8) aggiunge: «Se la mancanza di una regolamentazione giuridica viene giustificata in funzione della tutela di una libera scelta, l'esigenza di affiancare a tale libertà un minimo di contrappesi, a salvaguardia di chi dalla convivenza ha tratto legittime aspettative, è talora tanto forte da giustificare persino quei modelli di regulation basati su automatismi che in sostanza traducono il fatto della convivenza in una fonte di status».

l'ideologia dell'indifferenziato. In questo spazio possono essere trovate soluzioni che sappiano riconoscere le differenze senza mortificare la dignità delle persone, accettando così l'idea del limite e della differenza, non come strumento di oppressione, ma come riflesso irrinunciabile della dimensione propria dell'uomo. Dall'altro, l'ordinamento giuridico dovrebbe sapere tenere conto dei mutamenti sociali valorizzandone il buono che c'è e senza rinunciare a promuovere la solidarietà in ogni relazione umana. Ciò sarebbe utile anche per evitare che l'inerzia nell'articolare una disciplina adeguata finisca per rafforzare le spinte verso una generale precarizzazione delle relazioni nella quale finirebbe per essere travolta ogni dimensione istituzionale della famiglia. Proprio la mancanza di una consapevole differenziazione sembra essere uno dei fattori che hanno portato a indebolire le strutture giuridiche del matrimonio e ad annacquare il significato. Del resto, nella misura in cui il matrimonio viene eroso nella sua struttura giuridica, si manifesta il paradosso tutto occidentale della vicenda contemporanea dei diritti di famiglia: nel nome di una generica e astratta libertà degli individui, si cancella la stessa libertà di scelta, privando chi desidera unirsi in un vincolo stabile e duraturo dello strumento giuridico adatto, e quindi in definitiva vanificando lo stesso diritto al matrimonio.

4. In Italia, per vero, la Corte Costituzionale ha sempre respinto le letture omologatrici ribadendo in ogni occasione l'*irriducibilità della famiglia di fatto alla famiglia fondata sul matrimonio*⁵. Una serie di sentenze successive alla riforma del diritto famiglia fino ad ora hanno ripetuto questo principio pur senza negare rilevanza a convivenze senza il matrimonio⁶. Data l'incommisurabilità tra famiglia fondata sul matrimonio e convivenze senza matrimonio, la soluzione di eventuali problemi giuridici relativi a queste ultime è individuata nelle pronunce della Corte senza procedere a una (non possibile) estensione analogica della disciplina prevista per la famiglia *ex art. 29 cost.* come tale, ma riconoscendo la meritevolezza di

5 Cfr., da ultimo, Corte cost. 204/2003: «come questa Corte più volte ha affermato, la convivenza more uxorio basata sull'affetto quotidiana, liberamente e in ogni istante revocabile, presenta caratteristiche così profondamente diverse dal rapporto coniugale da impedire l'automatica assimilazione delle due situazioni al fine di desumerne l'esigenza costituzionale di una parificazione di trattamento».

6 Cfr., tra le altre, Corte cost. n. 30/1983 (red. Elia); n. 237/1986 (red. Borzellino); n. 404/1988 (red. Casavola); n. 167/1992 (red. Mengoni); n. 310/1989 (red. Mengoni); n. 8/1996 (red. Zagrebelsky); n. 2/1998 (red. Santosuosso); n. 166/1998 (red. Contri); 461/2000 (red. Marini); 491/2000 (red. Marini); 532/2000 (red. Santosuosso); (ord.) 204/2003 (red. Contri).

tutela di certi diritti individuali che possono spettare a persone in quanto siano conviventi, come ad esempio la successione nel contratto di locazione⁷. Quando invece la differenza è precisamente legata alle caratteristiche

7 Dopo che in un primo tempo la Corte costituzionale, relativamente alla successione nel contratto di locazione, aveva ritenuto non illegittima la differenza di trattamento nei confronti del convivente, ma in relazione a un dato normativo diverso (Corte cost. n. 45/1980), la Corte nella sentenza 24 marzo – 7 aprile 1988 n. 404 ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 6, co. 1, della l. 27 luglio 1978, n. 392 nella parte in cui non prevede tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente *more uxorio*; la illegittimità costituzionale dell'art. 6, co. 3, della l. 27 luglio 1978, n. 392 nella parte in cui non prevede che il coniuge separato di fatto succeda al conduttore, se tra i due si sia così convenuto; la illegittimità costituzionale dell'art. 6 della l. 27 luglio 1978, n. 392 nella parte in cui non prevede la successione nel contratto di locazione al conduttore che abbia cessato la convivenza, a favore del già convivente, quando vi sia prole naturale. La Corte precisa che la legge in questione «non tutela la famiglia nucleare, né quella parentale, ma la convivenza di un aggregato esteso fino a comprendervi estranei - potendo tra gli eredi esservi estranei -, i parenti senza limiti di grado e finanche gli affini». Di qui «la volontà legislativa di farsi interprete di quel dovere di solidarietà sociale, che ha per contenuto l'impedire che taluno resti privo di abitazione, e che qui si specifica in un regime di successione nel contratto di locazione, destinato a non privare del tetto, immediatamente dopo la morte del conduttore, il più esteso numero di figure soggettive, anche al di fuori della cerchia della famiglia legittima, purché con quello abitualmente conviventi. Se tale è la *ratio legis*, è irragionevole che nell'elencazione dei successori nel contratto di locazione non compaia chi al titolare originario del contratto era nella stabile convivenza legato *more uxorio*. L'art. 3 della Costituzione va qui invocato dunque non per la sua portata eguagliatrice, restando comunque diversificata la condizione del coniuge da quella del convivente *more uxorio*, ma per la contraddittorietà logica della esclusione di un convivente dalla previsione di una norma che intende tutelare l'abituale convivenza. Se l'art. 3 della Costituzione è violato per la non ragionevolezza della norma impugnata, l'art. 2 lo è quanto al diritto fondamentale che nella privazione del tetto è direttamente leso».

Sulla tematica della successione del convivente nel contratto di locazione è intervenuta successivamente anche Corte cost. 3-11 giugno 2003 (ord.) n. 204 in merito alla questione circa la legittimità dell'art. 6 della l. 27 luglio 1978, n. 392 nella parte in cui non prevede che, in caso di cessazione della convivenza *more uxorio*, al conduttore di un immobile ad uso abitativo succeda nel contratto di locazione il convivente rimasto nella detenzione dell'immobile, anche in mancanza di prole comune. L'ordinanza, ribadendo che «come questa Corte più volte ha affermato, la convivenza *more uxorio* basata sull'affectio quotidiana, liberamente e in ogni istante revocabile, presenta caratteristiche così profondamente diverse dal rapporto coniugale da impedire l'automatica assimilazione delle due situazioni al fine di desumerne l'esigenza costituzionale di una parificazione di trattamento, ha ritenuto che le stesse considerazioni valgono in relazione alla comparazione tra la cessazione della convivenza con prole e la cessazione di quella senza prole, trattandosi, pure in questo caso, di situazioni del tutto disomogenee, rispetto alle quali non sono invocabili né il principio di eguaglianza, né le argomentazioni contenute nella sentenza n. 404 del 1988, la cui *ratio decidendi* per la conservazione dell'abitazione alla residua comunità familiare si fondò appunto sull'esistenza di prole naturale e quindi sull'esigenza di tutelare un nucleo familiare».

Su quest'ultima questione peraltro già Corte cost. n. 45/1980 aveva sottolineato che «in ordine, poi, alla disparità di trattamento tra convivente superstite, che non ha diritto alla proroga, e figlio naturale dei conviventi, che vi ha diritto - ravvisata sia dal Pretore di Genova, sia dal Tribunale di Milano - è sufficiente rilevare che l'attribuzione ai figli naturali, del diritto alla proroga legale realizza la tutela giuridica dei figli nati fuori del matrimonio espressamente prescritta dall'art. 30, comma terzo, della Costituzione, laddove il precedente art. 29, nel

proprie della famiglia fondata sul matrimonio, la Corte ha affermato la legittimità costituzionale della disciplina che tale differenza determina⁸. La rilevanza della convivenza è stata poi riconosciuta dal legislatore in una serie di interventi recenti: la legge n. 91 del 1999 in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti, la modifica della disciplina sulle misure a protezione dei soggetti incapaci (l. 9 gennaio 2004 n. 6), la novella sugli ordini di protezione contro gli abusi familiari (artt. 342-*bis* e *ter* c.c.), la legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita e la modifica della disciplina sulla separazione che ha reso applicabile l'istituto di nuovo conio dell'affidamento condiviso anche alle separazioni di coppie conviventi.

In buona sostanza, la Costituzione prospetta un doppio binario: la famiglia *ex art. 29 Cost.* e le formazioni sociali *ex art. 2 Cost.* nell'ambito delle quali le convivenze non fondate su un matrimonio potrebbero trovare forme appropriate di riconoscimento. Da un lato, i diritti dei singoli nella formazione sociale determinata dalla convivenza e dall'altro i diritti della famiglia secondo la formula dell'art. 29 Cost.

Purtroppo l'incessante conflitto ideologico che affligge il nostro Paese ha impedito di portare a compimento questa via di soluzione. Si tratterebbe da un lato di intervenire legislativamente al fine di una precisazione delle condizioni di rilevanza giuridica della convivenza, in modo da ridurre lo spazio di valutazione del giudice (per esempio, in ordine alla durata della relazione). Inoltre, occorrerebbe qualificare la convivenza, ove ricorrano tali condizioni, come fonte di alcuni diritti *ex lege* e correlativamente di obblighi a favore e in capo ai conviventi, destinati a soccorrere il convivente che, dopo la cessazione della relazione, venga a trovarsi in stato di bisogno. Si potrebbe altresì immaginare la previsione di un legato *ex lege* a favore del convivente superstite che si trovi in condizioni di bisogno. Più in generale a seconda del tipo di diritti la stessa durata necessaria della convivenza potrebbe agevolmente variare. Inoltre, questa prospettiva non esclude che

riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, considera il matrimonio elemento che distingue la famiglia legittima e ne giustifica la particolare rilevanza giuridica».

8 Ad esempio, Corte cost. n. 2/1998 ha ritenuto non fondata la questione di legittimità dell'art. 2941, n. 1), c.c. dove non si prevede che la prescrizione rimanga sospesa, oltre che tra i coniugi, anche tra conviventi *more uxorio*. «La questione – sostiene la Corte – è infondata per un duplice ordine di considerazioni: a) perché la famiglia legittima, essendo una realtà diversa dalla famiglia di fatto, non costituisce un adeguato *tertium comparationis*; b) perché la sospensione della prescrizione implica precisi elementi formali e temporali che si ravvisano nel coniugio e non nella libera convivenza».

i conviventi possano regolare tramite contratto taluni profili patrimoniali coinvolti nella loro relazione.

Questa via italiana alla soluzione del problema sarebbe un modello sobrio e concreto che, passando per la valorizzazione di una relazione che ha trovato la sua conferma nel tempo, eviterebbe la via obliqua dello snaturamento del contratto, comunque lo si chiami (Pacs o altro), rivolto a una imitazione impossibile del matrimonio. In più permetterebbe, e non è poco, di salvaguardare la netta differenza tra matrimonio e altre unioni che cercano nel tempo il loro suggello, preservando così la scelta del matrimonio come scelta fin dall'inizio e incondizionata di una comunione di vita stabile e duratura.

Questa differenza, nonostante certe corrive interpretazioni, può desumersi anche dall'art. 9 della Carta europea dei diritti fondamentali (Il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti dalle leggi nazionali): tale formula presuppone che la famiglia fondata sul matrimonio sia entità distinta da altre forme di famiglia, altrimenti non avrebbe senso l'indicazione specifica e distinta del diritto di sposarsi a fianco del diritto di costituire una famiglia. La conseguenza dovrebbe essere pertanto una differente disciplina; altrimenti si dovrebbe ritenere - ma si tratta di una alternativa ermeneutica che viene generalmente respinta-, che il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia rappresentino un'endiadi, come a dire che la famiglia, che si ha diritto di costituire, è solo quella fondata sul matrimonio.

La soluzione che poggia la giuridicizzazione delle convivenze senza matrimonio sul principio di tutela dell'affidamento, e quindi sull'effettività del rapporto, sembra la più coerente con la Costituzione. Invece, la proposta di regolare le convivenze mediante un atto crea una sorta di matrimonio di secondo grado assai problematico dal punto di vista sistematico. Infatti, la contrattualizzazione della convivenza si risolve in una disposizione di diritti della persona: in nome di che cosa infatti le parti rinunciano a una serie di libertà fondamentali senza l'impegno reciproco a una comunione di vita? Il problema non si pone se si adotta la prospettiva della tutela dell'affidamento, che è quella del fatto ormai avvenuto e della sua valutazione in termini di responsabilità: del resto, lo stesso art. 2 Cost. unisce la richiesta di adempiere agli obblighi di solidarietà alla garanzia delle libertà fondamentali nelle formazioni sociali dove l'individuo svolge la sua personalità. Perciò disciplinare le convivenze secondo il principio di tutela dell'affidamento significa promuovere una certa misura di solidarietà an-

che in queste formazioni sociali e quindi una competizione virtuosa con il matrimonio, invertendo quella *race to the bottom* che sposta sempre più in basso gli standard di solidarietà anche nel matrimonio. Significa, in altre parole, riprendere la bussola costituzionale dei rapporti etico-sociali, correggendo la rotta rispetto alla tendenza alla deeticizzazione delle relazioni domestiche.

5. Ma accanto alla questione delle unioni tra persone di sesso diverso, cui sono dedicate le precedenti note, si pone anche la distinta questione delle coppie omosessuali. Sebbene essa riguardi una categoria statisticamente limitata di persone, il riconoscimento giuridico di queste unioni è una delle richieste che trovano eco più forte nel sistema della comunicazione di massa dei paesi occidentali. Negli ultimi vent'anni – come l'*Economist* registra con una sorta di *gay pride* – la maggioranza dei paesi occidentali si sono dotati di leggi che riconoscono queste unioni. Forse è paradossale, ma alle difficoltà che il matrimonio incontra in una società come quella attuale, talora sgrammaticata anche negli affetti, fa riscontro la richiesta di legami giuridici stabili per le coppie dello stesso sesso. È comprensibile allora che le persone di orientamento omosessuale lamentino i ritardi e l'inadeguatezza della legislazione italiana che a differenza degli altri paesi occidentali è rimasta muta sulla questione. È tempo che il paese si confronti in modo serio su una questione che tocca uno degli istituti fondamentali della nostra civiltà. Altrimenti una parte della società si sentirà costretta ad altre forzature senza lasciare spazio a una soluzione frutto di adeguata riflessione. È anche nell'interesse delle persone omosessuali non cedere alla forza dell'omologazione e resistere all'ideologia dell'indifferenziato che distorce lo stesso principio di uguaglianza. Ad esempio, la questione omosessuale non è da confondere col problema delle coppie eterosessuali che convivono rinunciando al matrimonio. È implicita in questa rinuncia infatti la scelta verso un vincolo più debole rispetto a quello matrimoniale, mentre la coppia omosessuale non ha attualmente alcuna forma giuridica a cui fare capo. Non sono mancate, del resto, le richieste anche per via giurisprudenziale di un'estensione alle coppie omosessuali dello stesso matrimonio. Tuttavia, la Corte costituzionale, dapprima, e la Corte di cassazione, da ultimo, hanno escluso l'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali, indicando la via alternativa di una legislazione che dia attuazione su questo versante ai principi dell'art. 2 Cost. e riconosca quindi all'unione omosessuale il

valore di formazione sociale in cui la persona svolge la sua personalità⁹. Si è peraltro registrata anche una prassi eterodossa di alcuni Comuni italiani che hanno provveduto a trascrivere, con evidente funzione simbolica, matrimoni celebrati all'estero da cittadini italiani di orientamento omosessuale. Operazione quest'ultima particolarmente insidiosa perché cospira con una tendenza più ampia alla delocalizzazione omologatrice del diritto e alla elusione delle leggi nazioni in una materia particolarmente delicata come il diritto delle persone e della famiglia in cui dovrebbe ancora valere la sovranità nazionale.

La prospettiva indicata dalla Corte costituzionale è analoga a quella fatta propria dalla Corte costituzionale tedesca negli anni novanta, la quale pure aveva respinto l'idea che nel matrimonio il sesso non fa differenza ma aveva altresì ammesso il diritto delle persone omosessuali di vedersi riconoscere dallo stato un legame profondo come l'unione di vita. Il parlamento ha poi introdotto un istituto ad hoc, la *Lebenspartnerschaft*, l'unione di vita tra persone dello stesso sesso. Invero, i denigratori della soluzione tedesca hanno buon gioco a sottolineare che nei successivi quattordici anni la disciplina del rapporto fra partner ha eliminato ogni significativa rispetto ai coniugi: l'ideologia dell'indifferenziato non ha risparmiato in questo primo scorcio del nuovo millennio nemmeno la rigorosa cultura giuridica tedesca. Tuttavia, la distinzione tra unioni di vita e matrimonio non si è ridotta ai nudi nomi. È rimasta la differenza fondamentale rispetto alla filiazione, e se si prende sul serio il *matris munus* è proprio questa dimensione che la resistenza a non estendere all'unione omosessuale il matrimonio dovrebbe proteggere. Perciò è ingeneroso definire quella tedesca una soluzione ipocrita, a meno che si ritenga irrilevante il fatto che in Germania non c'è stato bisogno di dire, come invece in una sentenza americana, che la parola "matrimonio" si deve alleggerire della sua eredità millenaria e farsi così generica da vestire sia l'alleanza generativa di un uomo e una donna sia l'unione per la vita senza potenzialità generativa. Invero, la differenza rispetto alla filiazione è la differenza socialmente più significativa tra l'unione dell'uomo e della donna e l'unione omosessuale. Non solo il nesso fra matrimonio e filiazione è nella stessa parola (*matris munus*), ma anche in alcune delle caratteristiche fondamentali della disciplina del matrimonio come la presunzione di paternità e gli obblighi verso i figli che sono già obblighi coniugali (art. 147 c.c.) e che diventano rilevanti pure

9 V., rispettivamente, Corte cost. n.138/2010 e Cass., n.2400/2015.

nella disciplina della separazione e del divorzio. Di qui la rappresentazione del matrimonio come una struttura giuridica che unisce collettivamente e solidalmente tutti i suoi membri, coniugi e figli. Tale rappresentazione è evidentemente il riflesso della naturale potenzialità procreatrice della coppia formata da un uomo e una donna. Il fatto che due persone dello stesso sesso non possano mettere al mondo un *loro* figlio è un dato materiale incontestabile e perciò la loro unione può addivenire alla filiazione solo grazie a uno slittamento di senso di quest'ultima: occorre che da rapporto che ha una base naturale nella coppia si trasformi in un rapporto costituito tramite la forza della legge e col contributo anche genetico di terzi. In altre parole, alla genitorialità come responsabilità per il fatto procreativo, si sostituirebbe una genitorialità derivante da atti giuridici che talora possono anche assumere la forma di contratti (ad esempio, nel caso della c.d. maternità surrogata) e talora paiono addirittura degli *escamotage*¹⁰. Non è in discussione qui la capacità di amare un bambino, di mantenerlo e di educarlo. In gioco è il principio generale di conformità della forma giuridica alla realtà e, con riguardo al figlio, il principio di verità, a cui si deve riconnettere la garanzia dell'identità personale che non è solo un elemento spirituale ma è anche incarnata nella dimensione fisica delle persone. Di qui la *ratio* del principio stesso di bigenitorialità che non può essere inteso in senso meramente quantitativo – due genitori sono meglio di uno solo-, ma in senso qualitativo, ossia in funzione della maternità e della paternità, le quali sono dimensioni incarnate in cui cultura e natura non possono essere scisse. Altrimenti, se la filiazione viene rappresentata come disincarnata dal corpo delle persone, che cosa resta della sua specificità e che cosa la differenzia rispetto alle altre relazioni umane? La nostra Costituzione concepisce la responsabilità genitoriale (di entrambi i genitori) come l'effetto

10 Un esempio si ricava da un certo modo in cui viene applicata l'estensione ai partner dell'adozione del figlio del coniuge che è concepita per i casi del coniuge di colui o colei che ha avuto un figlio precedente al matrimonio, il quale conviva con lo *step-parent* (madrigna o patrigno). Nel caso della coppia omosessuale, invece, l'istituto potrebbe essere visto come una via obliqua per regolarizzare eterologhe e maternità surrogate realizzate all'estero. Una volta che uno dei due sia riconosciuto genitore, all'altro non resterebbe che perfezionare l'iter con l'adozione del figlio del partner. In tal modo, anziché un riconoscimento *a posteriori* del ruolo che il coniuge assume nei confronti del figlio del coniuge, l'istituto viene strumentalizzato per realizzare una complessa procedura di genitorialità legale tra i partner progettata fin dall'inizio. Diventa in ultima analisi uno strumento per una genitorialità per *escamotage*. Ne deriva che l'art. 5 del ddl approvato dal Senato sulle unioni civili dovrebbe quantomeno essere emendato, in modo da far sì che l'interesse del minore rimanga il baricentro dell'adozione, senza che l'adozione del partner si risolva in un *escamotage* per filiazioni artificiali sanate *ex lege*.

dell'atto procreativo, non come l'effetto della scelta di un adulto di fare da genitore ad un minore. Certo, esiste l'adozione, ma essa è sussidiaria all'incapacità dei genitori naturali e svolge proprio la funzione di procurare una famiglia a un bambino che non la ha (art. 30 Cost., co.2, art. 1 legge adozione). L'adozione è un esempio molto bello di solidarietà umana, ma solo se è gratuita e non vanta pretese, cioè se rispetta la persona del bambino e la sua identità. Se la questione omosessuale troverà una soluzione senza ridurre o strumentalizzare il concetto di filiazione, la strada verso il futuro non sarà così fosca come temono i lodatori del tempo andato. Allora, il futuro della natura umana potrebbe scoprire forme di responsabilità e di solidarietà finora inedite.

La tendenza alla precarizzazione dei rapporti e il problema della solitudine delle persone che affanna il nostro tempo possono inasprirsi o attenuarsi a seconda che la nostra società trovi le energie e le idee adatte per uscire dalle secche dell'ideologia dell'indifferenziato e riconoscere forme nuove per consolidare le strutture delle relazioni significative. Infatti, ogni innovazione, così come ogni resistenza conservatrice, dovrà essere misurata in relazione al grado in cui salvaguarderà o comprometterà la fonte sorgiva della famiglia e del matrimonio. La ragione e i desideri non devono bisticciare fra di loro nemmeno sul terreno del diritto, l'una deve saper desiderare e gli altri ragionare.

Il ruolo della famiglia nel diritto pubblico, oggi

MARKUS KRIENKE

«Il matrimonio [...] è uno dei principi assoluti
su cui si fonda l'eticità di una comunità» (G. W. F. Hegel)¹

1. Famiglia e sussidiarietà – un anello mancante

Per completare uno sguardo morale e giuridico sulla famiglia, sembra indispensabile soffermarsi sulla considerazione social-etica di questa istituzione. Contrariamente alle prime due prospettive, questo approccio non guarda, a partire dalla persona singola o dalla società, e quindi da una prospettiva esterna *sulla* famiglia, evidenziando il suo valore morale per il perfezionamento della persona o ponendo l'accento sulla sua struttura giuridica particolare e diversa da qualsiasi altra associazione sociale. Al contrario, esso inverte la direzione dell'“interesse” ed esorta la comunità politica a ricomprendersi *a partire dalla* realtà della famiglia di cui si invoca spesso l'alta dignità morale ed istituzionale. Infatti, nei primi due sensi accennati, la considerazione giuridica e morale ha evidenziato bene il rapporto tra famiglia e sussidiarietà², sottolineando che lo stato debba rispettare l'autonomia originaria della famiglia, assicurando il suo intervento di assistenza soltanto nei casi di un effettivo non adempimento dei doveri dei genitori, e svolgendo altri compiti, come ad esempio la formazione scolastica, nel rispetto della competenza primaria ed originale dei genitori all'educazione e formazione dei figli. In questo modo, il principio di sussidiarietà trova applicazione alla famiglia come a qualsiasi altra istituzione in senso orizzontale o verticale³.

1 G. W. F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del Diritto*, a c. di V. Cicero, Milano 2006 (d'ora in poi: *RPb*), § 167 (316s.).

2 Cfr. D. Giesen, *Ehe und Familie in der Ordnung des Grundgesetzes*, in: *Juristenzeitung* 37 (1982) 817-829, qui 826, 828.

3 Mentre la *sussidiarietà verticale* concerne il rapporto tra istituzioni in un rapporto gerarchico ed è quindi indirizzata verso quelle più in alto o più in basso, la *sussidiarietà orizzontale* concerne tutti i modi di aiuto tra gruppi e istituzioni nella società civile senza richiedere l'intervento dello stato. Anche questo ultimo tipo di aiuto vale solo con il rispetto del princi-

Questa diversa prospettiva ci consente di non considerare lo sguardo sussidiario soltanto attraverso l'analisi del rapporto tra famiglia e stato da una prospettiva "esterna", evidenziando le differenze morali e giuridiche di questa istituzione base della società, ma ci permette di aggiungere un punto di vista "interno", capace di valutare come la realtà familiare possa correggere il paradigma individualistico di pensare il rapporto tra stato e cittadini, il quale ha determinato tutta la dottrina dello stato nella modernità⁴. Questo sguardo "interno" propone quindi di pensare lo stato non in riferimento esclusivo all'individuo, ma contemporaneamente anche alla famiglia come istituzione basale della vita sociale⁵. Solo in questa duplice dimensione, la sussidiarietà viene compresa come quel principio costituzionale che riflette il dato antropologico che parla dell'uomo come contemporaneamente individuale e relazionale⁶. Oltre la dimensione orizzontale e verticale del principio di sussidiarietà, c'è quindi da considerare anche il suo aspetto relazionale. Come sarà dimostrato in queste considerazioni, il contributo di Hegel e Rosmini ci offre la possibilità di comprendere il doppio registro su cui la prospettiva della sussidiarietà, esaminata eticamente *proprio in riferimento* alla famiglia, va intesa, quello "interno" e quello "esterno", quello istituzionale e quello relazionale.

Infatti, ad uno sguardo critico non rimane nascosto che la prospettiva familiare degli art. 29-31 della Costituzione italiana – in maniera analoga all'art. 6 del *Grundgesetz* tedesco – è espressione di una concezione che colloca la dimensione sociale umana in un ambito extra-politico, chiamando la famiglia esplicitamente «società naturale». In quanto questo concetto di *società naturale* non è da interpretare tanto in senso biologico, ma in chiave sussidiaria, e quindi in quanto si esprime proprio qui la possibilità di una reinterpretazione attualizzante e costituzionale di ciò che sembra una formula ormai datata, sta tutta la forza e l'esigenza di una riflessione su «fa-

pio dell'autonomia di ogni gruppo, legittimando un aiuto o un intervento soltanto qualora questo non metta a repentaglio l'autonomia del gruppo interessato.

4 Campanini ha presentato qualche utile riflessione in questa direzione, presentando la famiglia come «soggetto politico» che prospetta una «nuova cittadinanza» al di là della polarizzazione tra individuo e stato (cfr. G. Campanini, *Quale nuova 'cittadinanza' per la famiglia?*, in: AA.VV., *La famiglia. Quale idea, quale politica*, Milano 1995, 139-156, qui 143, 146). Le considerazioni qui proposte secondo il criterio della sussidiarietà completa questo approccio di Campanini proponendo accanto all'idea di una *nuova cittadinanza* quella di una *nuova istituzionalità*.

5 Nel pensiero antico e medievale la famiglia era considerata la "prima società", ma all'interno di strutture premoderne di potere e non in riferimento alla concezione moderna dello stato.

6 Cfr. innanzitutto *Caritas in veritate*, n. 55.

miglia e sussidiarietà» oggi⁷. In pochi altri luoghi la dimensione normativa delle costituzioni italiana e tedesca e la realtà sociale stanno in una tensione così brusca: infatti, l'attuale crisi della famiglia che soffre non soltanto la costante pluralizzazione e individualizzazione dei modelli di relazioni più o meno durature, l'individualismo e privatismo sempre più diffusi e l'evoluzione demografica sempre più preoccupante sono sviluppi che mettono seriamente in crisi una delle istituzioni più importanti e fondamentali della costituzione. Allo stesso momento, ove la famiglia resiste, si costata che essa non solo dà un contributo unico e troppo poco considerato alla stabilità dell'intero edificio costituzionale e alla società in quanto tale, ma che si conferma uno dei punti di riferimento in assoluto più importante per il nuovo equilibrio che tradizione e progresso devono trovare nelle nostre società innanzitutto europee. Infatti, come poche altre istituzioni la famiglia subisce, elabora e dà forma alle contraddizioni sin ora irrisolte tra tradizione e modernità, e in quanto resiste alla situazione di crisi, essa dà il suo contributo positivo a questo compito che da parte politica è stato affrontato sin ora o troppo poco o ancora con mezzi inadeguati.

Tra gli sviluppi attuali, c'è innanzitutto da osservare che il ruolo dello stato nei confronti della famiglia diventa sempre più incerto: da un lato, si richiede allo stato, specialmente in Italia, più sussidi pubblici e infrastrutture per la famiglia, dall'altro lato però esso è sempre meno in grado di definire la realtà familiare e quindi di individuarla sussidiariamente come istituzione base: tutto ciò risulta evidente qualora si analizzi come la pubblica amministrazione agisce nei casi difficili della registrazione di coppie omosessuali, della ormai generale applicazione dei diritti alle coppie di fatto in modo tale che a livello dell'effettualità giuridica non si registra più una differenza di fatto, e altri esempi si potrebbero chiaramente aggiungere. Tutto ciò significa che proprio il rapporto tra lo stato, da un lato, e quella forma organizzativa di vita sociale a cui la costituzione dà il rango più alto, cioè la famiglia, non sono affatto chiariti: forse lo era in passato, ma tale chiarimento era piuttosto di carattere tradizionale, elaborato ed evidenziato dalla considerazione sia morale che giuridica della famiglia. Oggi, con la crisi di questo pilastro della tradizione, anche questi due sguardi – quello morale e quello giuridico – si trovano all'improvviso sprovvisti di tante

7 «La scelta dell'espressione "società naturale" e non "di diritto naturale" la ricollega [...] alla concezione cristiano-sociale delle società intermedie, piuttosto che alle teorie giusnaturalistiche del diritto, come confermano anche i dibattiti sul punto» (R. Biagi Guerini, *Famiglia e costituzione*, Milano 1989, 18).

certezze date per scontato per decenni; e pertanto lo sguardo etico-sociale dovrebbe avere proprio il compito di ritematizzarlo e ricavarne nei confronti del passato costituzionale europeo, a partire dall'800, una possibile ridefinizione di questo rapporto.

2. La famiglia attraverso il tempo – un'istituzione che affronta la crisi

Innanzitutto bisogna considerare che la famiglia per definizione si trova in una posizione esposta al conflitto tra individuo ed istituzioni pubbliche, e pertanto è sempre stata quella formazione sociale che rispecchia in maniera più emblematica le dinamiche, i drammi e le crisi del cambiamento sociale di qualsiasi epoca. La crisi della famiglia dovrebbe quindi renderla [oggetto di una attenta analisi politica. Analisi politica che sembra oggi affannarsi in cerca di un orientamento per gestire, invece che subire, il passaggio nella tarda modernità, favorendo soltanto l'ormai diffusa marcia funebre, accompagnata da panegirici sulla famiglia, che decreta la morte di uno dei pilastri più importanti su cui si regge la nostra società.

La domanda più urgente verte senz'altro sul dubbio se l'odierna immagine di famiglia, sancita dall'art. 29 della Costituzione, ossia la forma moderna della famiglia nucleo, consistente di genitori, connessi in matrimonio e dei loro figli, sarebbe da modificare a livello costituzionale. Infatti, si argomenta che prima dell'800, una tale immagine di famiglia non esisteva. Indicazione emblematica per questo fatto è che prima di quel momento non si usava la parola "famiglia" ma piuttosto "casa" ossia "società domestica". Per quest'ultima, ad es., il legame familiare non era condizione di appartenenza, come invece è il caso nella famiglia nucleo di oggi. Inoltre, una tale concezione familiare non era uno "spazio privato", e non era primario compito della famiglia il dare protezione ai suoi membri dai rischi della vita pubblica: le due sfere quella pubblica e quella privata semplicemente non erano separate. Il fatto che il lavoro e la produzione non erano divisi dalla famiglia era il principale fattore per la mancanza di questa differenziazione. Tale idea di famiglia estesa era comunque un privilegio per pochi, considerando che tale istituzione chiedeva al suo "capo", cioè al "padre", non solo grandi risorse economiche ma anche il riconoscimento pubblico. E' soltanto a partire dall'800, con il cambiamento della produzione industriale e il fenomeno della crescita delle città, insieme al mutarsi di tante altre condizioni sociali, che l'immagine della famiglia muta radicalmente. Si è trattato di uno "sviluppo" che tante volte si è concretizzato nell'ab-

bandono della famiglia ad una povertà estrema. Così erano le famiglie a pagare il prezzo dell'industrializzazione. Ma era anche la stessa industrializzazione che poi ha consentito, tramite la democratizzazione della società e l'aumento della ricchezza, la diffusione della possibilità di realizzare una famiglia per tutti i cittadini. Di conseguenza, soltanto con l'800 possiamo davvero parlare di una «familiarizzazione della società» nel senso che il fatto di sposarsi e “fare una famiglia” diventava un fenomeno diffuso nella società e accessibile a fette sempre più ampie di società. Grazie al lavoro salariato e alla ricchezza crescente, la nuova classe dei lavoratori, insieme a quella borghese, portavano ad una diffusione sociale dell'ideale di famiglia⁸. Tra queste due classi, soprattutto quella borghese diventava l'ideale nel '900, in un tale contesto, soltanto la famiglia borghese si poneva in un'antitesi diretta contro qualsiasi intervento esteriore, soprattutto da parte dello stato. La nuova immagine di famiglia borghese si costituiva innanzitutto contro il carattere pubblico delle famiglie dei lavoratori, denunciando la mancante distinzione tra pubblico e privato, e l'assenza dell'idea di formazione (*Bildung*) in esse. Ma ancora nell'800 questa immagine borghese di famiglia era minoritaria. Anzi si potrebbe spingersi fino all'affermazione che la «vita familiare diventava *il* luogo sociale della borghesia»⁹. Se su questa immagine di famiglia si è costituito poi, nel dopoguerra, quel «circolo virtuoso» tra stato sociale e famiglia che Di Nicola individua nella garanzia, da parte dello stato, di reddito ed *entitlement* alle famiglie, con la garanzia corrisposta di ricambio generazionale, del mantenimento e della cura dei membri della famiglia: certamente si può vedere in questa distribuzione di compiti una solida base per una prima affermazione sussidiaria delle competenze familiari più proprie¹⁰, e quindi della nostra comprensione morale e giuridica del carattere sussidiario della famiglia. Oggi, infatti, si può capire *ex negativo*, ossia tramite le politiche di individualizzazione e privatizzazione insieme alla crescita esponenziale della domanda assistenziale, «quanto forti e indissolubili siano i rapporti tra famiglia e *welfare state*»¹¹. Infatti, la maggior parte dell'intervento dello stato sulla famiglia avviene, prima dell'intervento normativo, attraverso le

8 Cfr. A. Gestrich, *Geschichte der Familie im 19. und 20. Jahrhundert*, München 2013³, 3.

9 S. Westermeyer, *Die Herausbildung des Subsidiaritätsverhältnisses zwischen Familie und Staat und seine heutige Bedeutung im Grundgesetz*, Baden-Baden 2010, 223.

10 Cfr. P. Di Nicola, *Famiglia e politiche di welfare*, in: P. Donati / P. Di Nicola, *Lineamenti di sociologia della famiglia. Un approccio relazionale all'indagine sociologica*, Roma 2002, 161-181, qui 168.

11 Di Nicola, *Famiglia e politiche di welfare*, 169.

politiche sociali¹². Se nonostante questi intrecci welfaristi, a livello costituzionale non c'è vera consapevolezza dei rapporti di competenza originari tra stato e famiglia – come generalmente nel continente europeo, ma particolarmente in Italia – ciò rivela soprattutto, come sottolinea Sgritta, che di fondo non c'è «consapevolezza del nesso tra diritti individuali e diritti sociali»¹³: confermando quindi la tesi inizialmente esposta ossia che manca ancora il terzo elemento cioè la riflessione social-etica sul carattere sussidiario della famiglia. La conseguenza di ciò sarebbe, sempre secondo Sgritta, che aumenta lo stato assistenzialista con costi sempre più insostenibili, aggravando invece di risolvere la crisi sociale e politica. In questo senso afferma Di Nicola - con esplicito riferimento a questa analisi di Sgritta -: «[p]er il *welfare state*, il cittadino per eccellenza non è solo il lavoratore, ma è teoricamente un *lavoratore single*, orfano e senza figli. Vale a dire una persona che non ha rilevanti vincoli di solidarietà né orizzontali (partner), né verticali (genitori e figli). Tali vincoli, se e quando esistono, sono considerati privati, “familiari” appunto»¹⁴. In questa prospettiva, il dibattito se la famiglia è “pubblica” o “privata”, troppo dell'una o troppo dell'altra, sembra impostato su una distinzione sbagliata, e si risolve proprio nella prospettiva strutturale-istituzionale dell'ordinamento costituzionale. Anzi, forse questo dibattito è già un indicatore che qualcosa della comprensione social-etica della famiglia è andata persa. La famiglia è collocata nel punto del passaggio tra diritto individuale e diritto sociale, e svolge proprio qui il suo ruolo strutturale, sia di carattere privato sia di carattere pubblico allo stesso momento¹⁵.

Ciò che si registra come privatizzazione della famiglia è quindi nient'altro che il riflesso di individualizzazione e privatizzazione della società sulla famiglia stessa: e quindi i legami familiari stessi non vengono più percepiti, nemmeno all'interno delle famiglie, come legami sociali tra le persone, ma solo come intimamente privati, emozionali, quindi da ascrivere alla sfera

12 Cfr. D. Lombardi, *Storia del matrimonio. Dal Medioevo a oggi*, Bologna 2008, 236s.

13 G. B. Sgritta, *Modelli di politica familiare e sistemi di welfare*, in: *Tutela* 10 (1995) 31-50, qui 32.

14 Di Nicola, *Famiglia e politiche di welfare*, 180.

15 Giustamente Donati ha sottolineato contro ogni lettura affrettata che stigmatizza troppo la “pubblicità” o il “privatismo” della famiglia: «La famiglia, e ciò è tanto più vero quanto più si risale indietro nel corso della storia umana, è sempre stata un fatto pubblico e privato *allo stesso tempo*, un “fatto sociale totale” organico all'intera società, partecipe di un mondo comune anche quando i singoli vivevano negli spazi “privati”» (P. Donati, *Gli spostamenti di confine fra pubblico e privato nella famiglia*, in: id./Di Nicola, *Lineamenti*, 237-258, qui 239; cfr. 261)

del sentimento e non della realizzazione della persona¹⁶. A tale fenomeno, come afferma Donati, si associa, allo stesso momento, la «crescente pubblicizzazione» nella maniera in cui «lo Stato contemporaneo tende a regolare i diritti dei singoli e delle relazioni nella famiglia in modo sempre più dettagliato, sostanziale e interno anziché secondo modalità generali, formali ed esteriori»¹⁷. Ciò è senz'altro da concepire come un punto di arrivo di certe dinamiche in atto sin dagli anni '70: «l'abbandono della visione istituzionale della famiglia ed il crescente riconoscimento dei diritti individuali [...]; così, i diritti del singolo hanno ricevuto una protezione sempre più estesa, a scapito delle ragioni dell'istituto familiare in sé e per sé considerato»¹⁸.

In questo momento di insicurezza, si erige a funzione di archetipo un'immagine di famiglia che *così e per tutta la società* non è mai esistita, almeno nei modi in cui spesso viene disegnata. Alcuni sociologi hanno messo in luce che l'immagine ideale della famiglia, che oggi costituisce il modo con cui l'immaginario collettivo la dipinge, si è realizzata solo per una breve stagione tra gli anni '50-'60. Stagione che si caratterizzava per l'età giovanile in cui ci si sposava, per una rata di divorzio bassissima, e per un quadro molto definito di divisione dei ruoli all'interno della famiglia. Ma già la breve durata di questo ideale, inserendola in una prospettiva storica di ampio respiro¹⁹, ci costringe a relativizzarlo storicamente e a individuare i momenti essenziali e costituzionali della famiglia in altri fattori. Si tratta, quindi, di non realizzare la «tentazione» giusnaturalistica di considerare la famiglia come un «organismo storico, immutabile nel tempo e come tale al di fuori di qualsiasi condizionamento ed ingerenza da parte statale»²⁰, ma allo stesso momento di non cadere nel rischio opposto, quello relativistico, quello cioè di portare alla sua decostruzione come istituzione, ed è ciò che oggi spesso avviene con argomentazioni alquanto superficiali. Anche se, quindi, l'aggettivo «naturale» richiede la prospettiva giusnaturalistica, ciò non vuol dire che la famiglia deve corrispondere a una figura storica e idealizzata, ma significa anzi che nell'analisi devono essere accolti tutti i

16 Cfr. Donati, *Gli spostamenti di confine*, 245.

17 Donati, *Gli spostamenti di confine*, 248s.; nell'originale in corsivo.

18 M. Sesta, *Diritto di famiglia*, Padova 2005², 29.

19 «Se però adottiamo una prospettiva di lunga durata, siamo portati a ridimensionare l'immagine di una famiglia del passato stabile, armoniosa, coesa e a mettere in luce piuttosto gli elementi di flessibilità ed elasticità che hanno per secoli caratterizzato la formazione della coppia nell'Europa occidentale, consentendole di adattarsi ai continui mutamenti» (Lombardi, *Storia del matrimonio*, 9).

20 Biagi Guerini, *Famiglia e costituzione*, 61.

risultati della ricerca attuale per reinterpretare oggi il contenuto teorico del classico “diritto naturale”. È su questo terreno che la rilettura di Hegel e Rosmini contribuisce a un chiarimento essenziale. Per la prospettiva attuale ciò significa che se «le trasformazioni in senso individualistico dei rapporti familiari pongono anche il problema di ridefinire la distribuzione delle responsabilità tra la sfera pubblica e la sfera privata»²¹, allora la prospettiva costituzionale con il criterio della sussidiarietà appare urgente e di suprema importanza.

3. Ritrovare la posizione costituzionale e sociale della famiglia

La prospettiva etico-sociale sulla famiglia che la comprende sussidiariamente nel nodo antropologicamente decisivo tra la dimensione individuale e sociale della persona e quindi nel suo aspetto *normativo* per l'ordinamento costituzionale in quanto tale, deve partire senz'altro da questa analisi critica, avendo ben presente che nemmeno l'ideale della famiglia come è stato individuato per gli anni '50-'60 corrisponde in tutti gli aspetti ritenuti essenziali nella descrizione istituzionale della stessa: infatti, esso identificava nella famiglia degli *status* con ruoli rigidi e tendenzialmente gerarchici, mentre la prospettiva etico-sociale li reinterpreterebbe nel senso più personalistico e relazionale. Soltanto questa nuova prospettiva che reinterpreta la dimensione istituzionale²² dello *status* senza scioglierla nell'individualismo contemporaneo consente di inquadrare la famiglia nella sua collocazione costituzionale sotto il criterio sia euristico che critico della sussidiarietà²³. Sta in questo, quindi, la concretizzazione della domanda iniziale, ossia della prospettiva “interna” dalla famiglia verso le istituzioni pubbliche e l'ordinamento costituzionale²⁴. Questa problematica è meno approfondita e discussa di quanto in effetti possa sembrare, perché riguarda non tanto

21 V. Pocar / P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari 1998, 209.

22 Cfr. F. D'Agostino, *Diritti della famiglia e diritti dei minori*, in: AA.VV., *La famiglia*, 121-138, qui 124.

23 Mentre in America si affronta il problema di nuove forme emergenti di famiglia metodologicamente attraverso l'intervento giudiziario, seguendo i principi di libertà ed eguaglianza, l'approccio europeo si contraddistingue per il suo metodo costituzionale-legislativo; cfr. A. D'Angelo, *La difesa del matrimonio eterosessuale negli Stati Uniti*, in: F. B. d'Usseaux / A. D'Angelo, *Matrimonio, matrimonii* (L'Alambicco del Comparatista, 2), Milano 2000, 267-299, qui 298.

24 Infatti, l'art. 30 co. 2, insieme all'art. 31, prevede la struttura sussidiaria nel rapporto tra famiglia e stato: lo stato protegge ed agevola la famiglia, e può intervenire se questa unità viene meno nella tutela dei diritti dei suoi membri, specialmente dei minori; cfr. anche M. Bessone et al., *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile*, Bologna 1980², 22.

la natura morale e giuridica dell'istituzione familiare – sulla quale vorrei indicare *pars pro toto* i contributi fondamentali di D'Agostino e Nicolussi riuniti in questo volume – quanto l'importanza social-etica della famiglia all'interno dell'ordinamento costituzionale. Siamo quindi piuttosto all'interno della domanda dell'etica del diritto che non del discorso giuridico di diritto pubblico o privato. Per la comprensione della funzione etica della sussidiarietà all'interno dell'ordinamento pubblico, il riferimento di questo principio alla famiglia appare essenziale. Proprio da tale punto di vista, che integra lo sguardo morale e giuridico criticamente in una nuova prospettiva, si pone anche la domanda se la giurisprudenza non ha addirittura contribuito alla stessa confusione nella comprensione di “famiglia” che oggi denuncia: spesso anch'essa usa il termine in modo improprio, ripreso da un certo dibattito giornalistico o nel migliore dei casi sociologico²⁵.

Nella prospettiva etico-sociale sono innanzitutto da considerare criticamente i tentativi attuali sia di separare il matrimonio dalla famiglia, sia di estendere, tramite la riduzione del matrimonio a contratto, il concetto di famiglia. Proprio la sua collocazione nella Costituzione ricollega la famiglia a un dato che la precede, vale a dire all'espressione della volontà soggettiva, dato che nella definizione dell'art. 29 viene segnalato con il termine di “natura”, e con il quale non deve essere intesa la costituzione biologica della persona, ma la struttura a priori della libertà di ogni singolo. In questo senso, secondo la costituzione la famiglia «è naturale nel senso di universale, cioè comune a tutti gli uomini in tutti i tempi, e quindi appartenente alla natura dell'uomo, quale essere razionale»²⁶. Come si evince, la natura umana viene identificata innanzitutto nella natura razionale, e quindi in una considerazione dell'uomo che non lo identifica solamente attraverso dei processi biologici: ma ciò significa allo stesso momento che la sua “seconda natura”, il regno della razionalità e della libertà, non è affatto la mera decisione individualistica – infatti l'idea razionale e apriori della libertà non ha nulla a che fare con l'arbitrarietà. La costituzione si riferisce precisamente a questa dimensione dell'essere umano nella struttura della sua libertà personale a priori che non sta a disposizione dell'arbitrio. Questa conside-

25 Se giustamente D'Agostino indica una degiuridicizzazione della famiglia, bisogna pur anche annotarsi che la giurisprudenza stessa ha contribuito a tale processo, parlando ad es. di “famiglia di fatto”, e sottraendo così al concetto della famiglia la sua precisione concettuale. «Se il matrimonio diventa indifferente al sesso, continua a chiamarsi matrimonio, ma in realtà è un patto di convivenza assistito da garanzia giuridica» (A. Renda, *Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio*, in: *Rivista di Diritto Civile* 5 [2014] 1025-1039, qui 1036).

26 Renda, *Le ragioni*, 1027.

razione sta al centro delle riflessioni di Hegel e Rosmini – e quest’ultimo scopre tale interpretazione della legge e dell’ordine pubblico già in Tommaso d’Aquino. Sia Hegel che Rosmini sottolineano infatti dopo Kant che tale libertà non deve essere fraintesa in maniera individualistica. Entrambi inoltre trovano il primissimo e più “naturale” modo della realtà non individualistica della libertà nella famiglia: allora c’è da chiedersi se anche oggi la famiglia può contribuire in questo modo ad una comprensione della *ratio* costituzionale, ossia al significato più basale e fondamentale di libertà.

Tale interpretazione è assolutamente da distinguere dall’idea della famiglia come istituzione *dello* stato, come è accaduto nel periodo fascista. Infatti la sua costituzione “naturale” indica che essa appartiene – come appena ricordato – a una struttura apriori della libertà razionale e non allo stato. Il *contratto* ha, in questa prospettiva, precisamente la funzione di sottolineare tale ancoramento della istituzione fondamentale della nostra società non nello stato ma nella libera e razionale volontà di ogni singolo.

Allo stesso modo, la famiglia non sorge dal libero arbitrio, ma – una volta che due persone decidono di unirsi nel legame del matrimonio – esso costituisce una nuova struttura della stessa libertà apriori che tende al suo perfezionamento relazionale. In tale senso, una prospettiva che riconosce come principio fondamentale della società non soltanto la persona, ma la persona nella finalizzazione potenziale della sua libertà (“natura”) nella dimensione familiare, potrebbe costituire un’alternativa alla tendenza oggi spesso criticata cioè di una riduzione individualistica della comprensione della libertà e quindi della *ratio* delle istituzioni pubbliche e della corrispondente comprensione del principio di sussidiarietà come principio di ordinamento pubblico. In questo senso, l’interpretazione liberale-individualistica legge il principio di sussidiarietà come *deregulation* e dismembramento delle istituzioni pubbliche, mentre l’istituzione della famiglia si oppone a tale fraintendimento, indicando un’interpretazione diversa della sussidiarietà.

Nella ricerca di un’interpretazione più adeguata di quest’ultima, i documenti della Dottrina sociale della Chiesa appaiono una fonte importante, dal momento che sia il principio di sussidiarietà che il tema della famiglia risultano in essi di prima importanza. Proprio in questa consapevolezza, a grande sorpresa si deve constatare che l’idea di combinare in una prospettiva etico-sociale il principio di sussidiarietà con la dimensione familiare, prima del recente *Compendio* non è stata mai articolata. La stessa cosa vale

per la riflessione giuridico-filosofica e persino per il giusnaturalismo. Da parte giuridica, il principio di sussidiarietà viene riferito alla famiglia soltanto in quanto significa che lo stato debba privilegiare i “piccoli” contesti sociali dei gruppi intermedi in generale. Tale pensiero, riferito alle istanze politiche federali e ai vari tipi di gruppi a livello della società civile, va poi analogamente applicato anche alla famiglia. Da parte social-etica della Dottrina sociale della Chiesa, il quadro sembra pressoché analogo. Ciò desta meraviglia qualora si consideri che il principio di sussidiarietà, formulato esemplarmente dall’enciclica *Quadragesimo anno* del 1931, vale come “principio cattolico” dell’ordinamento pubblico. Ci si potrebbe aspettare, contrariamente ai fatti, che in quanto tale sarebbe stato intuitivamente connesso con la dimensione familiare. Questo mancante approfondimento della connessione costituzionale è probabilmente anche dovuto al fatto che la famiglia nell’ambito di pensiero cattolico è trattata ancora maggiormente in riferimento alla teologia morale, mentre un pensiero istituzionale sulla famiglia è poco sviluppato a partire dallo stesso Magistero sociale della Chiesa. Ciò vale in maniera esemplare per la menzionata enciclica *Quadragesimo anno* la quale si riferisce ripetutamente alla famiglia. In essa Pio XI sottolinea la dignità della famiglia e il suo bisogno di protezione da parte dello stato, parlando della “famiglia umana” e della “famiglia cristiana”, ma quando delinea la sistematica del principio della strutturazione dell’ordinamento pubblico cioè della sussidiarietà, a grande sorpresa non la include in questa sistematica: «siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l’industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere a una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare. Ed è questo insieme un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società; perché l’oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già distruggerle e assorbirle»²⁷. Accanto all’omissione della dimensione familiare nella descrizione della struttura sociale, c’è da notare che si evita anche di riferire il principio di sussidiarietà direttamente alla persona individuale. Infatti, rispetto ad essa, il fatto che non le deve essere tolta la propria attività, viene formulato soltanto “passivamente” (*nefas est eisdem eripere et communitati demandare*), ma il principio sussidiario si riferisce in maniera diretta e attiva solo alla collocazione della competenza al livello di “società inferiore” (*quae a minoribus et inferioribus communitatibus effici praestari-*

27 *Quadragesimo anno*, n. 80.

que possunt). Il principio di sussidiarietà come principio di riconoscimento delle competenze originarie delle varie formazioni sociali non definisce, in altre parole, competenze originarie per la famiglia: e il riferimento soltanto negativo all'individuo potrebbe dare l'indicazione che *sono proprio le competenze* originarie della famiglia ciò che potrebbe in qualche modo *positivamente* caratterizzare gli ambiti sociali originari del singolo: è proprio in formazioni sociali dove egli li esercita, e la famiglia come la dimensione naturale della sua libertà costituisce quindi la primissima ed originaria formulazione delle sue competenze originarie. Siccome la *Quadragesimo anno* omette la famiglia, l'individuo di conseguenza può essere inquadrato solo negativamente.

Questa omissione della famiglia, da parte della *Quadragesimo anno*, porta inoltre a tre formulazioni troppo vaghe e aspecifiche che in quanto tali rischiano di minare il rigore sistematico e costituzionale di essa, innanzitutto qualora la si volesse rileggere nel contesto attuale. Il primo aspetto è che la "più alta *società*" viene contrapposta alle "più basse *comunità*" (*minoribus et inferioribus communitatibus; maiorem et altiore societatem*) senza introdurre un criterio che ci aiuti a distinguere *quali* comunità sono "già società" o in che misura sono "ancora comunità". Ciò porta al sospetto che per l'enciclica generalmente ogni livello più alto perde i valori comunitari, concreti e condivisi, che caratterizzano la *comunità*. Avrebbe contribuito, invece, ad una maggiore chiarezza concettuale applicare quest'ultimo termine soltanto alle formazioni di tipo personale, mentre *società* starebbe a caratterizzare la dimensione pubblica. In questo modo, si sarebbe potuto intravedere nella famiglia quell'anello mancante che da un lato è la *comunità* originale più stretta, mentre in quanto istituzione costituisce anche la prima e più fondamentale *società*. Questo quadro potrebbe aiutare, inoltre, a capire come nella visione tradizionale della "società domestica" viene sovraccaricato paradossalmente l'aspetto della società e *non* quello della comunità, anzi sembra che quest'ultimo dovesse essere evitato per essere rivalorizzato soprattutto da Hegel e dal romanticismo. In questo senso, proprio in riferimento a queste incertezze concettuali dell'enciclica, si può intravedere nella fondazione hegeliana della famiglia sull'amore e nella declinazione sussidiaria rosminiana come prima società i due aspetti che *nella loro reciproca sintesi* possono valere ancora oggi come punti di riferimento.

La seconda inesattezza sta nel fatto che la prima volta che viene usato il termine *comunità*, esso viene assunto in un'accezione minacciosa per il

singolo e quindi contraria al principio di sussidiarietà (*iniuria est simulque grave damnum ac recti ordinis perturbatio*): «è illecito togliere agli individui [...] per affidarlo alla comunità» (*quae a singularibus hominibus proprio Marte et propria industria possunt perfici, nefas est eisdem eripere et communitati demandare*). In questo giudizio, si individua giustamente nel termine *comunità* il pericolo di espropriare l'individuo dalla sua libertà originale. Ma in questo modo non si apre lo spazio per interpretare certi tipi di legami interpersonali di comunità – come la famiglia (!) – come un perfezionamento e compimento della libertà individuale. Anche questo secondo fraintendimento si sarebbe potuto evitare con la riflessione su quale ruolo istituzionale spetta alla famiglia in questo quadro sussidiario.

Come terzo elemento poco esatto, l'enciclica usa il termine «membra del corpo sociale» (*membris corporis socialis*) invece di parlare chiaramente di “individui” o “persone”. Ma con il termine «membro» si suggerisce il contesto sociale della *comunità*, il quale viene però interpretato in concorrenza con l'individuo. Emerge quindi a questo punto una tendenziale difficoltà che consiste nella domanda se allora l'individuo è da interpretare come parte (organica) di una comunità (cioè come *membro*) oppure se quest'ultima è retta dalla tendenza di espropriare l'individuo dalle sue più originarie dimensioni di realizzazione e perfezionamento (come *comunità*). A livello terminologico, questa contraddizione non si può risolvere – e si pone la domanda in quanto proprio l'introduzione istituzionale della famiglia in questo contesto avrebbe potuto contribuire a un maggiore chiarimento.

Mentre quindi da un lato l'omissione della famiglia porta ad una prospettiva non molto chiara del principio di sussidiarietà sulla costituzione sociale, l'omissione del trattamento positiva della *persona singularis* lascia in ultima analisi troppo aperto il nesso concreto tra l'ordinamento pubblico sussidiario e l'individuo. Proprio l'inserimento della famiglia in questo punto sistematico, avrebbe potuto consentire di definire meglio e *in senso positivo* il rapporto tra l'individuo e la dimensione sociale.

Nella misura in cui la Dottrina sociale della Chiesa ha sviluppato una coscienza sempre più precisa di queste lacune della *Quadragesimo anno*, sottolineando la dimensione etico-sociale della famiglia come realizzazione di un legame di libertà non arbitraria e in questo modo capace di portare al perfezionamento della persona, essa pronuncia una integrazione importante rispetto alla dottrina morale tradizionale della prole come fine primario del matrimonio. Questa dimensione istituzionale che si erige sopra i fini morali

del matrimonio fu espressa già da Sant'Agostino con il divieto di lasciare una donna infertile per sposare un'altra al fine di procreazione²⁸. L'argomento etico-sociale esprime, in questo caso, che data la natura non solo individuale ma anche sociale della persona, matrimonio e famiglia acquisiscono un significato autentico e vero per lo svolgimento della persona umana. In questo modo, la famiglia ha un valore proprio non-funzionalistico, e questo valore è la persona in relazione con altri membri della stessa famiglia.

Se la *Gaudium et spes* infatti afferma che la persona umana è principio, soggetto e fine di ogni istituzione sociale²⁹, si potrebbe quindi aggiungere *in primis* della famiglia. Questa correzione è stata anticipata in maniera particolare da Rosmini, il quale è uno dei pochi autori cattolici ad inserire la famiglia nella proposta di un ordinamento costituzionale. Rosmini elabora questa idea in riferimento a Hegel, e proprio da questo confronto si lascia delineare una sistemica interessante rispetto al rapporto tra famiglia e sussidiarietà. Ma contrariamente alla *Mater et magistra* e alla *Gaudium et spes*, Rosmini colloca questo principio di persona in riferimento costitutivo alla famiglia. E considerando la centralità della persona, del principio di sussidiarietà e l'importanza della famiglia nell'etica cattolica, la domanda che a questo punto emerge è davvero come mai questo nesso non sia mai stato esplicitamente delineato nelle sue implicazioni antropologiche ed etico-sociali. Infatti, soltanto il *Compendio della Dottrina sociale della Chiesa* afferma nel 2004 che la famiglia «non è, quindi, per la società e per lo Stato, bensì la società e lo Stato sono per la famiglia» nella misura in cui «trova la sua legittimazione nella natura umana e non nel riconoscimento dello Stato». E prosegue: «Ogni modello sociale che intenda servire il bene dell'uomo non può prescindere dalla centralità e dalla responsabilità sociale della famiglia. La società e lo Stato, nelle loro relazioni con la famiglia, hanno invece l'obbligo di attenersi al principio di sussidiarietà»³⁰. In questo modo finalmente si applica alla famiglia la stessa sistemica sussidiaria che nel principio personalistico della *Gaudium et spes* era riferita soltanto alla persona. Si indica così una possibile riflessione sull'importanza della dimensione familiare per l'ordinamento pubblico. In ogni caso, se la famiglia risulta nell'occhio della costituzione come «una sorta di antidoto istituzionale contro le due forme di disumanizzazione

28 Cfr. Agostino, *De bono coniugali*, 7.

29 *Gaudium et spes*, 25.

30 Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio della Dottrina sociale della Chiesa*, Città del Vaticano 2004³, 120 (n. 214); cfr. *Familiaris consortio*, n. 45, 73.

che la modernità può determinare: la collettivizzazione statalista e la privatizzazione economicistica»³¹, allora si delineano automaticamente i grandi potenziali di dialogo tra la dimensione costituzionale e quella etico-sociale della Dottrina sociale della Chiesa.

In tale modo, infatti, il *Compendio* ha semplicemente ripreso dalla tradizione un elemento riscontrabile in tanti classici ossia che la famiglia fu considerata sempre nella sua funzione “ordinatrice” per i rapporti civili nell’ordinamento pubblico. Ciò vale non solo per Aristotele ed Agostino, ma con il riferimento allo stato moderno questa stessa dimensione diventa problematica in quanto causa il trasferimento analogo del rapporti familiari alla relazione tra lo stato e gli individui, in modo tale che esso gli appare come un “grande padre”. Così lo statista e il teoreta della sovranità politica Jean Bodin affermava che «[l]o stato è ben ordinato se le famiglie sono governate bene»³². Affermazioni simili si trovano in Hobbes per il quale ogni famiglia è uno stato piccolo. Da Rousseau in poi la famiglia veniva considerata come l’istituzione portante dello stato. Oggi, tale prospettiva viene semplicemente rovesciata, quando nel segno del deregolamento e della privatizzazione determinati compiti vengono devoluti radicalmente sulla famiglia. Entrambe le dinamiche, indicate dal *Compendio*, risultano dalla mancante considerazione etico-sociale e quindi costituzionale della famiglia. Per questo motivo, c’è da sottolineare oggi che la funzione sussidiaria della famiglia non è quella del decentramento e della privatizzazione, come risulterebbe in una prospettiva che la riferisce allo stato, ma contiene in sé il compito etico-sociale molto più arduo, ossia di ripensare l’intero ordinamento pubblico più conseguentemente dal basso³³.

Se quindi la famiglia «costituisce sicuramente una specificazione del riconoscimento e del favore di cui godono le formazioni sociali nella Costituzione»³⁴, allora la sua funzione sussidiaria si realizza nella domanda come può ispirare e dare senso a qualsiasi istituzione, a partire dalla

31 A. Nicolussi, *Diritto di famiglia e nuove letture della Costituzione*, in: F. D’Agostino (ed.), *Valori costituzionali. Per i sessanta anni della Costituzione italiana*, Milano 2010, 165-199, qui 168.

32 J. Bodin, *Über den Staat*, a c. di G. Niedhart, Stuttgart 1999, 13.

33 Quadrio Curzio ricorda che «il decentramento stabilito dall’alto non è lo stesso di un decentramento che parte dal basso» (A. Quadrio Curzio, *Sussidiarietà e sviluppo. Paradigmi per l’Europa e per l’Italia*, Milano 2002, 108). Il principio di sussidiarietà «rivela una sua natura neutrale e di per sé non opera per l’accentramento né per il decentramento delle competenze» (F. Costantino, *La proiezione ascendente del principio di sussidiarietà verticale*, Roma 2008, 28).

34 Biagi Guerini, *Famiglia e costituzione*, 88.

persona e relazionalità della libertà a priori. Questa dinamica “interna” alla società può prendere inizio soltanto dalla famiglia e in questo senso “dal basso”. La dimensione *portante* le altre istituzioni è ciò che sottolinea Supiot quando sottolinea che la libertà degli individui viene rafforzata soltanto qualora si considera che «questa libertà può dispiegarsi pienamente solo qualora la legge si faccia carico di tutto ciò che non è riducibile a uno scambio di beni e servizi, vale a dire di tutto ciò che eccede la negoziazione di valori misurabili. Nel momento in cui, al contrario, la legge demanda al contratto il compito di definire ciò che essa deve significare, le parti contraenti si trovano asservite a obiettivi che vanno ben al di là del loro mero interesse patrimoniale. Anziché essere finalizzato allo scambio di quantità, il contratto si “pubblicizza”, prendendo parte alla definizione di un bene comune»³⁵.

4. Hegel e Rosmini

L'unica possibilità di rendere l'istituzione della famiglia un concetto oggi di nuovo comprensibile e rilevante per la vita dei singoli, è di sottoporla, insieme all'idea di “contratto”, ad una rilettura critica ed attualizzante. Quindi si tratta di prendere sul serio il fatto che la «nozione di istituzione, al pari di quella di contratto, non è ontologica», anche se «a differenza di quella di contratto non è neanche normativa, e quindi può essere solo stipulativa»³⁶. Come si potrebbe quindi far comprendere oggi di nuovo gli elementi fondamentali dell'istituzione, senza finire in una ontologizzazione irrealistica del matrimonio? Innanzitutto c'è da considerare di quali elementi si tratta concretamente ossia di (1) una struttura che viene conformata alla volontà, (2) benché il contenuto non sia arbitrario, (3) che è comunque istanza di un interesse proprio e significa per chi (4) vi entra di acquisire uno status di dimensione sociale. In questo modo la famiglia, come formulava Lévi-Strauss, segnala la distinzione tra natura e cultura. Siccome questa dimensione è stata particolarmente tematizzata da Hegel e Rosmini, una rilettura attualizzante di entrambi potrebbe fornire qualche metodo considerevole per il nostro compito attuale. Nonostante notevoli differenze nei principi teoretici, entrambi, Hegel e Rosmini, convergono nell'impegno di considerare la famiglia come una realtà di libertà concreta. La dimensione stipulativa si esprime in entrambi come funzione di unità

35 A. Supiot, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, tr. it. B. Ximena Rodríguez, Paravia 2006, 197s.

36 Renda, *Le ragioni*, 1030.

che è sempre già dimensione etica: in modo molto diverso dalla società civile, essa unisce persone singole in unità, laddove quest'ultima con il suo individualismo metodologico e quindi con il principio economico della concorrenza e collaborazione presuppone precisamente tale unità etica delle famiglie: essendo caratterizzato l'uomo dalla «continua tendenza di ridurre ad unità la pluralità»³⁷, «l'unificazione delle persone produce il fatto [...] della *società*, principalissimamente della *società coniugale*»³⁸. Ciò che l'individualismo e la concorrenza economica nel mercato divide, è unificato apriori da una realtà contrapposta, e questa è l'insieme dei legami etici tra le persone che trovano nella famiglia la loro realizzazione più autentica e originale.

Per Hegel come per Rosmini si tratta quindi di trovare una sintesi tra libertà individuale e solidarietà, dando origine a due concezioni di costituzione simili, seppur con caratteristiche differenze³⁹. Entrambi sentivano fortemente l'esigenza della radicale distinzione della sistematica costituzionale e quindi delle istituzioni sociali regolate da essa, dalla sistematica sinallagmatica del contratto⁴⁰. Proprio per questa differenza, e per l'originalità della società domestica in questo quadro, la costituzione appare fondamentalmente riferita alla famiglia: e fonda quindi il suo carattere sussidiario in essa. Secondo Rosmini questo contratto «non è arbitrario quanto al suo oggetto; perocchè l'oggetto del contratto non è, e non può essere, altro che la *piena unione* di diritto, che abbiamo descritta, fra due persone di sesso diverso»⁴¹. Entrambi si distanziano inequivocabilmente dalla riduzione contrattualistica del matrimonio che vedono, attraverso un'interpretazione senz'altro molto unilaterale e superficiale, rappresentata da Kant⁴². Rosmini sottolinea che «l'oggetto del contratto è, e non può essere altro che la *piena unione* di diritto, che abbiamo trascritta, fra due per-

37 A. Rosmini, *Filosofia del diritto*, 6 voll. a c. di R. Orecchia (*Ediz. naz.*, 35-40), Padova 1967-1969 (d'ora in poi: *FD*), II, n. 984 (vol. IV, 992).

38 *FD* II, 986 (vol. IV, 993).

39 «[S]i potrebbe dire che se Hobbes ha costruito un modello di Stato sul presupposto di uomini «nati come funghi», Hegel invece si propone di costruire il suo sul presupposto di individui nati e cresciuti in una famiglia» (C. Mancina, *Differenze nell'eticità. Amore famiglia società civile in Hegel*, Napoli 1991, 16).

40 Cfr. *RPh* § 163 (310s.). Cfr. R. Zaczky, *Eine Theorie der Familie*, in: *Rechtshistorisches Journal* 6 (1987) 60-64.

41 *FD* II 1075 (vol. IV, 1021); cfr. II, 1094 (vol. IV, 1028).

42 Parimenti a Rosmini, Hegel sottolinea che il matrimonio «consiste proprio nell'oltrepassamento, e quindi *nella rimozione*, del punto di vista del contratto secondo cui la personalità, nella propria singolarità, è autonoma» (*RPh* § 163 [310s.]).

sone di sesso diverso»⁴³, e quindi la loro unione piena come esseri liberi e razionali. Così sottolinea Hegel: «[l]’aspetto *etico* del matrimonio consiste nella consapevolezza di questa unità come di un fine sostanziale, e quindi consiste nell’amore, nella fiducia e nella comunione dell’intera esistenza individuale»⁴⁴. Non un contratto razionale e freddo tra due individui divisi, ma una realtà unificante, quella dell’amore e della condivisione, sta per Hegel alla base del matrimonio e viene trasformato da esso in una realtà etica di libertà stabilmente condivisa, e quindi non più sottomessa alla circostanza del libero arbitrio⁴⁵. Entrambi fondano il matrimonio sull’amore con finalità di procreazione⁴⁶. Significativamente né per Rosmini né per Hegel la natura umana può garantire l’eternità di questo rapporto di unità delle due libertà nel matrimonio: e mentre nel primo è solo la grazia soprannaturale a garantirla, per Hegel la garanzia dell’eticità supera qualitativamente la forza della volontà individuale⁴⁷, ma in ultima analisi lui concepisce per alcuni casi gravi ed estremi il divorzio, come ad es. per avvenuto adulterio. L’indissolubilità del matrimonio, quindi, costituisce per entrambi la prima caratteristica della realtà istituzionale del matrimonio: mentre per Rosmini è assicurata dalla religione, per Hegel dall’eticità – con la conseguenza che il primo le può assegnare una dimensione di necessità che il secondo non raggiunge⁴⁸. Fatto sta, però, che per entrambi l’eternità ed indissolubilità del matrimonio non è un effetto della legge, ma in questi casi la legge rimanda all’eticità ossia alla struttura a priori della libertà⁴⁹.

43 *FD* II, 1075 (vol. IV, 1021).

44 *RPh* § 163 (310s.).

45 «Nello stesso tempo, l’amore coniugale è assunzione di responsabilità nel senso che alla scelta dell’altro corrispondono il compito di riconoscere la sua personalità singolare, l’obbligo di rispettare il suo intrinseco ordine e l’impegno di promuovere la sua crescita, nella continua ricerca della comune perfezione» (N. Muzzin, *Amore e istituzione. Famiglia e matrimonio in Antonio Rosmini*, Roma 2003, 97).

46 «Rosmini appare debitore della cultura romantica e ne accetta il postulato che fonda il matrimonio sull’amore, prendendo almeno implicitamente le distanze dalla precedente cultura patriarcale, in parte avallata dal diritto canonico, che vede nel matrimonio essenzialmente un “contratto” in vista del mutuo aiuto e della procreazione» (Muzzin, *Amore e istituzione*, 99).

47 «Lo Spirito etico consiste qui in quell’identificazione delle personalità grazie a cui la famiglia è un’unica persona e i suoi membri sono accidenti» (*RPh* § 163 [310s.]).

48 «Siccome un tale caso estremo [come l’adulterio] può giustificare eticamente [sittlich] il divorzio, l’indissolubilità del matrimonio in Hegel si dimostra un mero *dovere* [Sollen]; essa appartiene, senz’altro, *per sé* al concetto del matrimonio, ma siccome il matrimonio si fonda su un sentimento, non è necessariamente reale e pertanto non può essere imposto giuridicamente contro la volontà degli individui» (E. Bockenheimer, *Hegels Familien- und Geschlechtertheorie*, Hamburg 2013, 284; trad. it. M. K.).

49 Nicolussi ha ricordato che per Rosmini l’indissolubilità del matrimonio canonico dovrebbe essere riconosciuto anche dallo stato, per quelle coppie che secondo tale diritto si sono sposate (cfr. A. Nicolussi, *Rosmini e il diritto di famiglia. Appunti di un giurista del ventunesimo*

Ciò significa che anche oggi ogni argomentazione giuridica per l'indissolubilità del matrimonio è unilaterale qualora non accompagnata dal ragionamento etico e religioso. Nel momento in cui l'influsso della Chiesa e del cristianesimo diminuisce, gli uomini «rimangono atterriti da una dottrina sì perfetta, e v'introducono de' temperamenti arbitrarj e delle rilassatezze: non sostenendo l'aspetto d'una perfezione superiore alle proprie forze»⁵⁰.

In una società pluralizzata e nello stato laico, ciò che si può richiedere è la prima argomentazione ossia quella etica. E a tale proposito sia Hegel che Rosmini danno delle indicazioni molto significative: l'essere uomo e l'essere donna, secondo il filosofo tedesco, possono essere realizzati nella loro completezza solo nel matrimonio, e siccome l'istinto sessuale può essere compreso come espressione e realizzazione di libertà e quindi nella sua dimensione morale solo all'interno dell'istituzione etica della famiglia, il congiungersi in matrimonio diventa per Hegel un *dovere morale*⁵¹. Ed anche Rosmini non ha mezzi termini per esprimere l'effetto perfezionante del matrimonio per la persona umana – almeno per quanto riguarda la perfezione naturale che aspetta di essere integrata in quella sovranaturale⁵². Ma della perfezione religioso-soprannaturale l'uomo naturale non dispone in quanto avviene nel rapporto di grazia con l'assoluto.

Da questo sguardo veloce sui due pensatori e della considerazione etico-giuridica del matrimonio in cui si esprime una dimensione fondamentale senza la quale la comprensione del diritto e della costituzione in quanto tale risulterebbe riduttiva e quindi, hegelianamente, “falsa”, risulta che proprio nel capitolo sulla famiglia si trovano in entrambi gli elementi social-etici

secolo, in: M. Dossi / F. Ghia [edd.], *Diritto e diritti nelle «tre società» di Rosmini* [Nuova Bibliotheca Rosminiana, 2], Brescia 2014, 45-79). Al contrario, per Hegel il matrimonio non dovrebbe essere sciolto, e compito dell'autorità statale sarebbe di impedire al più possibile questa opzione.

50 *FD* II, 1336, n. 2 (vol. IV, 1108, n. 2).

51 Insiste molto su questi aspetti P. Cobben, *Das Gesetz der multikulturellen Gesellschaft. Eine Aktualisierung von Hegels «Grundlinien der Philosophie des Rechts»*, Würzburg 2002, 127.

52 Sta in questo punto il momento rilevante e attuale di Rosmini, mentre si trovano senz'altro anche alcuni aspetti concreti in cui egli rimane debitore dell'idea classica e tradizionale che ha ereditato dalle idee condivise nella sua epoca. Ma allo stesso momento, «il modo in cui poi egli [Rosmini] spiega e declina la superiorità del marito sulla moglie e del padre sui figli è condizionata da un'idea proprietaria di unificazione: unificare a sé più che congiungersi sul piano personale» (Nicolussi, *Rosmini e il diritto di famiglia*, 70). Mentre quindi per Nicolussi Rosmini non realizza l'uguaglianza all'interno dei rapporti familiari, Campanini sostiene l'opinione contraria, interpretando gli elementi contrastanti come retaggi tradizionali (G. Campanini, *Rosmini politico*, Milano 1990, 91): «nella visione complessiva della famiglia residui feudali si accompagnano all'intuizione di un nuovo modello di convivenza domestica» (ibid. 107).

che contraddistinguono il *principio di sussidiarietà*: da un lato Hegel afferma che la famiglia consiste «nell'aver l'autocoscienza della propria individualità *in questa unità* [...] affinché si sia in essa non come una persona per sé, bensì come *membro*»⁵³. Il diritto della famiglia, che si acquisisce entrando in essa, è «la sua vita in questa stessa unità»⁵⁴. E dall'altro lato Rosmini parla dell'«intimità e [...] pienezza dell'unione dell'uomo col suo simile, che si realizza nella società coniugale»⁵⁵, e di «quell'unione massima, che risulta da tutte le unioni possibili a due esseri umani»⁵⁶. Entrambe dimensioni originarie di *comunità* che – in quanto costituiscono la “prima società” – si trasformano in quella istituzione basale e principale di tutte le altre istituzioni dello stato di diritto: basale in quanto la famiglia è la società “termine” del principio di sussidiarietà, cioè quella sulla quale esso è indirizzato e finalizza tutte le altre istituzioni; ma principale per il fatto che tale dimensione di comunità come sintesi di libertà condivisa deve in qualche modo plasmare ed eticamente ispirare tutte le altre istituzioni. Questa ispirazione è di carattere etico-sociale e appunto non giuridico, perché altrimenti si finirebbe nello “stato etico” in quella comprensione cattiva che nemmeno si trova in Hegel. L’“ispirazione”, pertanto, deve soltanto essere di maniera etica e mai giuridica, ma in quanto etica essa diventa il principio di umanizzazione di tutte le strutture sociali e quindi l'espressione del principio di solidarietà attraverso di esse.

Al fine di evitare un'eticizzazione giuridica della sfera della società civile e quindi di tutte le altre società ed istituzioni che si erigono “al di sopra” della famiglia, sia Hegel che Rosmini non hanno considerato la famiglia come parte della società civile, ma chiaramente distinta da quest'ultima caratterizzata dalla logica del mercato. Dalla famiglia non si delinea una continuità che la “estenderebbe” direttamente ed immediatamente alla società civile. Emblematicamente, Hegel concepisce questo passaggio come *negazione* della famiglia: la famiglia «si scioglie» per generare la società civile; poi le corporazioni devono mediare le contraddizioni sociali emergenti in essa per il fenomeno economico, e la famiglia non fa parte di questa struttura. In Rosmini la distinzione qualitativa e non solo quantitativa della differenza della famiglia dalla società sta nel fatto che la *società domestica* è una società di natura e quindi originale rispetto alla

53 *RPh* § 158 (306s.).

54 *RPh* § 159 (306s.).

55 *FD* II, 996 (vol. IV, 996).

56 *FD* II, 1016 (vol. IV, 1003).

libertà personale, mentre quella civile è solo arbitraria e dipende dalla volontà dei padri di famiglia. Quest'ultima non deve mai alterare la famiglia e si rapporta in modo assolutamente subordinato rispetto ad essa. Comunque per entrambi la famiglia svolge una funzione indispensabile per la società ossia di formare i cittadini. Lasciando da parte la domanda in quanto questa netta separazione tra famiglia e società ovviamente non può più rispecchiare la situazione attuale tardo-moderna, per la nostra interpretazione interessa la constatazione che per entrambi la famiglia non è semplicemente la più piccola dei corpi intermedi e quindi di "natura" sua risulta tutt'altro che la "prima cellula" della società, cioè la società *in nuce*. In questo modo non viene falsificata tale formula tradizionale, di dignità aristotelica e cara alla Dottrina sociale della Chiesa, bensì si esprime la prospettiva critica che la famiglia certamente non può essere ridotta alla funzione di fornire la prima socializzazione della persona e quindi di ridursi a una istituzione al servizio della società: al contrario, essa appartiene in un certo senso più alla persona che non alla società. Con il principio di persona, essa costituisce il fondamento etico della società. Hegel lo riassume nelle parole importanti: «[i]l matrimonio, ed essenzialmente la monogamia, è uno dei principi assoluti su cui si fonda l'eticità di una comunità. E' per questo che l'istituzione del matrimonio viene rappresentata come uno dei momenti della fondazione divina o eroica degli Stati»⁵⁷. Pertanto, essa appartiene alla dimensione antropologica, mentre la società con tutte le sue associazioni è sussidiaria nel senso pieno della parola: «la [società] civile dee essere, secondo lo spirito della sua istituzione e la sua propria natura, una mera inserviente delle due prime [della società teocratica e della società domestica]»⁵⁸. Di primo acchito, quindi, entrambi i pensatori sembrano dare ragione alla separazione della logica della famiglia da quella della società e della sua strutturazione sussidiaria. In linea con quanto analizzato, i figli sono per Hegel e Rosmini espressione dell'unità del matrimonio – che significativamente riceve la sua unità non politicamente, dal di fuori, ma la trova costituita al suo interno: «[l']unità del matrimonio, in quanto sostanziale, è soltanto *intimità e predisposizione*; in quanto esistente, invece, essa è distribuita nei due soggetti. Ora, nei figli questa *unità*, in quanto tale, diviene *essa stessa un'esistenza essente-per-sé* e un *oggetto* che i coniugi amano come loro

57 *RPh* § 167 aggiunta (316s.).

58 *FD* II, 1589 (vol. V, 1206).

amore, come loro esistenza sostanziale»⁵⁹. La famiglia esprime innanzitutto una dimensione antropologica della struttura di libertà individuale, che poi si rende concretamente visibile nella procreazione.

Ma ugualmente bisogna affermare che né in Hegel né in Rosmini la famiglia esprime l'ultimo orizzonte di perfezione, anzi entrambi vedono la famiglia nella dimensione dell'autotrascendersi: mentre per Hegel si "scioglie" passando nella società civile e rimanda la persona per la sua realizzazione etica allo stato, in Rosmini la "famiglia naturale" viene a sua volta perfezionata dalla "famiglia soprannaturale" della "società teocratica". In altre parole, per entrambi i pensatori proprio la dinamica personalistica colloca la famiglia in un quadro sussidiario, e vede nella persona la spinta oltre la famiglia. La considerazione etica della famiglia è anche la sua non assolutizzazione. La famiglia assolve la sua funzione soltanto se essa stessa è vista in servizio di un orizzonte più ampio di tipo etico: la persona chiede l'orizzonte della comunità politica (Hegel) ossia della religione (Rosmini). In altre parole, per entrambi i pensatori la famiglia che è la prima realtà che consente la realizzazione personale, manca di una dimensione universale che la stessa persona richiede. Questo è l'orizzonte del *bene comune* – che per Hegel è il quadro politico costituzionale e per Rosmini è la destinazione della comunità sovranazionale (intesa nel senso tomistico). In quanto tale, la famiglia realizza sempre una dimensione limitata di "bene comune" ed è giustamente caratterizzata da interessi propri. Esiste, come dice Rosmini, accanto all'egoismo individuale anche un «egoismo familiare»⁶⁰, e quindi, sussidiariamente, la famiglia rimanda *necessariamente* oltre se stessa: non si deve quindi incorrere nell'errore etico e interpretare la famiglia in quanto tale come *societas perfecta*⁶¹. La prospettiva della sussidiarietà vede

59 *RPh* § 173 (322s.).

60 *FD* II, 2682 (vol. VI, 1615); nell'originale in corsivo. Un esempio di lettura unilaterale di questo fenomeno legittimamente denunciato già da Rosmini, offre Marella che da questa analisi trae la conseguenza per nulla giustificata che qualsiasi riferimento a uno status istituzionale della famiglia sarebbe completamente da superare: «Le strutture della famiglia tradizionale favoriscono il consumismo egocentrico, sostengono, anziché contrastare, la ricerca del benessere per una cerchia assai ristretta di individui a scapito degli interessi della comunità allargata» (M. R. Marella, *Il diritto di famiglia fra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in: F. Grillini / M. R. Marella, *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto* [Strumenti, 7], Napoli 2001, 3-50, qui 30). Hegel e Rosmini, invece, risolvono questo limite della famiglia tramite la sua considerazione sussidiario-istituzionale, in riferimento al bene comune politico e religioso.

61 Per Biagi Guerini questa dimensione costituisce una dimensione importante della sistematica costituzionale degli artt. 29-31 in riferimento all'art. 2 Cost.; cfr. Biagi Guerini, *Famiglia e costituzione*, 56.

la famiglia in quanto tale già nella dinamica politica e religiosa della sua necessaria integrazione nel bene comune superiore. Solo così la famiglia diventa la *ratio* del principio di sussidiarietà per le altre istituzioni – l'amministrazione verticale e le associazioni orizzontali – e si può esplicitare nel senso che «la libertà e la responsabilità della persona devono esplicitarsi al massimo entro diverse sfere di autonomia costruttiva (personale, familiare, associativa, d'impresa e d'altro ancora)»⁶².

Le due dimensioni della persona, individualità e socialità, che si realizzano di base ma non in perfezione nella famiglia, richiedono quindi che essa diventi la ragione dell'ordinamento sussidiario della società: «[l]'uomo non basta a sé stesso: egli sente incessantemente il bisogno d'unire a sé degli esseri diversi da sé [...]. Altri sono mere cose, altri sono persone e nature intellettive. L'unificazione che fa l'uomo seco stesso delle cose produce il fatto singolare della *proprietà*; l'unificazione delle persone produce il fatto, pure singolare, della *società*, principalissimamente della società coniugale»⁶³. Proprio questa struttura antropologica della famiglia che si traduce in principio strutturale della dimensione politica, non la troviamo in tanti approcci attuali. Per questo, proprio lo sguardo su alcuni modelli di teorie economiche recenti dimostra come la mancanza dell'indicata dimensione sussidiaria della famiglia è il motivo della perdita di quel senso etico che sarebbe il presupposto indispensabile per la comprensione attuale della fundamentalità della famiglia naturale basata sul matrimonio per la comunità politica tardo-moderna.

5. La mancante dimensione costituzionale della famiglia in alcuni approcci attuali

La stessa enfasi di Hegel e Rosmini sulla famiglia fondata sul legame speciale del matrimonio si può leggere oggi, nelle tendenze attuali di riduzione di matrimonio a contratto, come spunto di riflessione per rispondere a tali sfide. Infatti si sta perdendo, qualora si coltiva un'idea individualistica e privatistica della società, la coscienza per il fatto che esso costituisce una realtà personale in cui più persone costituiscono un'unica realtà di libertà. L'esempio più emblematico in tale senso è John Rawls che pensa la sua *Teoria della giustizia* unicamente a partire dall'individuo. Solo in quanto individui tutti sono pre-politicamente e quindi eticamente uguali, e in

62 Quadrio Curzio, *Sussidiarietà e sviluppo*, 112.

63 *FD* II, 984, 986 (vol. IV, 992s.).

quanto tali possono formulare alla società pretese di equità. Siccome però la provenienza familiare introduce proprio a questo punto importanti fattori costitutivi di diversità degli individui nella loro radice, sulla quale la società non ha nessun influsso, Rawls non attribuisce alla famiglia nessun ruolo costitutivo. In linea di massima, la famiglia può essere considerata solo in quanto non contraddice ai principi di giustizia, anche se li mette pericolosamente a rischio⁶⁴. «Dobbiamo abolire la famiglia, allora? Presa da sola e conferendole una certa preminenza, l'idea dell'equa opportunità spinge in questa direzione»⁶⁵. Come dimensione positiva Rawls può riconoscere soltanto la sua funzione di riproduzione: e solo in questo riguardo si potrebbe “legittimamente” parlare di famiglia – in altre parole bisognerebbe trattare la famiglia come *baby factory*, indicando la riproduzione senza rilevanza sociale-istituzionale. Questa riduzione funzionalistica fa capire perché secondo Rawls anche alle coppie dello stesso sesso spettano gli stessi diritti per quanto riguarda le relazioni di solidarietà nella famiglia e nell'educazione.

Un'ulteriore considerazione funzionalistica della famiglia sulla base individualistica viene dalla penna di Gary Becker, premio Nobel nel 1992 per la sua analisi microeconomica della famiglia. In *A Treatise on the Family* egli afferma come «fine principale di matrimonio e famiglia la produzione ed educazione dei propri figli»⁶⁶, che si concretizza secondo la legge di domanda ed offerta in riferimento alla prole⁶⁷. Chi ora vorrebbe arguire che questi riduzionismi individualistico-economicisti appartengono soltanto a prospettive economiciste, si vede contraddetto non soltanto dalla già citata Nussbaum, ma anche da Amartya Sen: anch'egli premio Nobel in economia, è noto per il suo ragionamento etico nell'ambito economico. Egli concepisce, però, i rapporti intra-familiari secondo il modello contrattualistico di Nash per situazioni di conflitto cooperativo e quindi sulla falsariga dell'individuo e non dell'istituzione⁶⁸. Per tutti questi autori, da

64 «Dovremmo tuttavia notare che, sebbene la vita e la cultura interne della famiglia influenzino come poche altre cose le motivazioni del bambino, e la sua capacità di arricchirsi nell'educazione, e quindi le sue prospettive divita, questi effetti non sono necessariamente incompatibili con l'equa eguaglianza di opportunità. Persino in una società bene-ordinata che rispetta i due principi di giustizia la famiglia può ostacolare la parità di possibilità tra gli individui» (J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, a c. di S. Maffettone, Milano 2004⁹, 254; cfr. 417).

65 Rawls, *Una teoria della giustizia*, 417.

66 G. S. Becker, *A Treatise on the Family*, Cambridge-London 1991, 135.

67 Becker, *A Treatise*, 135-178.

68 Cfr. A. Sen, *Economics and the Family*, in: Asian Development Review 1 (1983) 15-26; id., *Gender and Cooperative Conflicts*, in: I. Tinker (ed.), *Persistent Inequalities. Women and*

Rawls passando per Nussbaum e Becker fino a Sen, la famiglia non è pensata come comunità originaria e indivisibile e quindi come espressione di una dimensione antropologica di fondo. Al contrario, la sua dinamica e dimensione solidale viene conseguentemente ricondotta e modelli individualistici pre-familiari. In tutti questi approcci, non si considera la funzione elementare ed apriori della famiglia per la società. La particolarità della relazione solidale in famiglia e la sua importanza sussidiaria per la società non vengono nemmeno sfiorate. Al contrario, proprio in questo approccio che riduce la famiglia alla sua funzione riproduttiva si riscontra quella prospettiva che è stata rilevata all'inizio dei nostri ragionamenti e ricavata poi sia da Hegel che da Rosmini, ossia che soltanto l'interpretazione sussidiaria della famiglia per la società consente di riconsiderare la sua dimensione relazionale e l'importanza di questa dimensione relazionale per l'intero ambito costituzionale ed istituzionale dello stato politico.

La famiglia quindi è interpretata in questi approcci di tipo etico-economico sulla base del paradigma contrattualista e non sussidiario, a partire dalla sua funzione riproduttiva – prospettiva del resto condivisa dalla dottrina morale cattolica classica del matrimonio. Proprio questa strana coincidenza dimostra quanto l'argomentazione "classica" costituisce un terreno scivoloso anche per l'etica sociale cristiana, che quindi ha compiuto con il *Compendio* il passaggio necessario capace di inserirla in una prospettiva della realizzazione della persona umana intesa come libertà e nella conseguente dimensione di sussidiarietà. L'argomentazione etico-sociale del principio di sussidiarietà sceglie infatti l'argomento contrario, ed interpreta la riproduzione come articolazione, espressione e realizzazione del vincolo speciale del matrimonio. In altre parole, si considera la famiglia come «la più importante relazione perché determina la felicità degli individui, il primo passo dalla barbarie all'incipiente civilizzazione, la più pura vita sociale e la vera base del progresso umano»⁶⁹, come formulava alla fine dell'800 la Corte Suprema Statunitense. E solo in questo modo si riesce a recuperare tale prospettiva social-etica sulla famiglia che la rende poi istituzione fondamentale per la comunità politica. Questa funzione non si raggiunge tramite una funzionalizzazione della famiglia per la società, ma la prospettiva sussidiaria indica proprio la prospettiva contraria ossia che «la famiglia può e deve essere prodotta in primo luogo attraverso la

World Development, Oxford 1990, 123-149.

69 *Supreme Court of the United States* [1888], cit. in: M. E. Brandon, *States of Union. Family and Change in the American Constitutional Order*, Kansas 2013, 14.

famiglia. In altri termini non ci si può più attendere che la famiglia esista perché così “vuole” (impone, comporta) il macrosistema delle istituzioni societarie (pubbliche)»⁷⁰. Il rischio di riduzionismo non solo individuale ma appunto anche sociale è proprio la conseguenza che Rosmini individuava all’orizzonte della modernità e che cercava di impedire: «la società conjugale scade a condizione di mezzo, si pregiò quasi solo pe’ figlioli che con essa si procreavano, e quindi si dedussero quasi tutte le leggi regolative di esso: si credette ben presto, che la dignità umana nell’uso de’ sessi fosse al tutto salva “quand’ella si ordinava alla generazione colla quale fondare una casa, una stirpe”»⁷¹.

6. Famiglia e sussidiarietà

Con Hegel e Rosmini abbiamo quindi due concezioni filosofiche a sostegno del fatto che il matrimonio trasforma l’unione dell’amore di due persone elevandole a degli *status*⁷² che «non sono commisurabili con una convivenza retta dall’*affectio maritalis* quotidiana e ogni giorno revocabile»⁷³. Proprio nel compito importante di trasformare una dottrina antica degli *status* personali all’interno della famiglia in una comprensione di relazioni sostanziali *condivisi* dai singoli membri⁷⁴, le considerazioni di Hegel e Rosmini sembrano oggi di sorprendente attualità e soprattutto di aiuto a superare il riduzionismo individualistico e social-economico del “contratto” familiare⁷⁵. Come sottolinea Perlingieri, la «li-

70 Donati, *Gli spostamenti di confine*, 267; nell’originale parzialmente in corsivo; cfr. anche id., *Famiglia, soggetti e politiche sociali*, in: *Il Bambino incompiuto* 2 (1996) 9-24.

71 *FD* 1382 (vol. IV, 1127).

72 «L’idea della famiglia istituzione – nella quale [...] gli obblighi prevalgono sulle pretese, i doveri sui diritti, l’ascrizione di responsabilità sull’assunzione delle responsabilità – rimanda prevalentemente a una dimensione di staticità, al suo permanere nel tempo al di là delle vicende dei singoli membri, al perdurare della tradizione sui cambiamenti, di modo che la regolazione stessa della famiglia appare volta piuttosto al suo mantenimento che non al soddisfacimento delle aspirazioni degli individui che ne fanno parte» (Pocar/Ronfani, *La famiglia*, 6s.); cfr. M. Fortino, *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, Milano 1997, 50.

73 Nicolussi, *Diritto di famiglia*, 175.

74 D’Agostino individua proprio questo superamento del fraintendimento degli *status* in senso personale verso la reinterpretazione di esse nella dimensione relazionale dell’istituzione familiare, quale compito primario per attualizzare ciò che nella comprensione classica era espresso di valido nell’idea di famiglia: «se il modello “tradizionale” della famiglia è, come effettivamente è, criticabile, e tale da farcelo sentire irrimediabilmente lontano, ciò non dipende dal suo non essere “moderno”, ma dal suo privilegiare la dimensione istituzionale del rapporto familiare su quella personale» (F. D’Agostino, *Una filosofia della famiglia*, Milano 1999, 8s.).

75 Questa tendenza attuale a superare gli *status* senza preoccupazione di reinterpretare il loro contenuto etico in una nuova interpretazione degli stessi oggi si trova in Marella, *Il diritto di famiglia*, 5s.

bertà della famiglia» e la «libertà nella famiglia» non sono da considerare due libertà «distinte e antagoniste», ma formano una «unitaria condizione storica e culturale, indispensabile e servente per formare e realizzare le persone»: «la stessa esigenza fondata sulla libertà postula l'adempimento della responsabilità»⁷⁶. La prospettiva sussidiaria porta quindi ad una ricomprensione dello *status* della famiglia e alla ricomprensione della sua realtà a partire dal suo interno e non da concezioni tradizionali, sociali, economiche o di qualsiasi altra maniera: «proprio dal punto di vista del principio di sussidiarietà nascono dei dubbi nei confronti dell'assegnazione per legge di diritti di decisione e rappresentazione al padre, perché in questo modo, con una norma generale, si interviene nello svolgimento libero della formazione di decisione che spetta esclusivamente ai genitori insieme, garantito dalla costituzione»⁷⁷.

La prospettiva sussidiaria sembra a questo punto di grande importanza sia per ricomprensione la sostanza della famiglia stessa, sia per indagare la sua importanza per l'ordinamento sociale. E, non per ultimo, per capire che queste due prospettive si richiedono a vicenda e ove questa reciprocità delle due dimensioni non è considerata, si finisce in concezioni riduttivistiche sia della famiglia sia della società. «Ciò avviene perché si considera che il gruppo deve perseguire lo scopo di consentire la migliore esplicazione possibile della personalità del soggetto»⁷⁸. Per Nicolussi, questa istituzionalità si traduce in termini di solidarietà: «[i]n tal modo il concetto di istituzione può essere aggiornato assumendo, come suo principio organizzativo, anziché il criterio gerarchico, la relazione di solidarietà che lega gli interessi dei membri della famiglia in ragione della dipendenza della loro realizzazione dalla condizione della partecipazione al gruppo, e quindi dalla stabilità del gruppo»⁷⁹. E' precisamente questa realtà che costituisce, insieme alla persona, il riferimento sussidiario della società e l'interpretazione social-etica dell'intero ordinamento pubblico.

Rispetto alla concezione di Hegel, dove la persona perde la sua individualità nell'«autocoscienza sostanziale» dello stato guadagnando la sua «liberazione»⁸⁰, Rosmini pensa il perfezionamento reciproco nel matrimonio come un processo personalistico. Solo questa dimensione, sottolineata

76 P. Perlingieri, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli 2005, 371, 377.

77 *BVerfGE [Sentenze della Corte costituzionale tedesca]* 10, 59, 84.

78 Biagi Guerini, *Famiglia e costituzione*, 77.

79 Nicolussi, *Diritto di famiglia*, 180.

80 *RPb* § 162 (308s.).

magistralmente da Capograssi e Cotta⁸¹, permette di concepire la relazione matrimoniale e familiare non soltanto come processo costitutivo di auto-coscienza – all'interno del quale l'individualità deve essere superata verso l'universalità per cui la famiglia può essere collocata costituzionalmente soltanto all'interno dello stato –, ma di comprenderla come autentica e più originale relazione sostanziale di solidarietà. Infatti, è questa l'idea centrale che muoveva insieme e di pari passi i padri della Costituzione, la giurisdizione della Corte Costituzionale e l'interpretazione della Dottrina sociale della Chiesa. Tale consenso trasversale è forse il vero motivo per cui dalla prospettiva di oggi abbiamo l'impressione che una volta esisteva la "famiglia ideale", e a ben vedere la perdita di questo consenso costituisce uno dei fattori più importanti della crisi attuale delle nostre istituzioni familiari, politiche e religiose. Tale consenso verteva sull'apprezzamento che la solidarietà incondizionata della famiglia è considerata indispensabile per la società e per la comprensione della dignità umana. Persino nell'uso analogo della parola "famiglia" in contesti diversi come ad esempio della "famiglia umana", si esprime sempre una realtà di relazione incondizionata e di solidarietà originaria.

Ora è una delle conseguenze fondamentali della sistematica etica della persona, applicata alle strutture sociali, che solidarietà e sussidiarietà costituiscono due principi che si completano e si coimplicano. La mera dimensione solidaristica, qualora assolutizzata, porta alla socializzazione della persona e alla perdita di individualità, libertà e responsabilità, mentre l'estremo opposto della sussidiarietà senza solidarietà produce una società atomizzata senza legami social-morali e senza istituzioni.

Le relazioni di responsabilità che si articolano nell'*insieme* di sussidiarietà e solidarietà – e quindi tramite il *paradigma della famiglia* – integra la libertà e la rende morale. Esse caratterizzano la realtà familiare su tre generazioni: a cominciare dal partner, per le generazioni più anziane, e per l'educazione dei figli. Se il *welfare state* ha concentrato su di sé sempre di più il ruolo della famiglia in queste tre dimensioni, allora è stato esso stesso ad aver costituito una forte spinta allo svuotamento della famiglia e delle sue funzioni basali, ossia di essere il contesto originario di autorealizzazione in comunione con altri e con responsabilità per loro, contribuendo allo sviluppo di un concetto individualistico e vuoto di libertà come mera autorealizzazio-

81 Cfr. G. Capograssi, *Il diritto secondo Rosmini*, in: id., *Opere*, 4 voll., Milano 1959, IV, 321-353; S. Cotta, *La persona come "diritto sussistente" oggi*, in: M. A. Raschini (ed.), *Rosmini pensatore europeo*, Milano 1989, 173-178.

ne. Non è quindi soltanto una dinamica sociale verso l'individualizzazione che favorisce lo svuotamento della famiglia, ma l'incremento del *welfare state* nella seconda metà del '900 ha contribuito in maniera forse ancora più massiccia all'indebolimento del senso per legami autentici di solidarietà, costitutive per un'idea sussidiaria della società. Una volta svuotato il concetto di famiglia e quindi le strutture più fondamentali di solidarietà, non desta meraviglia se le continue e persino esagerate "implorazioni" del principio di sussidiarietà *oggi*, che cerca di scaricare oneri e compiti sociali su un'istituzione che precedentemente è stata decostruita, non causano nessun effetto immediato, ma al contrario aumentano il disorientamento sociale e la crisi di identità della famiglia. Le famiglie, infatti, ormai non riescono più a produrre quegli effetti che lo stato, ormai incapace di assolvere tutte le prerogative che si è attribuito, richiede da esse in una maniera sempre più irrealistica rispetto alle possibilità effettive di questa istituzione nel mondo tardo moderno e globalizzato. In altre parole, ciò che tutti denunciano come la crisi della famiglia oggi, si concentra in grande parte su questa storta e deformata impostazione della relazione nella quale essa si trova oggi con l'individuo, con lo stato e con i propri membri. In questo momento, proprio una riconsiderazione della sostanza della famiglia nel senso sussidiario accennato, può aiutare a ricomprendere queste relazioni radicalmente e originariamente a partire dalla famiglia. Ma purtroppo, ciò che politicamente sta succedendo, è proprio il contrario: il tentativo di comprendere la famiglia dal di fuori di essa, in maniera appunto "esterna", ossia dal punto di vista o dell'individuo (contratto) o dello stato (deregulation). Hegel e Rosmini hanno indicato, in questo senso, una strada diversa e alternativa, che si tratterebbe di recuperare come alternativa oggi.

In questo contesto, le odierne "implorazioni" del principio di sussidiarietà non producono quasi nessun effetto perché non vertono a ricostruire le vere basi della solidarietà sociale. Così esse non sono nient'altro, in ultima analisi, che uno scarico dei compiti sociali da parte dello stato sulle famiglie che ormai, già al limite delle loro capacità, non possono più portare. Consiste in ciò, infatti, la forma attuale di ridurre la famiglia a funzione dello stato: per devolvere gli oneri che esso da solo non sa più sostenere. Così, è la stessa dinamica che prima ha svuotato la realtà solidale delle famiglie trasferendo sempre più competenze verso lo stato e il contesto politico, quella che oggi la sovraccarica con gli oneri della solidarietà statalizzata: e questo sviluppo preoccupante potrebbe rivelarsi come vero colpo letale alla struttura familiare.

La prospettiva “interna” che inquadra l’ordinamento politico-costituzionale in modo social-etico a partire dalla famiglia e considera l’importanza di quest’ultima in quanto comunità per l’edificazione della società, è il grande compito da ritematizzare a tutti i livelli di dibattito e di riflessione⁸². Sono da superare gli interventi settoriali della famiglia che la considerano come una comunità problematica e bisognosa di protezione particolare rispetto alla dimensione individualistica della società. Ma la famiglia non ha bisogno di protezione particolare, ma richiede una cosa ben più radicale: il ripensamento della politica intera a partire dall’originarietà della famiglia come struttura antropologica fondamentale. Questa dimensione si esprime tendenzialmente nel concetto tedesco della «garanzia dell’istituzione» (*Institutsgarantie*)⁸³ la quale si declina nei momenti del riconoscimento di solidarietà reciproca. Essa inquadra anche gli obblighi di mantenere il partner e il riconoscimento della discendenza del figlio da marito e moglie come caso normale, stabilisce la responsabilità dei genitori e l’uguaglianza di marito e moglie per le decisioni fondamentali e dei valori della famiglia⁸⁴. Ne segue inoltre un divieto di discriminazione e di non salvaguardia della famiglia – nel senso anche qui negativo che la famiglia non deve subire svantaggi rispetto a persone senza figli⁸⁵ – e di ingerenza⁸⁶. Da questa considerazione della famiglia non come una “specie in via d’estinzione” da proteggere, ma come istituzione da rispettare segue «la necessità di politiche non assistenziali: quindi non interventi settoriali, per particolari problemi o per particolari forme familiari, ma interventi strutturali che rendano ancora possibile la mediazione familiare, senza oneri insostenibili per gli individui»⁸⁷. E solo una considerazione “sus-

82 Per la corte costituzionale tedesca questo aspetto era sempre di grande importanza: «dalla comunità stretta tra i genitori e la loro comune responsabilità nei confronti del figlio segue la equiparazione di padre e madre anche nei confronti dei figli. Siccome questa responsabilità non è divisibile, essa coinvolge i genitori in ugual maniera» (*BVerfGE* 10, 59, 81; tr. it. M. K.).

83 Cfr. *BVerfGE* 80, 81, 92.

84 Cfr. Westermeyer, *Die Herausbildung des Subsidiaritätsverhältnisses*, 158s.

85 Cfr. *BVerfGE* 6, 55, 71; 99, 216; 28, 324, 346.

86 Pertanto non si può che concordare con il giudizio di Westermeyer: «[d]a ciò segue che è interdotta allo stato una “politica di popolazione” che riduce la famiglia alla sua “funzione di riproduzione” e insegue unicamente il fine di un aumento della rata di nascite. Anche se si definisce la famiglia per le sue numerose funzioni per la comunità spesso come “nucleo della società” e se ha un’importanza indubitabile per la continuità dell’esistenza del popolo della nazione, essa non è da proteggere non soltanto per questa funzione, ma già per il motivo che è espressione di realizzazione comune di libertà e perché offre lo spazio per lo sviluppo libero della personalità di tutti i suoi membri» (Westermeyer, *Die Herausbildung des Subsidiaritätsverhältnisses*, 225; tr. it. M. K.).

87 Di Nicola, *Famiglia e politiche di welfare*, 176.

sidiaria” ossia della famiglia come cellula *interna* della società che la libera dall’essere un ambito chiuso dove vigono leggi proprie, nel peggiore caso quelle della violenza e del dominio.

La politica familiare è quindi da ripensare: non come politica nei confronti di realtà sociali da privilegiare, ma come nuovo *paradigma* di costituzione dell’ordinamento pubblico e di qualsiasi politica concreta. La famiglia ha questa importanza perché è una forma *di libertà* condivisa. Piuttosto di dare a lei privilegi, si tratta di considerarla nella sua realtà antropologica e sociale fondamentale.

Matrimonio e procreazione assistita

CARLO CASINI

Quando il dibattito parlamentare che ha condotto alla Legge 40 del 19 febbraio 2004 giunse di fronte all'art. 5 si rinnovò il fuoco della polemica già acceso dall'art. 1, laddove si riconoscono i diritti del concepito, e che era esploso nell'art. 4 dove era stata esclusa la legittimità della fecondazione eterologa. Il testo dell'art. 5 come uscito dal fuoco delle polemiche, non votato da chi voleva che la PMA potesse essere ottenuta anche da una donna sola o da una coppia omosessuale, ma neppure non votato oppure votato con "dolore di pancia" da chi chiedeva che alla PMA potessero accedere solo le coppie sposate, è il seguente: "[...] possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi". Se è merito di questa norma l'ancoraggio alla "coppia" con conseguente esclusione della "donna sola" e alla diversità sessuale, con conseguente esclusione della coppia omosessuale, bisogna, purtroppo, rilevare che l'equiparazione del matrimonio alla convivenza toglie rilevanza al matrimonio ai fini della PMA. In sostanza non è necessario che l'uomo e la donna siano sposati per accedere alla PMA. La sola traccia della differenza tra coppia coniugata e coppia convivente si trova nell'art. 7 dove lo stato di figlio legittimo ovvero di figlio naturale riconosciuto è attribuito al nato a seconda che la coppia sia o no coniugata. Ma è ormai una differenza quasi esclusivamente verbale una volta giustamente equiparato lo status giuridico del figlio naturale a quello di figlio legittimo.

In realtà proprio in materia di PMA il matrimonio avrebbe dovuto trovare una rilevanza specifica. Non si può negare, perciò, la gravità del vulnus inferto alla giustizia e al diritto dalla equiparazione tra convivenza e matrimonio. Invero, a mio giudizio, la disciplina della PMA dovrebbe essere guidata dal principio formulato nell'art. 3 dalla Convenzione sui diritti del fanciullo adottata dall'ONU il 20 novembre 1989, resa esecutiva in Italia con la Legge 27 maggio 1991 n. 176: "in tutte le azioni riguardanti i bambini, se avviate da associazioni di assistenza, pubbliche o private, tribunali,

autorità amministrative o corpi legislativi, i maggiori interessi del bambino devono essere oggetto di primaria considerazione”.

Questo principio trova attuazione in numerose norme dell'ordinamento italiano, specie in materia di separazione, divorzio, adozione e – a maggior ragione – dovrebbe innervare la disciplina della PMA.

In effetti è doveroso riflettere sulle caratteristiche della procreazione artificiale ed esaminarne la differenza rispetto alla procreazione naturale. Quest'ultima avviene nel segreto di un rapporto tra due persone, che possono decidere di mettere al mondo un figlio senza che il concepimento liberamente deciso possa essere impedito o imposto da alcuno. Di più talora la fecondazione avviene estemporaneamente o inavvertitamente o occasionalmente. Nella PMA, invece, l'inizio di una nuova vita è sempre frutto di una decisione lungamente meditata, freddamente eseguita con tempi e modalità noti e con l'intervento di molte persone (medici, assistenti, etc...). Il principio del “prevalente interesse del minore” non può essere assolutamente disatteso. La Dichiarazione sui diritti del fanciullo del 1959, che ha preceduto ed ispirato la Convenzione del 1989, rende commovente il principio del prevalente interesse del minore. Vi si legge, infatti, che “gli Stati devono dare ai fanciulli il meglio di sé stessi”.

Ci troviamo di fronte ad un “corpo legislativo” (il Parlamento) che deve regolare l'origine e lo sviluppo di un figlio, origine e sviluppo che l'artificialità della generazione mette pressochè totalmente nelle mani della società e, prima ancora, del legislatore che deve gettare i binari dell'azione.

Qual'è il meglio per un bambino? Stare in una famiglia sposata (con garanzia di certezza e di durata) o in una “famiglia naturale”? Il matrimonio è l'istituto che offre la maggior garanzia di certezza e di stabilità, che, sul piano della prevedibilità del futuro, è più alta di quella offerta da una unione di fatto. Sarebbe stato logico, quindi, indicare il matrimonio della coppia come unica condizione dell'accesso alla PMA. D'altronde proprio la genericità della parola “convivenza” apre la porta alla elusione dei limiti che proprio l'art. 5 ha voluto introdurre: il divieto di PMA in favore di una donna sola o di una coppia omosessuale e l'esigenza di una non precarietà della convivenza. Come dare la prova della convivenza stabile “more uxorio” di un uomo e di una donna escludendo la frode di qualcuno che cerca di coprire una donna sola o una coppia omosessuale con una falsa attestazione di convivenza?

Si può replicare, per vero, che il concetto di “convivenza” ha assunto nel corso degli anni, per legge o per giurisprudenza, un contenuto più de-

finito. La Cassazione ha definito la convivenza giuridicamente rilevante come una “relazione interpersonale con carattere tendenziale di stabilità, di natura affettiva e parafamiliare, che si espliciti in una comunanza di vita e di interessi e nella reciproca assistenza materiale e morale” (Cassazione 28 marzo 1994, n. 2988). Questo è il concetto su cui la medesima Cassazione ha basato l’obbligazione naturale ex art. 2034 c.c. alla corresponsione di alimenti tra conviventi (Cass. 3\2\1975 in Foro It. 1975, 10, I, 20301). Così è stata accolta la pretesa risarcitoria da parte del compagno/a superstite per l’uccisione del convivente (Cass. 28\3\1994 n. 2988) e la successione nel contratto di locazione del convivente del conduttore deceduto (Cass. 1\8\2000 n. 10034). La Corte Costituzionale, alla fine, ha dichiarato illegittimo l’art. 6 della Legge 27 luglio 1978 n. 392 nella parte in cui, nel caso di morte del conduttore o di cessata convivenza, prevedeva la successione nel contratto di locazione del solo coniuge e non del convivente more uxorio con prole (C. Cost. 11 marzo – 7 aprile 1998 n. 404). Il Consiglio di Stato ha ammesso la dispensa del servizio militare del convivente more uxorio, qualora siano nati figli da assistere (Cons. Stato 9\1\2001 n. 51915). L’art. 199 c.p.p. prevede la facoltà di astensione dal testimoniare di chi “pur non essendo coniuge dell’imputato, come tale conviva o abbia convissuto con lui”. L’art. 681 c.p.p. attribuisce al convivente la facoltà di chiedere la grazia per il compagno/a condannato. Nella legge penitenziaria i colloqui con un detenuto non solo del coniuge, ma anche del convivente, non possono essere limitati neppure nel regime di sorveglianza particolare (art. 14 quater L. 26\7\1975) e la persona ristretta in carcere può essere autorizzata ad uscirne per visitare anche il convivente in pericolo imminente di morte (art. 30).

La convivenza di fatto, dunque, ha crescente rilevanza nell’ordinamento giuridico, ma si tratta di una emersione motivata da un principio di solidarietà verso le persone e, soprattutto, dal bene dei figli. Ora proprio questa ultima linea di tendenza avrebbe dovuto permettere alla sola coppia coniugata l’accesso alla PMA.

Il confronto con la disciplina dell’adozione conforta questa tesi. La L. 184\83 come modificata dalla L. 96\2001 del 26 aprile 2001 quale condizione generale per ottenere l’adozione di un minore esige il matrimonio della coppia adottante. In via di principio non è possibile l’adozione da parte di una persona sola o da parte di una coppia soltanto convivente. Questa disposizione è coerente con l’affermato diritto del minore alla famiglia (titolo I della Legge); con l’art. 29 della Costituzione (che riconosce

i diritti della famiglia fondata sul matrimonio); con il primario interesse del minore che ha bisogno di un padre e di una madre tra loro legati in modo certo e stabile. Perciò la semplice convivenza nella legge ha rilevanza soltanto se seguita da un matrimonio prima dell'adozione e protrattasi per almeno tre anni. Vero è che l'art. 44 della Legge prevede eccezioni alle regole fissate nell'art. 6, ma si tratta di eccezioni tutte legate all'interesse del minore.

Se il matrimonio è condizione per l'adozione di un bambino in stato di abbandono, a maggior ragione la stessa condizione avrebbe dovuto esserci in materia di PMA, dato che l'interesse del minore può essere tenuto in prevalente considerazione nel momento stesso in cui ne viene programmata la nascita ad opera dello Stato (la legge è emanazione statale) che dovrebbe dare al figlio "il meglio di sé stessa".

Ma, nell'ammettere anche la coppia convivente, l'art. 5 evidenzia il conflitto tra il diritto del figlio (garantito anche nel diritto positivo) ed il preteso diritto al figlio. Quest'ultimo finisce per oscurare la stessa funzione dell'adozione dei minori, pensata e strutturata per dare una famiglia al figlio che non ce l'ha e non per dare un figlio agli adulti che non ce l'hanno ed invece richiamata nella motivazione della sentenza 138\10 della Corte Costituzionale per giustificare la PMA eterologa ed annullare così il divieto dell'art. 4 della Legge 40\04 nel cui art. 5 resta, tuttavia, fortunatamente, la barriera della necessaria differenza sessuale della coppia come condizione di accesso alla PMA.

Ma anche a questo proposito l'orizzonte appare alquanto tempestoso. Mi sembra opportuno citare tre recentissime decisioni giudiziali tutte caratterizzate dal ricorso alla PMA eterologa da parte di coppie lesbiche e da soluzioni che in nome dell'interesse del figlio travolgono il concetto di "ordine pubblico" quale limite del riconoscimento in Italia di provvedimenti stranieri e sostanzialmente riconoscono come matrimonio o convivenza giuridicamente rilevante la vita comune sessualmente motivata di due donne.

Il 30 giugno 2014 il Tribunale per i minorenni di Roma ha esaminato il caso di due donne conviventi, una delle quali madre di un figlio concepito in modo eterologo in Spagna: l'altra donna convivente chiede l'adozione del minore. Il Tribunale ha decretato l'adozione in applicazione dell'art. 44 lettera d) della Legge 184\83, ma prescindendo dallo stato di abbandono del figlio (che ha già la madre) ed equiparando sostanzialmente la convivenza lesbica al matrimonio.

Il 29 ottobre 2014 la Corte d'Appello di Torino, in riforma di un diverso provvedimento di primo grado ha ordinato l'iscrizione nei registri dello stato civile di una bambina come figlia di due donne sposate tra di loro in Spagna: una aveva "donato" all'altra l'ovocita, l'altra era ricorsa a fecondazione eterologa ed aveva portato avanti la gravidanza fino al parto. La registrazione come madre del "donante" suppone la violazione del principio valido nel diritto italiano che madre è colei che partorisce, il riconoscimento in Italia del matrimonio lesbico celebrato a Barcellona, il superamento del limite dell'"ordine pubblico interno".

Il 10 novembre 2014 il Tribunale per i minorenni di Bologna ha disposto la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale per decidere sulla legittimità degli art. 35 e 36 della Legge 184\83 nella parte in cui non consentono il riconoscimento di una sentenza straniera che dichiara l'adozione in favore del coniuge del genitore nel caso di coniugi dello stesso sesso. Il fatto sottoposto all'esame dei giudici riguarda due donne sposatesi all'estero, divenute ciascuna madre naturale di un figlio ottenuto con PMA eterologa e madre adottiva del figlio dell'altra donna. La sentenza straniera (dell'Oregon) che aveva disposto l'adozione è stata sottoposta al riconoscimento dell'autorità giudiziaria italiana.

Come si vede la fecondazione eterologa può determinare effetti devastanti non solo nel rapporto tra genitore e figlio (coloro che "donano" i gameti generano per abbandonare immediatamente il generato e questi cresce in un rapporto sbilanciato), ma anche in ordine alla definizione di matrimonio sottoposta ad una pressione proveniente da azioni e pronunce estere che assediano ed indeboliscono anche il contenuto dell'art. 5 della L. 40\04.

Ciò che più colpisce non è tanto l'elusione del limite dell'ordine pubblico, ma l'uso, come grimaldello, proprio di quel prevalente interesse del minore, che – come abbiamo dimostrato – dovrebbe presiedere alla disciplina della PMA. Tradito questo prevalente interesse con l'introduzione della convivenza accanto al matrimonio come condizione di accesso alla PMA, ora compare il rischio di una strisciante scomparsa anche della differenziazione sessuale nella convivenza rilevante ai fini della PMA e di una mutazione del concetto di matrimonio. Non è questa la sede per esaminare in dettaglio i 3 casi giudiziari che ho presentato. A prima vista non sembra davvero che l'interesse effettivo del figlio esiga una consacrazione formale del matrimonio omosessuale e dell'adozione dichiarata al di là dei limiti di legge, ma, anche ad ammettere in questi specifici casi un interesse del

figlio da tutelare con formalità giuridiche, bisogna pur riflettere sulla enorme quantità di danni arrecati in futuro ad una moltitudine di figli da una deformazione profonda del concetto stesso di matrimonio.

Che fare? A mio giudizio i giuristi dovrebbero impegnarsi per una sorta di rifondazione culturale dell'idea stessa di giustizia, che parta dalla contemplazione del mistero del figlio e dalla esplicitazione delle ragioni per le quali la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo dichiara la famiglia nucleo fondamentale per lo Stato e per la società (art. 16). Si tratta di recuperare il significato della distinzione sessuale come condizione del bene comune e conseguentemente di arrestare la banalizzazione della sessualità restituendole grandezza, bellezza e significato. In effetti la banalizzazione della sessualità svolge un ruolo non secondario nella trasformazione dei desideri in diritti e nella reificazione dei figli ridotti ad oggetto di gratificazione per gli adulti se desiderati o a cose scartabili se non voluti, non perfetti o inutili.

INTERVENTI

Matrimonio e indissolubilità. Dall'antropologia filosofica al diritto

CLAUDIO SARTEA

“Mañana”. La palabra
Iba suelta, vacante,
ingrúvida, en el aire,
tan sin alma y sin cuerpo,
tan sin color ni beso,
que la dejé pasar
por mi lado, en mi hoy.
Pero de pronto tú
Dijiste: “Yo, mañana...”.
Y todo se poblò
De carne y de banderas.
Se me precipitaban
encima las promesas
de seiscientos colores,
con vestidos de moda,
desnudas, pero todas
cargadas de caricias.
En trenes o gacelas
Que llegaban – agudas,
sones de violines –
esperanzas delgadas
de bocas virginales.
O veloces y grandes
Como buques, de lejos,
como ballenas

desde mares distantes,
inmensas esperanzas
de un amor sin final.
¡Mañana! Qué palabra
Toda vibrante, tensa
De alma y carne rosada,
cuerda del arco donde
tú pusiste, agudísima,
arma de veinte años,
la flecha más segura
cuando dijiste: “Yo...”¹

1. Nel cuore stesso di un'autentica, disinteressata dedizione amorosa c'è la sua definitività: cioè, letteralmente, l'eliminazione della sua fine annunciata sin dall'inizio come una premessa caratterizzante. Ciò la de-finisce: la previa cancellazione di un termine finale. *In my end is my beginning*², certamente: ma proprio nel senso che al suo sorgere la relazione d'amore incluse il “per sempre” e dunque negò la possibilità stessa di una sua conclusione volontaria, almeno “finché morte non ci separi”.

Che questo sia nel cuore della dichiarazione amorosa risolutiva è innegabile, non nel senso che le cose vadano poi sempre così, ma nel senso che per poterle definire tali abbiamo bisogno di questa caratterizzazione. Per altre modalità di relazione, anche erotica, abbiamo da tempo nomi diversi: frequentazione, “stare insieme”, prova, fidanzamento, convivenza, concubinato, contubernio, amore libero, etc.³. Ma quando la relazione è

1 P. Salinas, *Poesías completas*, DeBolsillo, Barcelona, 2007 (la poesia citata è a p. 247, senza titolo come gran parte delle poesie di Salinas, ed appartiene alla raccolta *La voz a ti debida*, del 1933). Una traduzione potrebbe essere la seguente: “Domani. La parola se ne andava in giro, vuota, nell'aria, così priva d'anima e di corpo, di colore e bacio, che la lasciai passare al mio fianco, nel mio oggi. Ma d'improvviso tu dicesti: ‘Io, domani’. E tutto si popolò di carne e di bandiere. Addosso mi precipitavano le promesse di seicento colori, con abiti alla moda, o nude, ma tutte cariche di carezze. Su treni o su gazzelle, che giungevano – aguzze come il suono di violini – delicate speranze di bocche verginali. Oppure grandi e veloci come navi, da lontano, come balene da mari distanti, immense speranze di un amore senza fine. Domani! Che parola tutta vibrante, tesa di anima e carne rosea, corda dell'arco dove tu mettesti, acutissima, arma di vent'anni, la freccia più sicura quando dicesti: ‘Io’”.

2 T. S. Eliot, *Four Quartets*, East Coker, 1943.

3 Si vedano in proposito le considerazioni di F. D'Agostino, *Sessualità. Premesse teoriche di una riflessione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2014, *passim* però soprattutto pp. 35 e ss.

matrimoniale, essa implica il per sempre: è il per sempre, e perciò veicola e promuove l'appartenenza, l'esclusività, i diritti pieni e definitivi sul corpo, le responsabilità permanenti in ordine ai figli, e così via.

Perciò è così bella la poesia di Pedro Salinas: perché nel pronunciare l'avverbio "domani", di per sé anonimo e fino a quel momento indifferente per il poeta, l'amata aggiunge "io...domani", e proietta nel futuro la sua presenza sotto forma di promessa di fedeltà. Da quel momento tutto cambia, esclama grato il poeta: perché da oggi ogni nostro possibile domani sarà appunto *nostro*, lo trascorreremo assieme, non sarà mero fluire del tempo e sequenza anonima ed impersonale di accadimenti, ma amore fedele, vita in comune, compresenza e simbiosi, vittoria definitiva sulla solitudine. "Tutto [d'improvviso, grazie all'avverbio di tempo] si popolò di carne e di bandiere".

2. La "carne" allude chiaramente all'incarnazione dell'amore coniugale, alla sua necessaria integrazione fisica e sessuale, preceduta ed inverata anticipatamente dalla promessa di "esserci come persona domani". Le "bandiere" non sono solo un trionfante simbolo di festa, ma anche di pubblicità, di visibilità, d'impegno davanti al mondo. È così che l'amore tra una donna ed un uomo si fa istituzione giuridica: attraverso l'assunzione libera e reciproca dell'impegno verso il domani.

Può sorprendere che gli esseri umani, così fragili ed incostanti, siano capaci di impegnare il tempo: eppure lo fanno da sempre ed è anzi una loro proprietà specifica, tanto che secondo Hannah Arendt è esattamente la capacità di fare promesse e di perdonare che all'uomo, apparentemente schiavo del tempo, conferisce invece un potere sul tempo sconosciuto nel resto della natura vivente: rispettivamente sul tempo futuro, plasmato dalla promessa, e sul tempo passato, purificato dal perdono. L'irreversibilità delle vicende trascorse viene sconfitta, secondo la pensatrice tedesca, dalla forza del perdono; l'imprevedibilità del futuro viene domata dal potere della promessa⁴. Nulla del genere può avvenire in altri regni naturali a noi noti: proprio perché in ciò che non è umano c'è solo biologia,

4 H. Arendt, *Vita activa. Saggio sulla condizione umana*, (1958), trad. it. S. Finzi, Bompiani, Milano, 2000, p. 175: "Rimedio all'imprevedibilità, alla caotica incertezza del futuro, è la facoltà di fare e mantenere delle promesse [...]. Il vincolarsi con delle promesse serve a gettare nell'oceano dell'incertezza, quale è il futuro per definizione, isole di sicurezza senza le quali nemmeno la continuità, per non parlare di una durata di qualsiasi genere, sarebbe possibile nelle relazioni tra gli uomini".

mentre nell'umano c'è biologia ma c'è anche biografia, libertà appunto, cioè capacità di impegnare il tempo a venire e le azioni future con la promessa, così come di purificare il tempo trascorso e le azioni compiute con il perdono.

Il tema è divenuto un classico della filosofia dell'esistenza e più in generale della riflessione antropologica: perché attraverso promessa e perdono, sfidando il tempo, l'essere umano trascende letteralmente se stesso, prova la sua attitudine metafisica oltre ogni ragionevole dubbio, mostra di non essere completamente schiacciato sul presente (o assorbito dall'essere) e di potersi protendere verso il futuro (sporgendo verso il dover essere). Perciò ci troviamo alla radici della normatività⁵, in dialogo con la libertà umana: una libertà incarnata e quindi storica, tale da condizionare l'avvenire e trovare in questo il suo più profondo ed impegnativo inveramento. Quando promettiamo, lo sappiamo e lo sentiamo bene, liberamente condizioniamo la nostra libertà futura: e ciò testimonia che siamo esseri liberi ed affidabili. Come ha scritto Spaemann, "il fenomeno promessa getta una luce particolarmente penetrante su ciò che noi chiamiamo 'persona'". "La persona è una promessa". "Gli uomini, quando promettono, si elevano al di là del loro naturale assorbimento nella corrente del tempo (...): essi prevengono il tempo decidendo ora ciò che successivamente faranno o non faranno e, certo, in modo che risulti moralmente impossibile una successiva revisione della decisione presa adesso; cioè, rinunciano a tale revisione nel

5 Non mi discosto qui molto da quel che sull'origine della normatività argomenta F. D'Ago-
stino, *Una filosofia della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2000, spec. pp. 19 e ss., allorché propone
il tabù dell'incesto come norma non solo paradigmatica ma soprattutto originaria. La mia
proposta in fondo si collega a questa nel segno della capacità degli esseri umani di stabilire
liberamente dei vincoli permanenti, che incideranno per sempre anche sulle loro condotte più
propriamente naturali: anche se è evidente che il tabù vieta non lo scioglimento del vincolo e
le relazioni sessuali con persone diverse dal coniuge, bensì la relazione sessuale con i generati.
La continuità delle due tesi è data dal fatto che la conformazione dei ruoli familiari da cui
dipende la norma originaria (il tabù dell'incesto, appunto), ha una matrice volontaria nella
decisione di sposarsi, cioè di assumere un legame permanente (in assenza del quale i ruoli
rimarrebbero indefiniti ed indefinibili, e di conseguenza imprecisabili i contenuti del tabù).
Che la regola sul coniugio segua o preceda quella sull'incesto diviene, in questo discorso, un
dilemma di antecedenze non decisivo: e vale per entrambe le prospettive l'affermazione di C.
Lévi-Strauss (*La famiglia*, in Id., *Razza e storia e altri studi di antropologia*, (1956), trad. it., Ei-
naudi, Torino, 1967, p. 147) riportata nel testo citato a p. 26: "Se l'organizzazione sociale ha
un inizio, tale inizio può consistere solo nella proibizione dell'incesto, poiché la proibizione
dell'incesto è, in fondo, una sorta di rimodellamento delle condizioni biologiche di accoppia-
mento e di procreazione (che non conoscono regole, come si può vedere osservando la vita
animale), che costringe a perpetuarsi solo in una intelaiatura artificiale di tabù e di obblighi.
In ciò e solo in ciò troviamo un passaggio dalla natura alla cultura, dalla vita animale alla vita
umana, e la possibilità di capire l'autentica essenza del loro articolarsi".

momento in cui stabiliscono il diritto di un altro all'attuazione di questa decisione"⁶.

Con Hannah Arendt e con questo autore, possiamo dunque profondamente notare che è esattamente nella capacità di impegnare il proprio futuro che abbiamo un'importante manifestazione della capacità della persona umana di "sporgere" sulla propria natura: essa è persona proprio perché "si relaziona con la sua realtà naturale nella forma di un possesso di essa"⁷. Da ciò dipenda la sua consistenza giuridica: perché non ci troviamo ormai più nel mero regno dell'essere, ma in quello del dover essere; liberamente ci sottraiamo al flusso indefinito della contingenza e liberamente compromettiamo la nostra libertà. A spiegare il fenomeno della promessa, ivi inclusa la sua forma più paradigmatica che è la promessa nuziale, non bastano le categorie naturalistiche, nemmeno quelle più raffinate ed evolute (la dimensione psicologica e quella affettiva): qui l'impegno è morale, appunto indipendente dalle circostanze, dai condizionamenti, dallo sviluppo fattuale della relazione.

La promessa di fedeltà viene poi assunta dal diritto – cosa ovviamente non nuova, se riflettiamo sull'antichità del diritto matrimoniale – anche per la sua proiezione sociale e la sua ripercussione nell'autopoiesi della società attraverso la riproduzione: la stessa ragione per cui dai tempi più remoti la relazione matrimoniale è stata presentata come "societas", molto più che come "communitas"⁸. E, tutti lo sanno, "ubi societas, ibi jus".

3. Qualcuno potrebbe anche osservare che tutto quel che abbiamo detto finora non riguarda direttamente l'indissolubilità, di cui dovremmo qui occuparci: ma si sbaglierebbe. È proprio di indissolubilità del legame matrimoniale che stiamo discorrendo, perché la promessa circa il domani o vale per *ogni* domani possibile, o non vale per nulla, cioè letteralmente per nessun domani reale. L'immenso potere della promessa umana sta tutto qui: e siffatta interpretazione dell'impegno di indissolubilità, se si vuole persino inflessibile, è l'unica compatibile con la sua autentica natura di reciproco impegno affidabile.

6 R. Spaemann, *Persone. Sulla differenza tra 'qualcosa' e 'qualcuno'*, (1998), trad. it. di L. Allodi, Laterza, Roma-Bari 2005, p. 217.

7 *Ivi*, p. 218.

8 Puntuali ed approfondite considerazioni su questa alternativa terminologica in J. Hervada, *Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del derecho natural*, en Id., *Escritos de derecho natural*, EUNSA, Pamplona, 1986, pp. 13 e ss.

Se riflettiamo un poco, ogni smussatura, ogni tentativo di incrinare questa lettura radicale della promessa, la falsifica completamente e la rende inseribile sia sul piano giuridico sia, ed è quel che più conta, sul piano psicologico ed esistenziale. Non posso affidarmi coniugalmente ad un altro se non per tutta la vita, convinto che anche il suo affidamento sia per tutta la vita, e non abbia riserve mentali (che proprio per questo possono eventualmente costituire cause di nullità del vincolo), né incertezze: molto prima che una regola giuridica o morale o religiosa, l'indissolubilità è una *pretesa di autenticità*. Tra esseri umani, se accettiamo di considerarci costitutivamente delle "promesse", l'affidabilità è essenziale: ed il mantenimento delle promesse la certifica, ci rende reperibili nel luogo dove abbiamo scelto di stare e di farci trovare dagli altri. Senza promessa e senza affidabilità, siamo nomadi ed esuli, e corriamo l'immenso rischio di non arrivare mai ad "esistere", o di finire per "cessare di esistere", da uno dei punti di vista che più conta, quello relazionale⁹.

Posso intrattenere una gamma molto variegata di relazioni amorose, ma se ad un certo punto scelgo quella nuziale è proprio perché ho maturato assieme al mio partner la persuasione che siamo letteralmente fatti l'uno per l'altro, che la generica complementarità di uomo e donna trova nel nostro rapporto il suo perfezionamento relativo: il che, se prendiamo sul serio fino in fondo la sessualità dell'uomo come condizione non meramente animale, ma come dimensione relazionale personale, equivale a dire che non siamo più separabili, ci siamo finalmente trovati e questo è per sempre, per ogni "domani" che ci resta.

[Non sto dicendo nulla di nuovo o di specificamente cristiano, sia chiaro: quasi senza rendermene conto non ho fatto altro che riferire la teoria sull'amore dell'Aristofane platonico del *Simposio*. "Non si può certo dire che è il puro impulso erotico, l'abbraccio, come fosse lo scopo unico per cui la coppia se ne sta stretta con tanta intensità. No, no: traspare, l'anima, in ciascuno, vuole qualcos'altro, che però non riesce a definire, ne parla ambigualmente, oracoli, quasi, indovinelli. Supponiamo che Efesto, con tutti i macchinari, arrivi lì da loro, avvinti da sembrare uno, e poi domandi: 'Ehi, voi due, cos'è che vorreste avere in regalo l'uno dall'altro?'; loro sono imbarazzati e lui insiste a domandare: 'Non è per caso che vi bruci, dentro, di riunirvi, di star attaccati all'impossibile, l'un l'altro, senza ab-

9 Colloca "carattere" e "mantenimento" delle promesse al crocevia tra la dimensione dell'*idem* e la dimensione dell'*ipse* su cui si costruisce la persona come identità narrativa, P. Ricoeur, *Se come un altro*, (1990), trad. it. a cura di D. Iannotta, Milano, 1993, p. 207.

bandonarvi un solo istante, giorno e notte? Se è per questo che vi scaldate tanto, sono disposto a fare una colata di voi due, a scodellarvi l'uno nell'altro, così da due siete bell'e diventati uno e finché vita dura, vivrete come coppia unificata, al singolare, ed anche dopo morte, pure nell'aldilà non sarete due distinti, ma una morta coppia sola. State attenti se questo è il vostro eros, e se vi sazierà questa fortuna"¹⁰.]

Una promessa che impegna ogni possibile domani in questo modo così radicale, addirittura oltre la morte (almeno nelle intenzioni degli amanti), non può essere formulata senza consapevolezza o convinzione, sia perché ci sono a disposizione altri modelli di relazione erotica, sia perché la sua falsificazione è causa di nullità anche giuridica del legame, nel senso che lo rende inesistente sin dall'inizio. Se non era per qualunque domani, la promessa di esserti a fianco come marito o come moglie non vale nemmeno per domani: è dunque una menzogna strutturalmente incompatibile con la possibilità di stringere questo legame, già sul piano psicologico ed affettivo.

4. Sto sostenendo, spero sia evidente, che l'indissolubilità è intrinseca alla relazione matrimoniale, e non per una decisione normativa storica (civile o religiosa, poco importa qui), bensì per come stanno le cose tra persone umane¹¹. La nostra volontà può solamente aderire a questo programma o attendere, rinviare o rifiutarlo: non ha la possibilità (psicologica ed esistenziale, ripeto, molto prima che giuridica e legale) di modificarne questo

10 Platone, *Simposio*, 192c4 (cito dalla traduzione di E. Savino, Mondadori, Milano, 2008, p. 73). Per Aristofane, per quanto raramente si dia, "questa è la perfezione". "Vogliamo santificare un dio, causa di questo? Santifichiamo Eros. È lui che oggi può favorirci più di tutti, riconducendoci al nostro io autentico; poi, ci dà speranze fantastiche per il domani (col nostro contributo di rispetto per gli dèi), di farci beati, benedetti dal cielo col riportarci all'impasto originario. È la sua cura". Anche alleggerendo dall'atmosfera mitologica ed a tratti persino giocosa il discorso aristofaneo, è difficile liberarsi dall'impressione che contenga molta verità sul ruolo dell'eros nell'amore e nella felicità: e che la nostalgia che pervade il suo mito stia al fondo di tanta nostalgia postmoderna nei riguardi dell'eros autentico perduto (in argomento si veda anche l'analisi di J. Pieper, *Sull'amore*, (1972), trad. it. di G. Poletti, Morcelliana, Brescia, 2012, il quale proprio in ordine al complesso ma cruciale rapporto tra eros e amore cita con favore a p. 38 R. May, *Love and Will*, New York, 1969, il quale sostenne che "noi ci troviamo in fuga rispetto all'eros e usiamo il sesso come veicolo di fuga").

11 Come afferma un canonista contemporaneo, "negare l'indissolubilità è negare il matrimonio stesso come realtà oggettiva e permanente, diventando in questo modo semplice fatto, esistenza, divenire, caso o, nella migliore delle ipotesi, struttura culturale o determinazione ideologica o di fede" (H. Franceschi, *Valori fondamentali del matrimonio nella società di oggi: indissolubilità*, in AA.VV., *Matrimonio canonico e realtà contemporanea*, LEV, Città del Vaticano, 2005, p. 214).

aspetto, a pena di cambiare il senso stesso della relazione. È esattamente ciò che si fa quando si coltiva una relazione amorosa escludendone ogni esito matrimoniale, per piacere, per compagnia, per accordo: ma si esclude il matrimonio perché si esclude l'indissolubilità del legame, e non al rovescio. Questo rende così contraddittorie le richieste di legalizzare i rapporti a termine o le coppie di fatto, situazioni strutturalmente refrattarie alla regola proprio perché hanno escluso serenamente fin dall'inizio questo possibile esito¹². E vanno come tali rispettate proprio evitandone la disciplina paramatrimoniale, giacché se hanno un senso le richieste di riconoscimento legale di questi rapporti, è proprio il senso di mantenerli distinti dal rapporto coniugale, cercando di mutuarne tutti e solo i vantaggi non direttamente discendenti dalle sue caratteristiche qualificanti, tra cui spicca proprio l'indissolubilità.

5. Se l'indissolubilità è tutto questo, la decisione nuziale potrebbe anche essere vista come molto pericolosa e quindi sospetta, temibile, da una cultura asserragliata attorno al fortino della libertà individuale intesa come un bene in sé, da preservare a tutti i costi. Qualcuno potrebbe persino ritenere che simili promesse (per non dire ogni promessa esistenzialmente importante, in realtà) non solo non siano umane e vadano considerate sovrumane, ma potrebbero addirittura, ove vissute come costrizione, diventare disumane. Se la vita è questione di scelte e l'uomo è la sua libertà, si osserva, se la libertà è il fine della nostra esistenza, come ammettere che qualcosa o qualcuno la limiti in base a leggi? Ed in forma così penetrante? È probabilmente su questa linea che si sono fatte strada le campagne di legalizzazione del divorzio, e che in pochissimi decenni tutto il mondo occidentale – fino a quel momento segnato da un'idea forte del matrimonio come legame più o meno elettivo ma, una volta assunto, indissolubile – si sono imposti quadri normativi divorzisti, che hanno rapidamente stravolto il senso stesso dell'istituzione matrimoniale. Sui nuovi assetti sociali pare davvero che nessuno (né tra i giuristi, i canonisti, i cosiddetti esperti, né tra la gente comune) riesca più a raccapezzarsi, conservandosi degli antichi fulgori solamente una struggente nostalgia, spesso emergente dalla letteratura e dal cinema contemporanei.

12 Si veda sul punto F. D'Agostino, *Un "diritto dei conviventi"?*, in Id., *Una filosofia della famiglia*, cit. pp. 133 e ss., nonché F. Macioce, *PACS. Perché il diritto deve dire di no*, San Paolo, Milano, 2006.

6. Ebbene, è proprio vero che l'assunzione di un vincolo sottrae libertà? Se guardiamo alla libertà in modo totemico, idolatrandola e fossilizzandola in una statua di vitello, per quanto fusa in oro, è molto probabile che la risposta non possa che risultare affermativa. Il punto però sta nell'equivoco da cui nasce simile visione: la libertà non è un fine, non può esserlo, giacché svolge una funzione di strumento in ordine ai fini che scegliamo. Non posso scegliere – questo lo aveva capito già Aristotele – di stare in buona salute, o di essere felice: fa parte della mia ontologia, i rari casi in cui apparentemente degli esseri umani prescindono da ciò (i suicidi, i casi normalmente considerati ascetici o patologici di coloro che si infliggono sofferenze fisiche o psichiche volontariamente), confermano indirettamente la cosa giacché sembra chiaro che fanno queste cose intravedendovi un bene maggiore, o la fuga da un male.

Non posso scegliere di voler essere felice o sano, però scelgo di fatto *come* esserlo, conservarmi in questo stato o entrarvi¹³. Allo stesso modo, si può dire che, in virtù della sua caratterizzazione sessuale in cui si orienta all'unione e si apre alla generazione di nuovi esseri umani, la condizione matrimoniale è solo oggetto di scelta o rifiuto, non ammette possibili rielaborazioni: detto in altri termini, può essere assunta o evitata in pieno, ma mai parzialmente; ed è proprio perché non è modificabile che è una scelta piena, vera, impegnativa, e questa sua irreformabilità consiste precisamente nel carattere indissolubile del legame assunto¹⁴.

Come osserva Spaemann, non c'è dubbio che la promessa matrimoniale implica "una limitazione assai grande dello spazio di azione, ma non è una 'limitazione della libertà', in quanto non potremmo comunque esaurire tutte le possibilità del nostro campo di azione. Con ogni possibilità che scegliamo, annulliamo definitivamente le altre. Chi non vuole pagare que-

13 Utilizzo qui, come accennato, un argomento aristotelico: *Etica Nicomachea*, I, 1111 b 25.

14 "Il matrimonio, tanto nel suo momento fondazionale quanto come realtà già fondata, è uno degli ambiti in cui si scorge con più forza l'armonia che esiste tra natura — *inclinatio naturae* — e libertà della persona umana — fondazione del matrimonio mediante una decisione libera e personale, insostituibile": così ancora H. Franceschi, *op. cit.*, p. 222. E poco oltre, traendo le conseguenze normative: "È per questo che la volontà, che ha il potere di unire, non ha il potere di separare: ogni strumento serve per il proprio scopo, e nella natura della donazione coniugale vera non esiste la possibilità di sciogliere quel vincolo che unisce due persone come marito e moglie quando questo vincolo è stato perfezionato. Pertanto, il matrimonio indissolubile non è una rinuncia alla propria libertà, ma è proprio il risultato del retto esercizio della libertà umana, che ha una propria struttura morale, mediante il quale due persone si donano e si accettano reciprocamente secondo la propria verità personale per costituire quella unione che chiamiamo matrimonio, e che è per la sua stessa natura, in quanto donazione della persona stessa, indissolubile".

sto prezzo, non può realizzare realmente nessuna delle possibilità, dunque non può mai realizzare realmente la sua libertà. La promessa di matrimonio annulla un gran numero di possibilità: tuttavia, quella che essa realizza può essere realizzata solo in questo modo¹⁵.

Ripetiamo che esistono (sono sempre esistite e sempre esisteranno) modalità molto differenziate di legame amoroso: scegliere il matrimonio è appunto scegliere l'indissolubilità, altrimenti francamente non si capirebbe di che cosa stiamo parlando, che cosa stiamo scegliendo. Lo ribadisco, anche se l'abbiamo già detto molte volte: togliete l'indissolubilità al matrimonio, ed avrete sottratto alla promessa nuziale non solo tutto il suo fascino e la sua rilevanza affettiva e psicologica, ma anche la sua sostanza obiettiva, la sua caratterizzazione essenziale.

In tale prospettiva, occorre riconoscerlo senza infingimenti, la libertà mostra la sua natura di via verso il fine: mezzo, e non fine in sé stessa, anche se mezzo indispensabile per perseguire il nostro fine in modo umano, e dunque goderne come persone. Assolutizzare ciò che è relativo e funzionale è inevitabilmente fuorviante: così come, d'altra parte, qualunque uso di uno strumento lo logora, lo consuma, proprio nel momento stesso in cui lo valorizza, lo impiega per il suo scopo. Nel caso della libertà, come strumento spirituale e non materiale, tale consumazione è al tempo stesso la sua vita ed il suo senso: perciò si è detto che "la fedeltà è il nome dell'amore nel tempo"¹⁶, e non certo una condanna detentiva o il masochistico imprigionamento delle mie potenzialità affettive¹⁷.

15 R. Spaemann, *op. cit.*, p. 221.

16 "La fedeltà nel tempo è il nome dell'amore; di un amore coerente, vero e profondo": così si esprime Benedetto XVI il 12 maggio del 2010 nel corso di un incontro con sacerdoti, religiosi, seminaristi e diaconi a Fatima, Portogallo. Anche il suo predecessore, Giovanni Paolo II, in un memorabile discorso a Città del Messico il 26 gennaio 1979, ebbe a dire qualcosa di molto simile: "Ogni fedeltà deve passare per la prova più esigente: quella della perseveranza. Perciò la quarta dimensione della fedeltà è la costanza. È facile esser coerente per un giorno o per alcuni giorni. È difficile e importante esser coerente per tutta la vita. È facile esser coerente nell'ora dell'entusiasmo, è difficile esserlo nell'ora della tribolazione. Perciò può chiamarsi fedeltà solo una coerenza che dura per tutta la lunghezza della vita. Il 'fiat' di Maria nell'Annunciazione ritrova la sua pienezza nel 'fiat' silenzioso ch'essa ripete ai piedi della Croce. Esser fedele significa non tradire nelle tenebre ciò che si è accettato in pubblico".

17 Molto belle in tal senso le parole di Giovanni Paolo II nel *Discorso alla Rota Romana* (28 gennaio 2002), n. 4: "Il matrimonio 'è' indissolubile: questa proprietà esprime una dimensione del suo stesso essere oggettivo, non è un mero fatto soggettivo. Di conseguenza, il bene dell'indissolubilità è il bene dello stesso matrimonio; e l'incomprensione dell'indole indissolubile costituisce l'incomprensione del matrimonio nella sua essenza. Ne consegue che il 'peso' dell'indissolubilità ed i limiti che essa comporta per la libertà umana non sono altro che il rovescio, per così dire, della medaglia nei confronti del bene e delle potenzialità insite nell'istituto matrimoniale come tale".

7. Che cosa resta del sentimento amoroso? Su questo punto occorre almeno accennare ad un chiarimento importante. Siamo tutti romantici, indubbiamente: chi più chi meno, siamo un po' tutti figli di un'evoluzione dell'amore che ha compiuto negli ultimi due secoli un lungo esodo dal territorio del *volere* alla terra promessa del *sentire*¹⁸. Non sono convinto che si tratti di una vera e propria terra promessa, però così ci viene imposto di credere, e comunque del latte e miele che vi scorre si nutre ogni amore autentico, almeno in alcune fasi della sua storia e certamente di solito al suo sorgere. Il problema è stabilire se è sul sentimento che va costruita la relazione d'amore e la sua disciplina giuridica, oppure no: la risposta negativa è perdurata per secoli, ma ciononostante oggi la pressione per rovesciarla è fortissima, forse più forte che mai¹⁹.

Per inciso, possiamo anche notare che la stessa proposta di denominare le relazioni omosessuali, proprio ai fini di un loro riconoscimento legale, come "relazioni omoaffettive", allude in fondo a questo, allo slittamento dalla semantica del sesso (che implica complementarità, ovviamente, ma anche la radicale e feconda incarnazione della decisione e della promessa nuziale) alla semantica degli affetti, del cuore. La metamorfosi linguistica è abbastanza chiara, nel senso che ottiene di assimilare semanticamente e quindi parificare socialmente le due tipologie di relazioni mettendo al centro la comune dimensione affettiva (giacché in ordine a quella corporea e sessuale non ci sarebbe per definizione analogia possibile). Questo abbandono della semantica consueta del matrimonio è una delle conseguenze più vistose della centralizzazione dei sentimenti rispetto alle intenzioni ed alle decisioni: in altri termini, della prevalenza della sfera emozionale rispetto a quella volontaria. Siamo convinti che si tratti di un progresso? Occorre riflettere sul tipo di legame che la decisione nuziale attiva: un legame che si incarna e che va ben al di là della mera sfera affettiva e di tutto

18 Si occupa di raccontare questo esodo attraverso la sociologia della cultura (con fonti prevalentemente letterarie) N. Luhmann, *Amore come passione*, (1982), trad. it. di M. Sinatra, Bruno Mondadori, Milano, 2006.

19 Già Gustav Radbruch (*Filosofia del diritto*, cit. da J. Hervada, *op. cit.*, p. 67, da cui traggio e traduco) notava, anche in riferimento agli scritti sul tema di Engels, che "con l'ascesa del liberalismo si è introdotto l'ideale del matrimonio d'amore, che cerca nel contratto, secondo gli schemi consueti del diritto naturale, la propria forma giuridica. Matrimonio d'amore e forma giuridica si trovano, però, in una contraddizione difficile a superarsi. La dimensione erotica, il fenomeno più dipendente dall'arbitrio e capriccioso, e il diritto, l'ordinamento più razionale e coerente della vita umana in comune, difficilmente possono coabitare come materia e forma. [...] Perciò [il matrimonio d'amore] sembra inserirsi in quella serie di fenomeni da cui il diritto si è sempre tenuto distante, perché la loro essenza appartiene all'intimità umana, intimità che gli è inaccessibile: amicizia e socievolezza, arte e scienza, morale e religione".

quell'orizzonte dell'interiorità che normalmente al diritto non interessa. Prototipici in tal senso sono i legami generativi: non è certo l'affetto il fondamento giuridico delle responsabilità genitoriali, ma il fatto carnale del legame biologico e genetico; cosicché, anche quando l'affetto non c'è, scompare o viene persino tradito (si pensi alla dichiarazione d'indegnità), persistono il legame giuridico e una parte significativa delle sue conseguenze. Anche da questo punto di vista la decisione della Corte Costituzionale circa l'eliminazione del divieto di fecondazione artificiale eterologa è molto problematica, giacché apre alla legittimazione ordinamentale di genitorialità fittizie (ben diverse, con buona pace della sentenza 162/2014, da quelle adottive tradizionali).

Detto con parole semplici, e apparentemente dure, mia sposa non è la donna che amo, ma la donna che ho voluto sposare, e viceversa ovviamente, in reciproca corrispondenza: di solito, ed in virtù di un'esperienza o conoscenza anche solo sommarie della nozione di matrimonio, decido di sposare la donna che amo, anzi l'ho sposata proprio perché l'amo o almeno l'amavo, e per questo stesso motivo lei ha scelto me²⁰. Ma – e ciò è decisivo per capire il matrimonio, che altrimenti diventa indistinguibile dalle altre forme sessuate di relazione amorosa – tale decisione è più forte del sentimento amoroso stesso, gli sopravvive dal lato di entrambi gli sposi: ed è proprio questo a caratterizzarla con forza autonoma rispetto ad ogni altro possibile legame, che pure i due avevano la possibilità fattuale di adottare. Hanno scelto quello matrimoniale, perché (probabilmente) si amavano: e che continuino ad amarsi è certamente auspicabile, ma non è necessario, né adesso né allora né in futuro, a far vivere o sopravvivere il legame²¹.

20 È piuttosto nota in proposito l'espressione di Joseph Höffner (*Matrimonio y familia*, ed. cast. Madrid 1962, cit. da J. Hervada, *op. cit.*, p. 67): "Un tempo si diceva: 'Siccome sei la mia sposa, io ti amo'; oggi invece si dice: 'Siccome ti amo, sarai la mia sposa'". E, commenta Hervada, "questo processo evolutivo non è esente da rischi e deviazioni. Una visione semplicistica tende a ridurre il cambiamento in termini che potrebbero così esprimersi: il matrimonio prima era inteso come un dovere – cioè come una cosa di ragione, di testa –, adesso bisogna intenderlo come cosa d'amore, cioè di cuore, di sentimento. Da qui a presupporre una dialettica o un'opposizione tra legge naturale e amore, tra amore ed esigenze di giustizia, tra amore ed istituzione, non c'è che un passo" (*op. cit.*, p. 67). Profondamente, questo autore distingue poi tra "amore passivo" (amore passione, appunto), ed amore elettivo, *dilectio*: poiché questa seconda, più radicale forma di amore è quella veramente attiva, volontaria ed intenzionale, dunque libera e responsabile, è a partire da essa e da essa soltanto che diviene possibile dare una forma razionale e dunque giuridica al matrimonio. È ovvio altresì che, come aggiunge questo autore, "amore spontaneo e amore di dilezione non vanno intesi come categorie totalmente separate" (p. 81).

21 Lo spiega bene H. Franceschi, *op. cit.*, p. 220: "L'indissolubilità del matrimonio non può poggiare sul 'fatto' della *unanimitas* tra i coniugi, e tanto meno sulla reale comunione tra di essi,

Solo a questa condizione, invero, l'affidabilità della persona come promessa è garantita, si assicura la continuità dei rapporti e la società può contare su di essa per la propria autopoiesi.

Lo ripeto ancora una volta: non si tratta dell'imposizione estrinseca di un legislatore umano o divino, o di una qualunque altra ragione esterna: è il nucleo motivazionale della decisione di sposarsi, è il suo senso e, oltre che la sua forza vincolante, anche la sua folgorante bellezza, di cui tanta arte si è occupata lungo i millenni della storia degli uomini. Qui si misura il valore grande e l'immane peso²² della libertà umana: nel fatto che ci rende capaci di decisioni del genere, di scelte che vincolano un'esistenza intera. Per questa precisa ragione la libertà è un dono così grande e sorprendente (a rigore, ogni possibile sorpresa deriva da essa: *ut initium esset, creatus est homo*²³), o, se si preferisce, ci dà un potere in senso stretto "soprannaturale", ci rende cioè tali da trascendere la condizione naturale degli istinti per umanizzare fino in fondo anche la sfera sessuale e quella affettiva. Anche quest'ordine di considerazioni ci conferma la profondissima intuizione di Pascal: "L'homme dépasse infiniment l'homme"²⁴, la natura umana è perenne eccedenza.

8. Più che scoraggiare dalle decisioni nuziali, quest'ordine di considerazioni vorrebbe avere lo scopo di avviarle su sentieri di riflessività, di matura

ma sull'evento giuridico della reale donazione di se stessi nella propria condizione maschile e femminile, realizzata mediante il loro consenso matrimoniale. La complementarietà riguarda pertanto la persona nella sua natura, non nelle sue virtù morali, sebbene conviene precisare che alcune virtù morali — la giustizia e la castità —, nella misura in cui appartengono alla stessa struttura del consenso e del vincolo, sono di grande importanza nel matrimonio. L'indissolubilità del matrimonio non si può fondare sulla permanenza dell'unione affettiva tra i coniugi, come se il matrimonio non fosse altro che la vita matrimoniale vissuta con successo".

22 Sant'Agostino collega intimamente *pondus e amor* nell'abissale passo delle *Confessioni*, XIII, 9.10: "Corpus pondere suo nititur ad locum suum. Ponderis non ad ima tantum est, sed ad locum suum. Ignis sursum tendit, deorsum lapis. Ponderibus suis aguntur, loca sua petunt. Oleum infra aquam fustum super aquam attollitur, aqua supra oleum fusa, infra oleum demergitur; ponderibus suis aguntur, loca sua petunt. Minus ordinata inquieta sunt: ordinantur et quiescunt. Ponderis meum amor meus; eo feror, quocumque feror. Dono tuo accendimur et sursum ferimur; inardescimus et imus".

23 L'espressione agostiniana (*De Civitate Dei*, XII, 20) era molto cara, e *pour cause*, ad Hannah Arendt (*op. cit.*, p. 129).

24 Pascal, *Pensées*, Edition Brunschicg, 434: "Umiliati, ragione impotente; taci, natura inferma: sappi che l'uomo sorpassa infinitamente l'uomo, e apprendi dal tuo signore la tua vera condizione, che tu ignori. Ascolta Dio" (trad. it. di V.E. Alfieri, Rizzoli, Milano, 1952, p. 162). Per un denso commento che connette questo autosorpassamento alla trascendenza, cfr. R. Spaemann, *Natura e ragione. Saggi di antropologia*, EDUSC, Roma, 2004, p. 32.

consapevolezza, di libertà profonda. L'abbaglio di quello che Luhmann ha chiamato "amore come passione"²⁵, così tipico dell'epoca romantica in cui continuiamo a vivere, nonostante il nichilismo imperante (ed è per questo che tutto sommato anche il romanticismo può sembrare, ed in certa misura è davvero, qualcosa che dovremmo tenerci ben stretto), l'abbaglio di una sostituzione della volontà nuziale con l'antica *affectio maritalis* ha in definitiva questa rilevante controindicazione: a reggere internamente la struttura psicologica della decisione matrimoniale non è l'amore, ma la volontà di essere per sempre l'uno per l'altra, come le formule sacramentali così bene, così schiettamente e gioiosamente manifestano. Abbiamo a lungo preparato il giorno delle nostre nozze perché in esso ci siamo consegnati *ogni domani* della nostra vita, né più né meno che tutto il nostro tempo: ciò rende questo giorno sensato e lo differenzia da ogni altro giorno, ciò rende la nostra scelta sensata e la rende diversa da tutte le altre, cioè unica²⁶. Appunto: indissolubile.

9. Di veramente nuovo, nella nostra epoca, c'è l'esaltazione (invero, spesso piuttosto rassegnata) dell'istantaneità della vita: che nasce proprio dalla constatazione della precarietà della medesima, dei legami che in essa intratteniamo, e quindi della nostra capacità di onorare gli impegni e le promesse. È proprio per questo motivo che ho voluto cominciare con una poesia d'amore che parla del futuro: che incarna l'amore non nella ben nota ebbrezza del presente, nell'attimo del reciproco possesso e della compresenza garantita, per così dire "tattilmente", bensì nella proiezione intenzionale verso il tempo a venire, che rende lo slancio dell'amore molto più corposo e significativo e quindi normativamente rilevante.

In tal senso, appaiono decisamente fuori bersaglio le riflessioni proposte nel recente "Rapport" presentato da una commissione di sociologi, filosofi e giuristi al governo francese circa l'evoluzione della famiglia²⁷: vi si legge

25 N. Luhmann, *Amore come passione*, cit.

26 Almeno sul piano psicologico, ogni visione alternativa (matrimonio a tempo, previsione di una cronologia dell'impegno o assoggettamento dello stesso a condizioni, *performances*, risultati, etc.), è quantomeno risibile.

27 "Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle": rapporto che il governo francese ha commissionato ad un gruppo di studiosi presieduto dalla sociologa Irène Théry e che da tempo è stato pubblicato e poi diffuso sia a mezzo stampa e documentazione ufficiale che attraverso internet (http://www.justice.gouv.fr/inclure_htm/etat_des_savoirs/eds_thery-rapport-filiation-origines-parentalite-2014.pdf). Si tratta di un documento molto ricco di spunti in relazione alla asserita metamorfosi della famiglia e costruito a partire dalla premessa riportata nel corpo del testo, data per scontata e comunque

che in futuro “l’asse del diritto comune della famiglia non sarà più il matrimonio ma la filiazione”, con la conseguenza che si renderà “necessaria una riforma: completare per la filiazione l’equivalente della metamorfosi che si è già realizzata per la coniugalità. Questo passa principalmente attraverso l’adozione e la generazione attraverso donatori terzi, con l’obiettivo di istituire per tutti un diritto della filiazione ‘comune e pluralista’, capace di incarnare in modo leggibile e coerente i valori essenziali su cui oggi si fondano questi legami”.

In base ad una simile interpretazione, sarebbe già definitivamente consumata la prima fase, quella che avrebbe corroso la coniugalità tradizionale, e dovremmo adattare all’uopo la seconda fase, quella che investe, dopo le relazioni orizzontali, anche le relazioni familiari verticali. Il punto peraltro è tutto da provare: ancora nessuno ha dimostrato – anche perché manca una significativa base empirica – che a fornire un fondamento sociale credibile alla stabilità dei nuovi esseri umani venuti al mondo e di conseguenza dei gruppi sia davvero sufficiente il surrogato funzionale fornito dalle nuove forme di relazione orizzontale (unioni di fatto, sia di persone di sesso diverso che di persone dello stesso sesso; unioni a termine, anche solo per l’introduzione del divorzio breve o l’eliminazione della separazione come freno alla spinta disgregatrice; unioni multiple di “poliamore”, sostanzialmente poligamiche ma con la variante borghese della reciprocità e persino della stessa attitudine polimorfa degli orientamenti e delle opzioni sessuali). La fuga in avanti verso il riconoscimento legale delle nuove forme di filiazione è dunque per lo meno sospetta, e più scopertamente ancora se si riflette sul fatto che viene proposta come strumentale al completamento organico della prima metamorfosi, riassunta dalla mesta formula del *dé-mariage*.

Per di più, entrambe le trasformazioni insistono proprio sul carattere precario, provvisorio e non incarnato (nel sesso, nel legame biologico e genetico) delle nuove forme: di unione coniugale, e di filiazione²⁸. Al contrario,

acriticamente accettata dall’evoluzione sociale (mi avvalgo per la traduzione dal francese degli stralci della presentazione del Rapporto pubblicati su “Il Foglio”, 16 aprile 2014).

28 Anche se a carattere chiaramente distopico, e con tutte le licenze che vanno concesse alla fantasia letteraria, dovrebbe però ancora darci da riflettere in ordine alle conseguenze profonde di queste “trasformazioni” la futurologia prospettata da Aldous Huxley nel suo celebre romanzo *Brave new World*, del 1932: l’indottrinamento dei cittadini del “nuovo mondo”, completamente de-erotizzato grazie alla riproduzione artificiale riservata allo Stato pianificatore, ed alla liberalizzazione assoluta delle relazioni sessuali senza vincoli e, per via della sterilizzazione generalizzata, impedita ad ogni conseguenza riproduttiva e trasformate in un irresponsabile e compulsivo gioco edonistico, prevede anche la necessaria censura della famiglia e della casa.

è stato sostenuto che la relazione nuziale è essenzialmente sessuata, ed è questo che la rende indissolubile per tutta la durata della vita nel corpo: la sua incarnazione²⁹. Come scrive Spaemann, “la promessa di fedeltà matrimoniale è essenzialmente una promessa di esclusività sessuale, questa promessa ha il senso di assicurare ai figli lo spazio sicuro di una famiglia e l’unicità della relazione padre-madre di ciascuno dei loro genitori, su cui si fonda di nuovo l’unicità della relazione tra fratelli. Inoltre essa ha il senso di escludere una determinata minaccia per il matrimonio. Una relazione d’amore degna della persona, una relazione che porta all’unione sessuale, contiene infatti in sé una tendenza all’esclusività, alla continuità e all’unione dei destini. I giuramenti degli amanti vanno del tutto spontaneamente in questa direzione. Così viene vissuta di regola la relazione dal partner, e per questo la relazione extraconiugale viene di regola nascosta dal partner matrimoniale (...). Per questo la promessa dell’esclusività sessuale, per quanto sia spesso così difficile da mantenere e spesso venga infranta, è un elemento costitutivo della promessa matrimoniale, di una promessa che, come nessun’altra cosa, esprime l’essenza delle ‘persone naturali’”³⁰.

La polverizzazione dei vincoli corporei rende più che mai aerei i legami stessi, e li fa dipendere esclusivamente da dinamiche di tipo affettivo che forzano la norma giuridica in una direzione inedita ed incerta. Ma il diritto non sa né può né vuole occuparsi del trasporto erotico di un momento di passione, e per questo lo schema dell’amore come passione sta mandando in rovina l’istituzione matrimoniale come rapporto giuridico oltre

Questi i contenuti tipici delle lezioni d’indottrinamento di cui si riferisce con ironia all’inizio del romanzo: “Casa, casa, poche stanze, troppo abitate, soffocanti, da un uomo, da una donna periodicamente incinta, da un’orda di ragazzi e ragazze di tutte le età. Niente aria, niente spazio; una prigione insufficientemente sterilizzata; oscurità malattie e cattivi odori. [...] E la casa, oltre che squallida psichicamente, lo era anche fisicamente, psichicamente, era una tana di conigli selvatici, un letamaio riscaldato per gli attriti della vita che vi si ammucchiava, esalante di emozioni. Quali soffocanti intimità, quali pericolose, insane, oscene relazioni tra i membri del gruppo familiare! Come una pazza la madre allevava i suoi bambini (i *suoi* bambini)... li allevava come una gatta i gattini; ma una gatta che parlava, una gatta che sa dire e ridire: ‘Bambino mio, bambino mio!’” (A. Huxley, *Il nuovo mondo*, trad. it. a cura di L. Gigli e L. Bianciardi, Mondadori, Milano, 2009, p. 37).

29 È un altro dei fattori su cui anche Javier Hervada costruisce la sua visione della giuridicità del matrimonio: “La struttura giuridica è essenziale al matrimonio, perché è ciò che gli conferisce la sua *forma*. Il matrimonio non è soltanto una intercomunicazione personale che comporta un *dialogo amoroso* – fatto di parole, gesti amorevoli ed opere di servizio – bensì una partecipazione e una comunità nelle nature, in virtù della quale gli sposi sono due in *una caro*, che è una unità *stabilita*. A questo fa riferimento la diffusa idea secondo cui il matrimonio è una unione stabile o permanente” (*op. cit.*, p. 97).

30 R. Spaemann, *op. cit.*, p. 223.

che come rapporto etico (si pensi al gran parlare che anche in Italia si fa del divorzio breve, uno dei tanti sintomi dell'agonia del matrimonio civile): perché non sembra più riguardare la volontà, ma al massimo l'amore come passione, cioè la sfera emotiva, sfuggente per natura propria a regole e vincoli, refrattaria a previsioni e progetti. Il problema, naturalmente, è che in questo modo la "liquidità"³¹ dell'amore si riflette in pieno sulla liquefazione della relazione matrimoniale, con il violento impatto di questa inondazione non solo sul livello orizzontale del rapporto nuziale, ma anche su quello verticale, generativo: si rinuncia ai figli, o li si posticipa, o li si pianifica, o li si genera ma poi li si abbandona. Ed entrambi gli impatti hanno enormi conseguenze sociali, come ben sappiamo ed ancor meglio constateremo nei prossimi anni.

10. È giunto il momento di concludere. Abbiamo rapidamente passato in rassegna le profonde ragioni antropologiche dell'indissolubilità, mostrando come essa non consista in un estrinseco vincolo normativo dettato da esigenze di organizzazione sociale, e meno ancora da dogmi religiosi fondati essenzialmente su indicazioni trascendenti o rivelate. L'indissolubilità, tutt'al contrario, si colloca nell'intima natura propria della relazione coniugale: la intesse da cima a fondo e la rende quello che è, distinguendola da tutte le altre relazioni amorose. Al tempo stesso, lungi dal produrre un incatenamento della libertà umana, ne è una manifestazione, forse tra le più radicali e potenti, perché la decisione nuziale è paradigma di ogni promessa: e la capacità di promettere, lo abbiamo riscoperto con l'aiuto di Hannah Arendt e Robert Spaemann, è parte importante di ciò che ci fa esseri umani. Promettendo, cioè impegnando il proprio tempo futuro senza riserve (in modo quindi davvero affidabile: ogni eccezione in questo campo implica inaffidabilità e destruttura i legami intersoggettivi e la società stessa), l'essere umano fattualmente esercita un suo potere di principio, potere che lo fa sporgere vistosamente dal resto del regno animale e che quindi manifesta, non sopprime affatto, la sua libertà di persona. Anche nel contesto culturale postmoderno, così incline al sentimentalismo forse pure a causa della crescente sfiducia verso la ragione, il romanticismo della promessa di un amore per sempre sopravvive come traccia illustre di una gloria che non passa.

31 Celebri le riflessioni sociologiche che al tema ha dedicato Z. Bauman, *Amore liquido. Sulla fragilità dei legami affettivi*, (2003), trad. it. di S. Minucci, Laterza, Roma-Bari, 2006.

Come si spreca la letteratura che racconta i tradimenti (il venir meno, cioè, di questo impegno pur liberamente e coscientemente assunto), così è abbondante quella che esalta l'aspirazione alla definitività del legame: e né l'una né l'altra sembrano destinate a scomparire nel prossimo futuro, lasciando prevedere che non scompariranno mai³². Non vale riferirsi alla prima, alla letteratura (ed all'esperienza) dei tradimenti e dei fallimenti matrimoniali, cospicua e magari anche crescente, per negare forza e credibilità alla seconda, la narrazione e la testimonianza dell'indissolubilità, come aspirazione e come realizzazione per molti: esattamente come non vale insistere sulla perdurante malvagità umana per negare un ruolo ed una funzione al diritto che da millenni la perseguita e la punisce per sanzionarla o prevenirla – rinunciando così all'esistenza ed alla lotta per una civiltà giuridica, cioè alla possibilità di convivere pacificamente tra esseri umani. Da questo punto di vista, la "lotta per l'indissolubilità" è dunque analoga alla stessa "lotta per il diritto": solo guadagnando e riguadagnando ogni volta, ad ogni generazione e ad ogni impegno, l'essenza delle relazioni umane tipiche, è possibile assegnare un senso all'espressione linguistica che le definisce ed al diritto che le regola. Rassegnarsi alla mera esistenza è sempre adagiarsi nel mero *essere* rifiutando la dimensione del *dover essere*, schiacciarsi sul reale rinunciando all'ideale: il che, anche prima di detronizzare ogni istanza etica e giuridica, civile o religiosa che sia, significa sempre e radicalmente negare l'umanità dell'uomo.

32 Con le sue espressioni tipicamente complesse, lo esprime al termine del suo impegnativo percorso sociologico anche lo studio di Niklas Luhmann (*op. cit.*, p. 225): "Non si deduce però da questo [dall'impossibilità strutturale dell'*amour passion* a cui approda il postromanticismo contemporaneo] una prossima fine per una società che cerca di mettere insieme amore e matrimonio, bensì una *necessità di apprendimento*. In considerazione della dinamica risolutiva posta in ogni legame, l'amare diventa consapevole come problema della *conservazione* dell'improbabile – e reso idoneo al matrimonio".

Matrimonio e fattualità: all'origine giuridica del vincolo relazionale

FRANCESCO ZINI

1. Introduzione

Il fenomeno della c.d. de-matrimonializzazione è ormai in atto in Italia da diversi anni. Secondo il recente studio dell'Istat i matrimoni sono scesi del 30% dal 2008, quando la tendenza alla diminuzione ha iniziato ad accentuarsi.¹

Riflettere su alcuni dati statistici permette di fotografare una realtà complessa e mutevole, ma che appare ormai definita nelle sue linee essenziali. I dati del 15° Censimento Istat della popolazione e delle abitazioni confronta i dati del 2011 con il 2001 e ci dicono che in particolare sono aumentati i nuclei con una sola persona (le c.d. famiglie monoparentali), del 41,3%. Si tratta di persone che non hanno nessuna relazione di coppia, ma convivono come nel caso genitore-figlio.

L'altro dato statistico rilevante è rappresentato dalle coppie conviventi che decidono liberamente di non sposarsi e di non avere figli, che rappresentano l'8,9% contro il 3,6% di dieci anni prima. Da questo dato deriva la "crescita delle famiglie" intese come *tutti i tipi di famiglia* (e in questo scorgiamo già un'indicazione della relativizzazione del concetto stesso di famiglia) che sale dell'8%. In questo caso "le" famiglie sono cresciute proprio in virtù della crescita e dell'aumento della c.d. *polverizzazione* della famiglia, con un'accentuazione nel campo femminile dove le donne sono maggiormente rimaste sole, perché vedove oppure separate dal marito, mentre in altri casi accudiscono i figli da *single*. Più in generale altro dato fondamentale risiede

1 Il 15° Censimento Istat della popolazione e delle abitazioni e il Report ISTAT sul matrimonio in Italia del 2014: 13.000 matrimoni in meno raggiungendo la quota in termini assoluti di c.a. 200.000. Le famiglie monoparentali quelle formate da un solo genitore con i figli sono l'11,3% delle coppie. Secondo fonte Istat 207.138 I matrimoni in Italia nel 2012 di cui il 41% civili. Nel 1999 furono celebrati 275.250, di cui il 23% civili. 34 anni è l'età media degli uomini che hanno scelto il matrimonio in Italia e 31 quella delle donne. Il dato rilevante è costituito dallo scegliere di procrastinare la scelta matrimoniale. 88797 le separazioni in Italia nel 2011 contro le 64.915 del 1999. 53.806 i divorzi in Italia, nel 2011 mentre nel 1999 erano stati 53.806.

nel calo drastico delle seconde nozze passate da 34.137 del 2008 a 30.691 del 2013.

Insomma da questi dati statistici si può trarre una seria e decisa disaffezione per la scelta matrimoniale e per l'istituto matrimoniale, come segno e "cifra" dei nostri tempi. Da questi dati, certamente interpretabili e discutibili, appare chiaro che le domande sul "perché" del matrimonio, o meglio sul senso della scelta matrimoniale, appaiono ineludibili: ha ancora senso sposarsi? Perché scegliere il matrimonio? Perché sposarsi?²

2. Il fondamento ontofenomenologico del diritto di libertà matrimoniale

Il matrimonio stabilisce un vincolo ed un legame tra due persone in cui i due soggetti assumono, attraverso un rapporto giuridico formalizzato, diritti e doveri tra di loro. Senza entrare sulla disamina privatistica del fondamento civilistico del matrimonio come contratto, vediamo come alcune caratteristiche giuridiche del matrimonio come istituto di diritto pubblico rimandano ad un comune denominatore nell'impegno reciproco dei due coniugi a condividere stabilmente un percorso formativo della famiglia: *il matrimonio è per la famiglia*.

La costituzione del matrimonio non è solo un atto di autonomia privata, di convivenza, ma implica una "qualità superiore", perché tale istituto matrimoniale prevede non solo la partecipazione alla materialità dell'esistenza, tramite il soddisfacimento dei bisogni e l'aiuto reciproco dei coniugi, ma è sempre "aperto alla generazione di un terzo", alla procreazione di un'altra persona oltre i due coniugi. Questa *procreatività intrinseca* del matrimonio costituisce il "segno matrimoniale", il significato profondo del matrimonio che è sempre "per il terzo". Da ciò derivano come vedremo la netta distinzione dai patti di convivenza.³

Inoltre questo punto qualifica il carattere pubblico del matrimonio civile "privato". La rilevanza pubblica del matrimonio risiede anche nel nostro

2 Per approfondire la filosofia della famiglia si rimanda a F. D'Agostino, *Famiglia, diritto e diritto di famiglia*, Studi raccolti da Francesco d'Agostino, Jaca book, Milano, 1985 oltre che F. D'Agostino, *Una filosofia della famiglia*, Giuffrè, Milano 1999 e F. D'Agostino, *Credere nella famiglia*, San Paolo, Cinisello Balsamo 2010.

3 Sul concetto di autonomia privata della scelta matrimoniale si veda Ceccherini G., Gremigni Francini L., *Famiglie in crisi e autonomia privata : i contratti dei coniugi e dei conviventi tra principi normativi e regole della giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 2013.

caso nel dettato costituzionale *ex art. 29 Costituzione*: “La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull’uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell’unità familiare.” Il dato costituzionale apre e non chiude le questioni giustificative del matrimonio civile sul piano filosofico e giuridico: per quale motivo il matrimonio ha una rilevanza pubblica, distinta dalla mera convivenza? Perché lo Stato riconosce il valore di quell’impegno, garantendo e tutelando maggiormente coloro che scelgono questo istituto per regolare il loro rapporto?

E’ presente nel nostro ordinamento un chiaro caso di *favore familiariae* fondato sul riconoscimento del matrimonio come espressione della personalità individuale. Il *favor* pubblico del matrimonio attribuisce una “premiabilità giuridica” a chi si sceglie di sposarsi. E il premio è dato dai diritti qualificati e garantiti, attribuiti a chi sceglie liberamente di sposarsi. Il primo presupposto soggettivo sul piano giuridico risiede proprio nella libertà di scegliere se sposarsi o meno. La libertà matrimoniale garantita dall’assoluta preminenza della volontà soggettiva costituisce quindi il dato giuridico su cui in seguito esercitare il diritto di scelta, che verrà poi “premiata” pubblicamente attraverso la qualificazione giuridica come istituto di diritto pubblico.⁴

Il presupposto rimane quindi inequivocabile: nessuno può essere costretto a sposarsi, perché nessuno può essere costretto ad esercitare un diritto di libertà matrimoniale. Qualora venga scelto ed esercitato, “scatta” il riconoscimento pubblico dell’autonomia privata. Ma qual è il fondamento di tale *favor* e di tale riconoscimento pubblico? Da qui dobbiamo ripartire per risemantizzare la scelta matrimoniale sul piano ontofenomenologico, perché il matrimonio è una sfida “faticosa”. Faticare deriva dal latino *fatigare*, “stancarsi, venir meno, dissolversi, mancare”. La fatica del matrimonio è data dalla relazione tra due persone che accettano la sfida di *costruire una relazione*: non solo di farsi compagnia o dividere le spese o condividere dei viaggi.⁵

In questo senso due coniugi non sono solo due compagni, (nel senso che non si accompagnano solamente), ma sono uniti dal *coniugio*, dalla comune idea di essere uniti in un comune destino, nella convinzione di “farsi uno”, da due individui *diventare una famiglia*, aperta alla pro-creazione di

4 Cfr. Tarantino G., *Specie umana, procreazione e famiglia*, Giuffrè, Milano, 2012.

5 Per un approfondimento della sfera relazionale si veda Rolando C., *Famiglia di fatto: problema giuridico e di bioetica relazionale*, pres. di A. Serra, Cantagalli, Siena, 2008.

un'altra persona. E' in questo *tentativo di unità* che si configura il matrimonio, anche quello civile: *uscire da se stessi ed entrare nell'altro, per migliorarsi a vicenda in un'unità pro-creatrice*. Qui sta la sfida faticosa ed "eroica" del matrimonio.⁶

Il significato assoluto e pro-creativo del matrimonio rimanda anche alla dualità del matrimonio, intesa come monogamia tra due persone di sesso diverso. Il fondamento della monogamia è sempre riferito all'elemento ri-procreativo: sono due le persone sufficienti per generare un'altra persona (figlio). Ma l'idea della monogamia ha un significato più profondo, perché rimanda alla significato della dualità come alterità della relazione coniugale: trovare tutto nell'altro, in uno solo, solo lui o lei, perché l'altro è l'alterità ed è sufficiente uno, per trovare tutto ciò di cui si ha bisogno per vivere pienamente l'esperienza della relazionalità. Non è che aggiungendo altre mogli e altri mariti in un numero indefinito si abbia maggiori *chance* di scoprire se stessi nella relazionalità. L'esperienza dell'alterità non è quantitativa, ma qualitativa, verticale. La poligamia al contrario nasce in una dimensione orizzontale e materiale della relazione: dal non essere soddisfatto da uno solo, ritenendo che si possa trovare qualcosa in ognuno dei molteplici coniugi. Per questo il carattere della monogamia è la verticalità, mentre la poligamia si muove in "via orizzontale" ed ogni tentativo di stabilire un limite diviene solo contingente.⁷

6 Per una dimensione religiosa attraverso un'indicazione di santificazione reciproca del matrimonio religioso si veda Minelli Zagra C., *Matrimonio e cultura giuridica. Il giudice dello Stato di fronte all'ordinamento canonico*, Giuffrè Editore, 2006. Inoltre si veda L. Scavo Lombardo, *L'essenza giuridica del matrimonio. Studi in onore di A. C. Jemolo*, Giuffrè Milano, 1963, pp 1369 in cui Arturo Carlo Jemolo definiva la santità laica del matrimonio che oggi si potrebbe meglio come una santità ontologica del matrimonio. In senso sostanzialmente contrario vedi anche E. Severino *Sull'ontologia del matrimonio cattolico*, Bioetica 3-1995, FrancoAngeli, Milano.

7 Per approfondire il punto critico della monogamia cfr. Phillips A., *Monogamia*, Adelphi, Milano, 1997. Sul piano del matrimonio come mera espressione del possesso si veda la ricostruzione della destrutturazione del matrimonio civile che ci viene dall'antropologia giuridica citato in riferimento al c.d. mimetismo da Corrado Roversi *Costituire. Uno studio di ontologia giuridica*, Giappichelli Torino, 2012, p 192: «Accanto ad un mimetismo normativo di tipo deontico, dunque, sembra potersi dare un mimetismo normativo di tipo atletico, per il quale le conseguenze normative attribuite da regole costitutive ad un concetto istituzionale non fanno altro che imitare stati di cose pre-istituzionale di natura modale. Un esempio è raccontato dal frate francescano Guglielmo di Rubruk che descrive nel 1255 la modalità con la quale veniva contratto il matrimonio nei popoli mongoli: «Quando si è raggiunto un accordo matrimoniale, il padre della ragazza organizza un banchetto, e lei fugge a nascondersi dai parenti. Allora il padre dice: "Ecco mia figlia è tua; trovala e prendila". Allora lo sposo la cerca con gli amici finché non riesce a trovarla; poi deve prenderla con la forza e portarla a casa fingendo di costringerla». In questo caso Roversi ipotizza un caso mimetismo genetico in cui la condizione di attuazione del matrimonio mongolo sembrano mimare un atto di rapina: il marito cerca la

E da qui deriva la stessa *fragilità* del matrimonio, dove il termine fragile deriva dal latino *fragilem* “facile a rompersi”: l’ascolto della fragilità come fondamento della relazione matrimoniale, significa vedere nell’altro “un altro” da accogliere non in termini a-critici, come compiacimento, come possesso o imponendosi di assecondare la sua debolezza per l’incapacità di far fronte alla propria.

La relazione è “crescita insieme” e l’accoglienza e l’ascolto non implicano l’accettazione *tout court* delle diverse situazioni di fatto che caratterizzano la personalità del *partner*. La relazione coniugale significa essenzialmente com-prendere l’altro; ma non significa giustificare tutto ciò che appartiene alla storia o alla *narrazione* dell’altro, anzi è proprio della relazione il mettersi ingioco, donando tutto se stesso all’altro, mettendosi “a nudo di fronte all’altro”, senza nascondimenti, falsità o “zono grigie”. Per questo la relazione di interesse non è una vera relazione, poiché l’unico interesse della relazione coniugale è rafforzare l’unità del senso del vivere insieme. Questa caratteristica costituisce la vera essenza del matrimonio come relazione triadica “forte”. La relazionalità coniugale non è mai chiusa in se stessa, ma sempre aperta ad un altro (figlio e Altro), da cui attinge la forza per alimentarsi.

Anche la recente riforma sulla separazione consensuale sembra non cogliere questo aspetto profondo, che ha un immediato risvolto giuridico: impedire la preferenza verso la salvezza del matrimonio (attraverso un percorso riconciliativo e di mediazione familiare) piuttosto che inseguire il desiderio di separarsi, sembra proprio assecondare la facilità della rottura contingente, più che la ricerca faticosa della relazione unitiva.⁸ Cade ogni sorta di resistenza verso le cedevolezza dei rapporti, dei litigi spesso momentanei e quelli sì transitori. Non si scommette sulla fatica, sulla sopportazione

moglie e la prende con la forza mimando un atto di potere coercitivo giuridicamente vincolante. Per cui nel primo caso ci sarebbe secondo Roversi un mimetismo attuativo riguardante la modalità della rapina a cui riconnettere la validità del matrimonio. Nel secondo caso si tratterebbe di un mimetismo normativo in cui il marito vanta il diritto di riconoscere quella certa modalità fattuale un diritto matrimoniale che considera quel gesto come il presupposto del matrimonio. Tale mimetismo normativo non avrebbe la qualifica di deontico ma il mimetismo aletico ipotizzato perché in questo caso non connetterebbe una impossibilità con un divieto, come nel caso del muro e del confine, né una possibilità in un diritto, come nel caso del matrimonio mongolo, bensì una capacità in un potere. Lo stesso avviene con la legge dell’esogamia che in antropologia sociale si distingue dalla poliandria come relazione matrimoniale tra una donna e più di un uomo, sia illegittima che legittima.

8 Il riferimento è alla Legge del 10 Novembre 162/2014. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile.

dell'altro, sulla pazienza e si asseconda l'idea individualistica dello scatto, della reazione, della ribellione al sopruso, facendo emergere nell'essere-contro la forza del potere contrattuale di turno: si cessa di lottare per il matrimonio, non se ne vede il fine, né il valore, per cui finisce per prevalere la lotta tra interessi contrapposti.

Ma siamo sempre all'interno di un paradigma analogico-materialista. Ci si sposa per interessi materiali o per non rimanere soli e ci si lascia quando quell'interesse viene meno: si sta insieme per un interesse fin quanto dura l'interesse. Questa logica individualistica e narcisistica finisce per implementare l'egolatria, perdendo il significato universale del matrimonio. Perché l'altra fondamentale caratteristica che permette di parlare di matrimonio non solo a chi è sposato o chi è stato sposato, è costituita dal matrimonio come una categoria ontologica universale.⁹ In questo senso certamente la decadenza e la crisi del matrimonio derivano dalla cultura dell'implementazione della debolezza e della sconfitta, più che del coraggio e dell'impegno a superare un problema relazionale.

3. La proposta “civile” dei patti di convivenza

Dopo aver esaminato sul piano filosofico giuridico le origini ontofenomenologiche del matrimonio civile e della sua crisi, vediamo *per contra* di analizzare la proposta del diritto positivo per la regolamentazione dei diritti delle coppie di fatto o conviventi *more uxorio*. In particolare vedremo come la convivenza si configuri come un paradigma privatistico della relazione tra i conviventi, (che permangono persone conviventi e non coniugi).¹⁰

Per quanto concerne gli accordi di convivenza o patti di convivenza o contratti di convivenza, manca, allo stato, una disciplina giuridico legislativa del rapporto di convivenza al di fuori del matrimonio, mentre appare attuale, anche se poco conosciuta e utilizzata, la possibilità, per le coppie di fatto, di disciplinare in maniera autonoma la convivenza attraverso l'ammissibilità di una disciplina contrattuale (cioè di un accordo tra di essi).¹¹

9 Sulla questione ontologica si veda il recente Mazzei A., Opocher T., (a cura di), *Fondamento ontologico del diritto e «natura della cosa»*, Cedam, Padova, 2012.

10 Per una ricostruzione storica del concubinato e dei c.d. rapporti adulterini si veda Gazzoni F., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano 1983. Inoltre si veda Palazzani L., *Diritto naturale ed etica matrimoniale in Christian Thomasius : la questione del concubinato*, G. Giappichelli, Torino, 1998.

11 Sul piano giuridico positivo cfr. De Filippis B., *Convenzioni matrimoniali e contratti di convivenza*, Wolters Kluwer Italia, CEDAM, Padova, 2014. Inoltre v. Spadafora A., *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, A. Giuffrè, Milano, 2001.

Soprattutto va rilevato che, nell'ambito della libertà contrattuale e nei limiti posti dalla legge, che le coppie di fatto possono regolare gli apporti dei singoli conviventi alle esigenze della vita comune ed eventualmente quelli successivi alla cessazione della convivenza tramite appositi accordi, detti appunto comunemente patti o contratti di convivenza, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata.

Per fare alcuni esempi, i conviventi possono stabilire le regole che riguardano l'abitazione comune, le spese (tra l'altro, nulla vieta ad una coppia di fatto di aprire un conto corrente cointestato), la disciplina dei beni acquistati durante la convivenza.

I conviventi possono anche regolare la cessazione della convivenza e prevedere che uno di essi debba versare all'altro una certa somma, o prevedere a favore di un solo convivente il diritto di abitazione sull'immobile precedentemente utilizzato dalla coppia (la coppia di fatto può anche acquistare un immobile in comproprietà, ricorrendo anche ad un mutuo cointestato).

Inoltre che è possibile nominare il convivente come amministratore di sostegno, mediante un atto pubblico o scrittura privata autenticata, in previsione di una propria eventuale futura incapacità di intendere e di volere come nel caso dell'amministrazione di sostegno.¹²

In questo senso va letta l'iniziativa del Consiglio Nazionale del Notariato che ha predisposto appositi contratti di convivenza (che possono essere sottoscritti a partire dal 2 dicembre 2013 presso tutti gli studi notarili) con i quali sono regolati gli aspetti patrimoniali relativi alla convivenza nelle famiglie di fatto anche in caso di cessazione del rapporto (ad es. l'abitazione, il mantenimento in caso di bisogno, la proprietà dei beni, il testamento con clausole a favore del convivente ecc.).

Se i conviventi non hanno stipulato accordi di questo tipo, essi non saranno tutelati salvo i casi in cui la legge prende in considerazione la convivenza.¹³

L'efficacia di simili accordi è, in ogni caso, limitata ai soli aspetti economico-patrimoniali, essendo quelli relativi alla posizione personale dei con-

12 Più in generale sul piano del diritto civile si veda Furgiuele G., *Libertà e famiglia*, A. Giuffrè, Milano, 1979 oltre a Pezzini B., *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto: un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli, 2008

13 Per la ricostruzione di tutta la giurisprudenza sulla convivenza si veda Merz Sandro, *Manuale pratico dei rapporti patrimoniali nella separazione e nel divorzio: regime patrimoniale, addebito, assegno, casa coniugale, mantenimento dei figli, convivenza, patti tra coniugi, pensione, cautele e revisione, diritto internazionale: profili civili, assicurativi, penali, fiscali e procedurali: oltre 500 sentenze di merito inedite*, CEDAM, Padova, 2004.

viventi, ed eventualmente dei loro figli, indisponibili (nel senso che non possono essere oggetto di accordi privati).

Da qui la differenza tra la coppia di fatto convivente e le unioni civili risiede proprio nel riconoscimento pubblico statale e non solo amministrativo o civile. Le unioni civili sono in generale (o dovrebbero essere a seconda della definizione di “unione”), forme di convivenza tra due soggetti (etero o omosessuali), non legati dal vincolo del matrimonio e a cui l’ordinamento riconosce diritti e doveri reciproci.¹⁴

Nel nostro ordinamento italiano non vi è una specifica legge che regola le c.d. unioni civili, ma è prevista la possibilità per le coppie di fatto di stipulare contratti di convivenza, volti a regolare i rapporti economici. Mentre l’unione civile sarebbe un atto che comporta il riconoscimento da parte dell’ordinamento giuridico (diritto pubblico) delle coppie di fatto e ha il fine di stabilirne i diritti e i doveri e riconoscere una sempre maggiore parità di diritti e doveri delle coppie di fatto rispetto alle coppie coniugate. I patti di convivenza si configurano come un *corpus* unitario di diritti privati tesi a regolare i diritti individuali dei conviventi.¹⁵

Da qui deriva la confusione semantica circa il termine *famiglia di fatto*, che a differenza di quella legittima, è costituita da persone che, pur non essendo legate tra loro da alcun vincolo matrimoniale, convivono insieme agli eventuali figli nati dalla loro unione. I patti di convivenza non costituiscono una famiglia di fatto, ma *regolano i diritti individuali dei conviventi di fatto*. Nella c.d. famiglia di fatto manca un atto formale (il matrimonio) a cui ricollegare il rapporto per qualificarlo giuridicamente e viene, pertanto, ricompresa in quelle “formazioni sociali” tutelate dall’art. 2 della Costituzione.

L’instabilità giuridica intrinseca del rapporto tra i conviventi *more uxorio* rileva ad esempio dalla cessazione della convivenza che può essere causata dalla fine della convivenza per disaccordo o dalla morte di uno dei conviventi. In questo caso, mancando nella convivenza degli accordi patrimoniali, quando il rapporto si interrompe non vi è nessun obbligo né diritto reciproco tra i membri della ex coppia. Non esistendo comunione legale, i beni acquistati dai singoli conviventi durante la re-

¹⁴ Cfr. Asprea S., *La famiglia di fatto* Giuffrè Milano, 2009.

¹⁵ Per approfondire sul piano sociologico v. Belletti F., *Convivenze all’italiana : motivazioni, caratteristiche e vita quotidiana delle coppie di fatto*; ricerca a cura del CISF Centro internazionale studi famiglia Milano Paoline, Milano, 2007. Oltrea Tonolo S., *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2007.

lazione continuano ad essere di proprietà esclusiva di chi li ha comprati singolarmente.¹⁶

Lo stesso principio vale per la casa di abitazione: quello tra i conviventi che non sia proprietario e nemmeno titolare di un diritto di godimento (locazione) sull'abitazione non può vantare nessun diritto su di essa, dovendo essere considerato come un ospite o un amico. Cos' senza accordi previ o patti di convivenza o disposizioni testamentarie o intestazione del contratto anche all'altro convivente, se il convivente muore per cause naturali, il convivente superstite non può vantare alcun diritto successorio. Con l'eccezione del seguente caso: se il convivente muore per fatto illecito di un terzo, il convivente superstite, ha diritto al risarcimento del danno da parte de terzo.

Anche in questo caso vediamo che i due o più conviventi non hanno autonomamente e liberamente stipulato un contratto che regoli i loro rapporti, alla cessazione della convivenza vengono meno tutti quei diritti di fatto che si erano instaurati durante lo stesso rapporto di convivenza. La fattualità e l'amicizia che non trovino una regolamentazione dell'autonomia privata, non hanno rilevanza pubblica ed effetti sui diritti privati dei conviventi. Appare la convivenza come un'esperienza pre-pubblica, di cui il diritto pubblico non si vuole occupare, per lasciare all'esercizio della libertà individuale in senso privatistico.

Per quel che concerne le caratteristiche della famiglia di fatto il nostro ordinamento giuridico attribuisce una formale "superiorità" (*favor familiae*) ed una "maggiore dignità" alla famiglia fondata sul matrimonio civile o religioso. Abbiamo già osservato le ragioni di questo *privilegio* che risiedono essenzialmente nell'assunzione pubblica di responsabilità a cui l'ordinamento riconosce una particolare qualifica in quanto tale scelta di *stabilità*, intrinseca alla libertà matrimoniale realizza uno dei fini dell'ordinamento: garantire la procreatività generazionale, secondo il principio che il matrimonio realizza meglio di ogni altra forma o istituto o relazione, il fine di promuovere l'ordine delle generazioni tra i cittadini.¹⁷

Ma anche la stabile convivenza delle coppie non coniugate, pur non avendo una disciplina autonoma, negli ultimi anni ed a seguito del mutamento

16 Cfr. Oberto G., *I diritti dei conviventi: realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, CEDAM, 2012; E. Moscati, A. Zoppini, (a cura di), *I contratti di convivenza* G. Giappichelli, Torino, 2002.

17 Per una definizione di famiglia si veda Donati P. (a cura di), *Famiglia risorsa della società*, Il mulino, Bologna, 2012. Oltre a Donati P., *Manuale di sociologia della famiglia*, Laterza, Roma – Bari, 2012. In senso contrario si veda Saraceno C., *Coppie e famiglie: non è questione di natura*, Feltrinelli, Milano, 2012.

dei costumi sociali, ha acquistato una maggiore rilevanza giuridica cui è conseguita una maggiore tutela.¹⁸

Gli elementi problematici della convivenza sono certamente la diversità di sesso dei membri della coppia: nel nostro ordinamento non si fa riferimento alla sessualità o all'esercizio della sessualità come determinante per la definizione di coppia (che potrebbe configurarsi anche nell'amicizia). Proprio per la *fattualità della convivenza* questo limite è stato superato proprio dai provvedimenti amministrativi regionali e comunali che hanno riconosciuto l'indifferenza del genere coppia.

Mentre requisito essenziale è la coabitazione qualificata con la residenza comune: la coppia, pur non essendo sposata e non avendo doveri reciproci, coabita sotto uno stesso tetto, individuato come "casa familiare" e la coabitazione deve essere "qualificata" vale a dire diretta a realizzare una comunanza di vita materiale e spirituale, simile a quella matrimoniale.

Permangono aperti i problemi del riconoscimento sociale della stabilità o provvisorietà della convivenza: questa caratteristica esclude le convivenze segrete o quelle di breve durata tali da non poter essere conosciute nell'ambiente sociale in cui vive la coppia. Per quanto concerne la stabilità della relazione la convivenza dovrebbe mirare alla realizzazione di una comunione di vita materiale e spirituale. Ma come abbiamo visto tale comunione scaturisce dalla relazione coniugale e almeno sul piano giuridico nella convivenza non rileva come presupposto oggettivo. Gli unici riferimenti sono alla durata per il registro civile delle coppie di fatto, (ma anche in questo caso risultano indicativi), data la fattualità del rapporto provvisorio, tipico della convivenza.

Infatti nell'ambito dei rapporti tra conviventi di fatto, tra i conviventi di fatto non esistono, come esistono fra coniugi, diritti e doveri reciproci, poiché il carattere di "unione libera" fa sì che, in ogni momento e secondo la libera volontà, la coppia possa interrompere il rapporto. In altre parole, ha assoluta prevalenza l'autonomia delle parti dal momento che la scelta per l'unione paraconiugale esprime la volontà della coppia di non legarsi in matrimonio.

D'altro canto come si è già detto sopra, non è previsto un regime giuridico unitario ma una serie di interventi, alcuni dei quali passano attraverso gli

18 Permane meno problematica la disciplina degli impedimenti matrimoniali perché nella convivenza c'è l'assoluta mancanza dell'atto di matrimonio: i conviventi non vogliono o non possono (per esempio se uno dei due o entrambi sono separati) vincolarsi giuridicamente. Cfr Barbiera L., *Le convivenze: tipi e statuti*, Giuffrè, Milano, 2011.

strumenti di regolamentazione dei rapporti tra privati (negozi giuridici). Le disposizioni speciali disciplinano, di volta in volta, alcuni aspetti della convivenza dandole rilevanza giuridica. Si possono citare alcuni esempi: l'accesso alla procreazione medicalmente assistita è consentito anche alle coppie conviventi; in un processo penale il convivente ha diritto di astenersi dal testimoniare contro il compagno; la persona convivente può proporre istanza per la nomina dell'amministratore di sostegno del partner; i genitori conviventi esercitano la responsabilità genitoriale nei confronti dei figli riconosciuti da entrambi; il convivente può subentrare nel contratto di locazione intestato all'altro, in caso di morte di quest'ultimo; la famiglia di fatto gode della tutela possessoria (possono esercitare le azioni volte a accertare il loro diritto di possedere la casa) della casa dove si svolge la convivenza; in caso di uccisione del convivente, l'altro ha diritto al risarcimento del danno; si applica, anche per le famiglie di fatto, la tutela contro la violenza nelle relazioni familiari; la famiglia di fatto usufruisce delle prestazioni dello "stato sociale" (assegnazione di case popolari ecc.); in materia di adozione, il minore che sia temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo può essere affidato anche ad una famiglia di fatto.

Per questo motivo l'iniziativa del Consiglio Nazionale del Notariato che ha predisposto appositi contratti di convivenza (che possono essere sottoscritti a partire dal 2 dicembre 2013 presso tutti gli studi notarili) con i quali sono regolati gli aspetti patrimoniali relativi alla convivenza nelle famiglie di fatto anche in caso di cessazione del rapporto (ad es. l'abitazione, il mantenimento in caso di bisogno, la proprietà dei beni, il testamento con clausole a favore del convivente ecc.), acquista una speciale rilevanza giuridica.¹⁹

Attraverso i contratti di convivenza predisposti dal Notaio secondo le norme di legge previste dall'ordinamento vigente, si possono, infatti, disciplinare contrattualmente diversi aspetti patrimoniali relativi alla convivenza nelle famiglie di fatto.

In particolare: l'abitazione, la contribuzione alla vita domestica, il mantenimento in caso di bisogno del convivente, il contratto d'affitto, la proprietà dei beni, perfino organizzando un regime di comunione o separazione dei beni. Si possono prevedere con testamento anche eventuali clausole a

¹⁹ A partire dal 2 dicembre 2013 questi contratti potranno essere stipulati presso tutti gli studi notarili in Italia. Il Consiglio Nazionale del Notariato ha messo a disposizione un sito internet www.contrattidiconvivenza.it dove si possono trovare indirizzi e informazioni necessarie sul punto.

favore del convivente o l'assistenza in caso di malattia attraverso la designazione dell'amministratore di sostegno. E' inoltre possibile tutelare a livello contrattuale la parte debole all'interno della famiglia di fatto.

Altro aspetto specifico riguarda i rapporti tra genitori e figli di conviventi. Con il d.lgs. 154/2013 è portata a compimento la completa equiparazione tra figli legittima (nati in costanza di matrimonio) e figli naturali (nati fuori del matrimonio). La nuova legge cancella dal linguaggio giuridico parole ritenute non in armonia con i nuovi tempi, allo scopo di rendere più «moderno» il vocabolario, eliminando, i termini «legittimo» e «naturale» riferiti ai figli (e al rapporto di filiazione). Per quanto riguarda poi i rapporti tra la coppia di fatto e i figli, essi seguono la disciplina relativa ai rapporti genitori-figli, i genitori esercitano su di essi non più la potestà genitoriale ma la responsabilità genitoriale (altra novità del d. lgs. 154/2013).

I conviventi hanno, infatti, l'obbligo di mantenere, istruire ed educare i figli nati dal loro rapporto e, dal canto suo, il figlio è tenuto all'adempimento dei propri doveri nei confronti dei genitori e cioè a rispettarli e contribuire, in base al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa.²⁰

Per esempio, nel caso di rottura del rapporto di convivenza, se non si riesce a raggiungere un accordo sulle questioni relative ai figli minori, ciascuno dei genitori naturali può ricorrere al Tribunale dei minorenni che può disporre l'affidamento del minore, il diritto di visita, l'assegno di mantenimento e l'assegnazione della casa familiare. Infine come già affermato in precedenza per quanto concerne i rapporti patrimoniali il nostro ordinamento, riconoscendo il valore sociale della famiglia di fatto, ha previsto che le erogazioni di mezzi economici compiute da uno dei conviventi a beneficio dell'altro devono essere intese come adempimento di obbligazioni naturali (si ha quando una prestazione è – o si ritiene essere – dovuta in esecuzione di un dovere morale o sociale).

L'effetto dell'obbligazione naturale è l'esclusione della ripetizione (il convivente che ha dato non può più chieder indietro) di quanto è stato dato per doveri morali o sociali salvo che la prestazione non sia proporzionale rispetto all'esigenza da soddisfare, non sia stata eseguita spontaneamente o sia stata effettuata da un incapace. La conseguenza di questo è che, in caso

20 Da qui la differenza con altre proposte come i Dico o i Pacs, si veda F. Macioce, *PACS: perché il diritto deve dire no*, San Paolo, Cinisello Balsamo 2006.

di cessazione della famiglia di fatto, né l'uno né l'altro convivente possono chiedere la restituzione di quanto dato. Nell'ipotesi in cui, all'interno della famiglia di fatto, un convivente presti attività lavorativa nei confronti dell'altro secondo lo schema dell'impresa familiare non si applica la disciplina prevista per la famiglia legittima che prevede, per i familiari che prestano lavoro all'interno dell'impresa familiare, diritti proporzionali alla qualità e quantità del lavoro prestato. Si ritiene, infatti, che le prestazioni lavorative del convivente siano effettuate a titolo gratuito per "sentimento quasi coniugale" che caratterizza o dovrebbe caratterizzare la famiglia di fatto. Per quanto riguarda il diritto all'assistenza materiale, se il coniuge divorziato convive con una persona che gli garantisce assistenza materiale perde il diritto al mantenimento o agli alimenti.

Riassumendo possono essere inseriti nel contratto di convivenza: il diritto di abitazione, il diritto a versare mensilmente una somma al convivente, una comunione dei beni tra conviventi, ma al contrario non possono essere inserite le clausole di fedeltà, anche se ci sono strumenti per tutelare il convivente tradito. Inoltre può essere sempre stipulato un nuovo contratto di convivenza e si può stabilire un limite alla validità del contratto.

4. Conclusioni

Abbiamo osservato analizzando la disciplina giuridica dei c.d. patti di convivenza come la logica o meglio la *ratio* della coppia di fatto risieda nell'esigenza di definirsi *coppia libera* in cui "fattualmente" si condividono esigenze, bisogni e affetti, finché dura la comunanza di interessi, senza alcun legame costrittivo che responsabilizzi la coppia. Da un certo punto di vista possiamo avvertire come nella logica della fattualità si avvicina molto a quella del "consumo critico", dove l'utilità marginale è data dalla soddisfazione del bisogno che emerge con l'interesse a massimizzare o implementare quell'utilità.²¹

Il *consortium vitae* proprio di ogni convivenza si configura nei meri rapporti consumati per soddisfare un bisogno: il consumo dei reciproci rapporti di interesse (lavoro, viaggi, società, compagnia, solitudine, patrimonio). Non più relazioni di *crescita personale* in cui la dinamica relazionale si svolge secondo lo schema: tu mi aiuti a valorizzare i pregi e minimizzare i difetti con un progetto che guarda oltre noi stessi, al futuro.

21 Sulla concezione utilitarista del diritto e per una ricostruzione storica della sua origine si veda la voce scritta da F. Zanuso, *Utilitarismo*, per *Enciclopedia del diritto*, Vol.45 Giuffrè, Milano, pp.1167-1185.

Per questi motivi nei problemi filosofico-giuridici del fondamento dei patti di convivenza possiamo individuare alcune questioni aperte e dei temi controversi inerenti al fondamento dei patti di convivenza; perchè la questione dei patti di convivenza concerne il valore da attribuire alla fattualità della convivenza. La relazione tra fatto e diritto è innestata dal procedimento di sussunzione attraverso cui l'interprete o il giudice inquadrano quel fatto nella norma giuridica. Da qui la difficoltà di considerare i fatti ai quali non siano ricollegate norme giuridiche (leggi o regolamenti); con la conseguenza di lasciare alla giurisprudenza dei tribunali la decisione "caso per caso" della rilevanza del fatto. Nel caso delle convivenze abbiamo una giurisprudenza consolidata sui singoli riconoscimenti giuridici di alcuni diritti.

D'altronde le coppie di fatto fondano il legame affettivo proprio su quell'*amore libero*, che potrebbe finire in ogni momento: l'amore finisce, i fatti cambiano, le persone cambiano. Quello che si credeva o si sognava cade nell'illusione, nella noia della quotidianità, nella *routine* del *menage* familiare, svanendo.

Prevale l'instabilità: il giorno per giorno contra (vs) il per sempre; prevale la fragilità dei rapporti e delle storie che finiscono per debolezza, stanchezza, monotonia. Soprattutto sembra prevalere la precarietà dei rapporti: prevale la contingenza, l'incapacità di sopportare l'altro, di sostenere con fatica un progetto di vita per sempre; prevale l'incontro occasionale, il *dating*, la logica del "giorno per giorno".²²

Da qui anche il sostanziale fallimento dell'esperienza dei registri delle coppie di fatto, poiché è la stabilità la condizione strutturale matrimonio. Nella convivenza non c'è più un progetto duraturo, di fedeltà, di stabilità, di idea di futuro (eterno) insieme. C'è solo il presente, qui ed ora, subito. A questo modo di rapportarsi contingente si chiede di dare una forma giuridica, di fissare delle regole, di dare una *regolamentazione* che fissi alcuni limiti inserendo presupposti e condizioni soggettivi e oggettivi. La certezza dei diritti senza doveri appare ambigua: da un lato si vogliono per una minoranza attiva nuovi diritti che assomigliano ad un matrimonio civile senza doveri; dall'altra in effetti non si avverte la necessità di istituti parapubblici che diano certezza giuridica a chi non ce l'ha e a chi non la vuole avere. Per chi la vuole *c'è già* il matrimonio civile, come contratto-rapporto

22 Tornano alla mente le parole del Qoelet 1,3: «Quale utilità ricava l'uomo da tutto l'affanno per cui fatica sotto il sole?».

giuridico fondato sul rapporto di continuità del legame affettivo riconosciuto sia livello privato che pubblico.

Allora apparirà più semplice rispondere alle domande: quale progetto di vita e condivisione sussiste in un patto di convivenza? I patti ed i contratti servono come un inizio di un cammino insieme? O servono per accondiscendere alla mancanza di assunzione di responsabilità e di impegno serio e di coraggio ad affrontare se stesso e l'altro? Il diritto deve inseguire i desideri? I sentimenti come l'amore o l'amicizia possono diventare fonte del diritto? Queste domande rimandano alla cultura consumistica dei rapporti che a sua volta rimanda alla *cultura del provvisorio*, del disimpegno, della mera soddisfazione dell'interesse egoista.²³

23 Si riascoltino le parole di Papa Francesco I, Omelia Santa Marta 2/6/2014: "La vita matrimoniale deve essere perseverante, deve essere perseverante. Perché al contrario l'amore non può andare avanti. La perseveranza nell'amore, nei momenti belli e nei momenti difficili, quando ci sono i problemi: i problemi con i figli, i problemi economici, i problemi qui, i problemi là. Ma l'amore persevera, va avanti, sempre cercando di risolvere le cose, per salvare la famiglia. Perseveranti: si alzano ogni mattina, l'uomo e la donna, e portano avanti la famiglia". Ma si veda soprattutto l'Udienza ai Partecipanti al Colloquio internazionale sulla complementarità tra uomo e donna, promosso dalla Congregazione per la Dottrina della Fede (17-19 novembre 2014), in cui il Santo Padre riafferma come la complementarità tra uomo e donna "sta alla base del matrimonio e della famiglia, che è la prima scuola dove impariamo ad apprezzare i nostri doni e quelli degli altri" e "le famiglie – ha osservato – sono luogo di tensioni" ma anche l'ambito in cui risolverle. "Quando parliamo di complementarità tra uomo e donna in questo contesto, non dobbiamo confondere tale termine con l'idea semplicistica che tutti i ruoli e le relazioni di entrambi i sessi sono rinchiusi in un modello unico e statico. La complementarità assume molte forme, poiché ogni uomo e ogni donna apporta il proprio contributo personale al matrimonio e all'educazione dei figli. La propria ricchezza personale, il proprio carisma personale, e la complementarità diviene così di una grande ricchezza. E non solo è un bene, ma anche è bellezza". Inoltre in un altro passo del medesimo discorso appare il Magistero *per* la famiglia di Papa Francesco I in cui si riafferma come dalla crisi della famiglia ha avuto origine "una crisi di ecologia umana, poiché gli ambienti sociali, come gli ambienti naturali, hanno bisogno di essere protetti [...] Anche se l'umanità ha ora compreso la necessità di affrontare ciò che costituisce una minaccia per i nostri ambienti naturali, siamo lenti – ma siamo lenti, eh?, nella nostra cultura, anche nella nostra cultura cattolica – siamo lenti nel riconoscere che anche i nostri ambienti sociali sono a rischio. È quindi indispensabile promuovere una nuova ecologia umana e farla andare avanti". Sempre nello stessa udienza il Santo Padre Papa Francesco I fa un altro appello ai giovani rivolgendo l'invito a non lasciarsi "coinvolgere dalla mentalità dannosa del provvisorio e siano rivoluzionari per il coraggio di cercare un amore forte e duraturo, cioè di andare controcorrente". Poi, l'esortazione a non vedere la famiglia in modo ideologico: "Non dobbiamo cadere nella trappola di essere qualificati con concetti ideologici. La famiglia è un fatto antropologico, e conseguentemente un fatto sociale, di cultura [...] E noi non possiamo qualificarla con concetti di natura ideologica che soltanto hanno forza in un momento della storia, e poi cadono. Non si può parlare oggi di famiglia conservatrice o famiglia progressista: la famiglia è famiglia. Ma non lasciarsi qualificare così da questo o da altri concetti, di natura ideologica. La famiglia è in sé, ha una forza in sé [...] I bambini hanno il diritto di crescere in una famiglia[...] I bambini hanno il diritto di crescere in una famiglia, con un papà e una mamma, capaci di creare un ambiente idoneo al loro sviluppo e alla loro maturazione affettiva". Per una ricostruzione della concezione della

Sembra che si debba ripartire dalla scommessa sulla fiducia nell'Altro che non delude, sulla durata, sul "per sempre", su ciò che dura e non perisce: una nuova visione dell'assoluto, più completa, ricca di contenuti, ma finalizzata a raggiungere il medesimo obiettivo della relazione giusta, quella amorevole. Dove la "grande parola" dell'amore ritrovi il senso dell'attrazione verso una pienezza che non si svuota, verso una presenza non più assente.

famiglia si vedano Pontificio consiglio per la famiglia, *Famiglia, matrimonio e unioni di fatto*, Paoline, Milano, 2000 Pérez-Soba, J. J. *Il mistero della famiglia* Cantagalli, Siena, 2010; Santolini L., *L'avventura necessaria : la famiglia al centro della società*, Cantagalli, Siena, 2005.

Natura, fonte delle proprietà del matrimonio e relativi riflessi giuridici

TOMMASO SCANDROGLIO

Nel presente contributo si metteranno sinteticamente a tema la natura dell'unità e dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale - proprietà afferenti alla tradizione culturale cristiana e, in certi loro aspetti embrionali, rinvenibili anche in altre tradizioni¹ - la fonte da cui esse scaturiscono e infine alcuni riverberi di tali elementi essenziali presenti nel nostro ordinamento giuridico.

1. La definizione di unità ed indissolubilità

Al fine di rammentare per sommi capi l'identità di queste proprietà, ne

1 Cfr. MODESTINO, *Digesta*, XXIII, II,1: «nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio»; G. BONILINI, *Il matrimonio: la nozione*, in G. BONILINI – G. CATTANEO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, Utet, Torino, 1997, pp. 58-59: «La concezione romana di matrimonio [] ce lo mostra [] come situazione giuridica permanente, che risulta dalla convivenza di due persone di sesso diverso animata dalla volontà di essere marito e moglie. L'essenza del matrimonio, dunque, era puramente ravvisata nella *maritalis affectio* come comportamento che rendeva distinguibile il matrimonio sia dalla mera unione temporanea, sia dal concubinato». Marito e moglie erano «soggetti, in definitiva, che miravano alla continuità, alla permanenza della vita in comune»; F. PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, Cisalpino, Bologna, 1994, p. 233: «il matrimonio è costituito da un *elemento materiale*, rappresentato dalla convivenza, e da un *elemento psicologico*, ossia la *affectio maritalis* che è la perdurante volontà dei coniugi di considerarsi marito e moglie»; EURIPIDE, *Andromaca*, vv. 177-179: «Non è infatti bello e giusto/ che gli uomini tengano ad una briglia due donne/ piuttosto guardino ad una sola Cipride nuziale»; F. COLAFEMMINA, *Il matrimonio nella Grecia classica – Riti e tradizioni oltre le mistificazioni contemporanee, per un'etica matrimoniale condivisa fra ellenismo e cristianesimo*, Edizioni Settecolori, Lamezia Terme (CZ), 2011, pp. 68-69: «le nozze per gli antichi non erano legalmente indissolubili. Eppure è insito nel rapporto monogamico fondato sull'amore e la generazione della prole, una tensione alla fusione spirituale fra le anime che, pur nella permanenza di episodi di prosaica banalità nell'affrontare il coniugio, doveva necessariamente condurre alla percezione religiosa della sacralità del vincolo matrimoniale. Un vincolo il cui scioglimento doveva essere motivato da ragioni di interesse, convenienza, vizio; deboli ragioni che certamente la morale antica non poteva che condannare». In sintesi potremmo concludere che secondo la cultura classica romana e greca il matrimonio possedeva una naturale tensione all'unità e indissolubilità che però, nella prassi, poteva essere legittimamente stornata da altri fattori, come ad esempio tra i romani, il venir meno dell'*affectio maritalis*.

diamo una sintetica definizione. L'unità consiste nell'unione di un solo uomo con una sola donna², unione che investe la totalità della persona nelle sue dimensioni affettive, psicologiche, relazionali, esistenziali, progettuali, etc. La poligamia, la poliandria, l'adulterio e l'infedeltà, ad esempio, contrastano con questa proprietà. Unità è quindi sinonimo di esclusività ed unicità. L'indissolubilità invece rende assoluto il vincolo che dura quindi tutta la vita³: intrinsecamente non può essere sciolto da nessuna persona o avvenimento (eccetto la morte) perché patto irrevocabile e definitivo⁴. Il divorzio o le prove di convivenza, ad esempio, attentano a questa seconda proprietà.

E' da ravvisare anche una reciprocità e inscindibilità di questi due elementi: «tale unione non sarebbe piena se non fosse indissolubile»⁵;

queste due proprietà, pur formalmente distinte, sono in realtà strettamente connesse come due facce della stessa medaglia. L'indissolubilità non è infatti null'altro che la pienezza dell'unità, perché la capacità di essere marito e moglie si dispiega in tutta la sua pienezza e perfezione soltanto quando si

-
- 2 Cfr. CODICE DI DIRITTO CANONICO, can. 1056; CONCILIO VATICANO II, *Gaudium et spes*, 48; GIOVANNI PAOLO II, *Familiaris consortio*, 13; *Omelia del 15 novembre 1980, Colonia; Catechesi su Famiglia e Sacra Scrittura*, 5 settembre 1979; PIO XI, *Casti Connubii*; LEONE XIII, *Arcanum divinae*; TOMMASO D'AQUINO, *Summa contra Gentiles*, III, c. 124; A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, Boniardi-Pogliani, Milano, 1858, Vol. II, pp. 383-403; L. CHIAPPETTA, *Codice di diritto canonico*, Edizioni Dehoniane, Roma, 1996, Vol. II, pp. 253-254; GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, *Il diritto nel mistero della Chiesa*, Pontificia Università Lateranense, Roma, 2004, Vol. III, pp. 203-206; G. GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa*, Edizioni San Paolo, Cinisello B.mo (MI) – Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2006, pp. 361-362; G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 137
- 3 Cfr. CODICE DI DIRITTO CANONICO, can. 1056; CONCILIO VATICANO II, *Gaudium et spes*, 48; GIOVANNI PAOLO II, *Familiaris consortio*, 13, 22; *Omelia del 15 novembre 1980, Colonia; Catechesi su Famiglia e Sacra Scrittura*, 5 settembre 1979; PIO XI, *Casti Connubii* I; LEONE XIII, *Arcanum divinae*; TOMMASO D'AQUINO, *Summa contra Gentiles*, III, c. 123; A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, op. cit., pp. 383-403; L. CHIAPPETTA, *Codice di diritto canonico*, op. cit., pp. 253-254; GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, *Il diritto nel mistero della Chiesa*, op. cit., pp. 204-206; G. GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa*, op. cit., pp. 361-362; G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico*, op. cit., p. 137; J.M.I. LANGLOIS, *La dottrina sociale della Chiesa*, Ares, Milano, 1989, pp. 51-52; G. SAMEK LODOVICI, *Famiglia e divorzio: se non è per sempre non è matrimonio*, in AA.VV., *Famiglia e vita*, Gribaudo, Milano, 2006; *Matrimonio e divorzio*, in T. SCANDROGLIO (a cura di), *Questioni di vita e di morte*, Ares, Milano, 2009, pp. 104-108; P. CASILLO, *Indissolubilità e non divorzio*, Casa Mariana Maria SS del Buon Consiglio, Frigento (AV), 1989
- 4 Secondo l'interpretazione dottrinale e quindi canonica, il vincolo di coniugio può essere sciolto solo estrinsecamente, cioè per dispensa del Romano Pontefice (can. 1142), per privilegio paolino (cann. 1143-1147) e per privilegio petrino (cann. 1148-1149)
- 5 A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, op. cit., p. 383. Nelle pagine seguenti di quest'opera di Rosmini si mettono in evidenza anche altri motivi di ordine naturale e soprannaturale per spiegare l'inscindibilità delle due proprietà

orienta e si dispiega in rapporto ad una sola donna o ad un solo uomo, in modo tale che esclusivamente la morte ponga limite a tale capacità⁶.

La sintesi di queste due proprietà si trova nella celebre definizione attribuita a Modestino che si riferisce al matrimonio come «consortium omnis vitae», dove il «consortium» indica la proprietà dell'unità e il genitivo «omnis vitae» rimanda all'indissolubilità⁷.

2. Due proprietà naturali secondo la Costituzione

Preliminarmente è opportuno ricordare che se è vero che la dottrina cristiana e il diritto canonico, come accennato, fanno propri questi elementi essenziali del matrimonio e li illuminano ed elevano soprannaturalmente con la grazia sacramentale⁸, ciò non toglie che siffatte proprietà sono precedentemente di diritto naturale e dunque di ordine razionale. Senza addentrarci nel tentativo di provare questo assunto, perché esula dall'oggetto del presente contributo, è da notare che in un certo qual modo e indirettamente possiamo trovare testimonianza di questo asserto nella Costituzione all'art. 29. Come andremo a provare *infra*, le proprietà dell'unità e dell'indissolubilità costituiscono la natura dell'istituto matrimoniale, rappresentano la struttura intima del vincolo di coniugio. E così parlare di matrimonio comporta di necessità riferirsi a queste due proprietà, perché il termine è inclusivo necessariamente degli elementi essenziali che lo compongono. A tal proposito l'articolo 29 della Costituzione così recita: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio». Il verbo «riconoscere», in tale ambito, indica una presa di coscienza di una realtà previa allo Stato repubblicano. Tale realtà potrebbe essere di carattere consuetudinario o convenzionale privatistico e non necessariamente naturale. Ma ciò è escluso dalla Costituzione perché quest'ultima esplicitamente qualifica la famiglia come *societas naturalis* fondata sul matrimonio⁹. Ora se unità ed indissolubilità costituiscono le

6 GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, *Il diritto nel mistero della Chiesa*, op. cit., p. 203

7 Cfr. MODESTINO, *Digesta*, XXIII, II, 1

8 *Ex pluribus* cfr. CODICE DI DIRITTO CANONICO, can. 1055; CATECHISMO DELLA CHIESA CATTOLICA, 1601; CONCILIO VATICANO II, *Gaudium et spes*, 48, 2

9 Cfr. C. GRASSETTI, *I principii costituzionali relativi al diritto familiare*, Barbera Editore, Firenze, 1949, p. 8: «Società naturale – a quanto emerge dai lavori preparatori – sta per società di diritto naturale []. Cioè a dire, una società originaria, e quindi un ordinamento giuridico e, per ciò stesso, preesistente allo Stato»; SANTA SEDE, *La carta dei diritti della famiglia*, EDB, Bologna, 1983, Preambolo, lettera D); CONCILIO VATICANO II, *Gaudium et spes*,

proprietà del matrimonio e questo è il fondamento della famiglia intesa come società naturale, ciò comporta che, per il principio di causa adeguata, anche la fonte (matrimonio) da cui promana la famiglia debba essere essa stessa di carattere naturale¹⁰. E se il matrimonio è un istituto di diritto naturale lo sono anche le proprietà che compongono l'istituto stesso. Ciò a dire che anche il nostro ordinamento giuridico, nella sua fonte normativa più elevata, attesta il carattere naturale della proprietà dell'unità e dell'indissolubilità.

3. La natura e la fonte di unità ed indissolubilità

Il lemma «proprietà» in questo contesto rimanda all'espressione «elementi necessari», cioè elementi senza i quali non viene ad esistenza l'istituto del matrimonio¹¹, bensì si formano altri tipi di legami. Potremmo dunque qualificarli come condizioni ontologiche senza le quali viene ad esistenza un legame che è invece amicale, di fidanzamento, di convivenza, associativo, a scopo di lucro, etc. oppure in modo analogo come elementi essen-

48; PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, LEV, Città del Vaticano, 2004, n. 211; G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico*, op. cit., p. 137; FREEDOM FEDERATION, *We Stand in Solidarity to Defend Marriage and the Family and Society Founded Upon Them*, in *Bioetica*, n. 2-3, 2013, p. 513; G. CAMPANINI, voce *Matrimonio*, in F. COMPAGNONI – G. PIANA – S. PRIVITERA, *Nuovo dizionario di teologia morale*, San Paolo, Cinisello B.mo (MI), 1994, p. 724. *Contra* G. CATTANEO, *Introduzione*, in G. BONILINI – G. CATTANEO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, op. cit., pp. 17-18: «Oggi, tuttavia, questa tesi [di matrice giusnaturalista *N.d.A.*] è respinta dalla maggioranza degli interpreti, i quali negano recisamente che il riconoscimento costituzionale implichi un rinvio “a non indentificate forme di diritto naturale o comunque prestatuale” (così da ultimo Sandulli, in *Commentario*, Cian-Oppo-Trabucchi, I, Padova, 1992, *sub art* 29 Cost., 9). In effetti non è sostenibile che sia stata recepita in blocco la dottrina della Chiesa cattolica in quanto ciò sarebbe palesemente incompatibile con il carattere pluralista e non confessionale della nostra Costituzione». Per una rapida ricognizione delle posizioni dottrinali sul tema cfr. P. DONATI, voce *Famiglia*, in F. DEMARCHI – A. ELLENA – B. CATTARINUSI (a cura di), *Nuovo dizionario di sociologia*, San Paolo, Cinisello B.mo (MI), 1994, pp. 856-861

10 Cfr. G. CATTANEO, *Introduzione*, op. cit., p. 21: «Ora a noi sembra che, per chi veda nella norma un richiamo al diritto naturale, non vi sia in essa alcuna incongruenza: giacché, in questa prospettiva, anche la menzione del matrimonio dovrà intendersi come un riferimento non già all'istituto regolato dalla nostra legge, bensì alla nozione che di esso risulta dal diritto di natura». *Contra* C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, op. cit., p. 12: «è contraddittorio parlare di una società naturale che sorge da un matrimonio, cioè in sostanza da un negozio giuridico, e che l'idea di una società naturale – che richiama al diritto naturale – non può essere congiunta al matrimonio, che è istituto di diritto positivo»

11 Da qui la nullità, cioè l'inesistenza, del vincolo coniugale se viene esclusa dai nubendi al momento del consenso anche una sola di queste proprietà. Cfr. CODICE DI DIRITTO CANONICO, can. 1110, § 2

ziali¹² e non accidentali, non accessori. Perciò potremmo concludere che unità ed indissolubilità esprimono la natura del matrimonio, individuano l'ontologia del rapporto di coniugio.

Più in particolare dovremmo dire che sono effetti essenziali di una causa altrettanto essenziale o, per esprimersi in termini equipollenti,

si tratta di proprietà essenziali, perché, sebbene non siano l'essenza stessa del matrimonio, tuttavia danno il suo modo di essere. [] il *modo d'essere* del matrimonio è dato dal fatto che quest'amore è esclusivo e perenne¹³.

La vera essenza del matrimonio, da cui scaturiscono queste due proprietà, è di carattere antropologico: la donazione totale della persona all'altra persona realizzata in modo reciproco¹⁴. «L'essenza del matrimonio è l'amore coniugale – come atto irrevocabile della libera volontà di mutua donazione e accettazione degli sposi in ordine agli atti propri della vita coniugale»¹⁵. Senza la reciprocità infatti non potrebbe costituirsi un legame, termine che rimanda all'esistenza di due poli tra loro uniti da un vincolo o relazione. Dalla donazione totale discendono di necessità le due proprietà prima menzionate, le finalità del matrimonio ed le esigenze dello stesso¹⁶.

Iniziando dalle proprietà ed in merito all'unità, c'è da rilevare che la donazione totale dell'uomo alla donna e viceversa comporta l'impossibilità di una donazione, seppur parziale, a terzi, proprio perché la totalità esclude possibili rimanenze. Da qui l'individuazione della proprietà dell'unità/esclusività. Ne consegue che questa proprietà entra in conflitto con l'infedeltà, anche solo maturata nel foro interiore (intenzioni, propositi, fantasie, etc.). Quest'ultima contraddice infatti la donazione totale. Nell'unità poi troviamo un motivo, tra altri rinvenibili, per ritenere illecita la fecondazione extracorporea eterologa. Citando *Donum vitae*: «il legame esistente tra i coniugi attribuisce agli sposi, in maniera oggettiva e inalienabi-

12 Cfr. *Ibidem*, can. 1056

13 G. GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa*, op. cit., p. 362

14 Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Familiaris consortio*, 11; CONCILIO VATICANO II, *Gaudium et spes*, 48; PAOLO VI, *Humanae vitae*, 8; CODICE DI DIRITTO CANONICO, can. 1057, § 2; E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, Vita & Pensiero, Milano, 2007, pp. 504-507; F. ZINI, *Il dono nella prospettiva della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 148-149: «il dono assoluto per essere tale ha una componente metafisica che implica il richiamo al sacrificio personale come unica possibile testimonianza del soggetto donante, che donando "perde tutto", perché dà tutto se stesso»; G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico*, op. cit., pp. 136-137

15 G. GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa*, op. cit., p. 362

16 Cfr. PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, op. cit., nn. 217-218

le, il diritto esclusivo a diventare padre e madre soltanto l'uno attraverso l'altro»¹⁷; analogamente in *Dignitas personae*: «l'unità del matrimonio, che comporta il reciproco rispetto del diritto dei coniugi a diventare padre e madre soltanto l'uno attraverso l'altro»¹⁸. La donazione totale è donazione anche fisica e delle proprie facoltà: ciò esige un dono esclusivo al coniuge anche delle proprie facoltà generative. L'unità entra in conflitto anche con le tecniche di contraccezione che negano la donazione totale, comprese le facoltà generative. Queste ultime con la contraccezione infatti rimarrebbero patrimonio del maschio o della femmina e non verrebbero trasmesse all'altro coniuge intaccando così la proprietà dell'unità.

In merito all'indissolubilità, la donazione totale non è solo personale/soggettiva ma anche temporale. *Rectius*: si tratta di una donazione personale articolata nel tempo di un'intera esistenza. Una donazione "a tempo" sarebbe una donazione parziale e quindi non totale. La totalità rimanda dunque di necessità ad un tempo di vita illimitato.

C'è poi da appuntare che dalla donazione totale della persona scaturiscono altresì anche le finalità, sempre proprie del portato cristiano¹⁹ e non solo²⁰, del matrimonio. La donazione di sé, se è integrale, da una parte non può che essere anche donazione fisica la quale per sua natura è aperta alla procreazione. La procreazione a sua volta esige l'educazione della eventuale prole. Su altro fronte la donazione della persona non può che tendere all'aiuto reciproco, cioè all'amore coniugale.

Infine se l'unità e l'indissolubilità esprimono questa donazione totale, da entrambe discendono necessariamente alcuni doveri morali²¹. A tale proposito è interessante rilevare che anche il nostro ordinamento giuridico riconosce alcuni di tali obblighi qualificandoli quindi come doveri giuridici. Rammentiamo l'art. 143 c.c. che fa riferimento all'«obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione, [al dovere di] contribuire ai bisogni della famiglia»²², e l'art. 147 c.c.: «Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi

17 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Donum vitae*, 2

18 *Ibidem*, *Dignitas personae*, 12

19 Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Familiaris consortio*, 32; CONCILIO VATICANO II, *Gaudium et spes*, 48; PAOLO VI, *Humanae vitae*, 8, 11; PIO XII, *Discorso ai partecipanti al II Congresso Mondiale di Napoli sulla fecondità e sterilità umana (19 maggio 1956)*; PIO XI, *Casti Connubii*; *Allocuzione alle Ostetriche (29 ottobre 1951)*; LEONE XIII, *Arcanum divinae*

20 Cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1162a, 15-34; G. SAMEK LODOVICI, *Matrimonio e divorzio*, op. cit., p. 100

21 Cfr. G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico*, op. cit., p. 139

22 Cfr. G. VILLA, *Gli effetti del matrimonio*, in G. BONILINI – G. CATTANEO (a cura di),

l'obbligo di mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli». Ciò a dire che alcune esigenze scaturenti dalle due proprietà del matrimonio sono rinvenibili anche nella nostra normativa.

4. La libera volontà come elemento coesenziale alla donazione

Compresa quindi quale sia la natura della proprietà matrimoniali ed individuata la loro fonte sostanziale, occorre chiedersi perché il matrimonio debba essere caratterizzato da tali proprietà. Si potrebbe rispondere in prima battuta annotando il fatto che tale è il vincolo che vuole instaurare chi decide di sposarsi. Più correttamente occorrerebbe esprimersi nei seguenti termini: quando due persone di sesso differente vogliono un legame caratterizzato da unità ed indissolubilità, quel legame prende il nome di matrimonio. Perciò la ultima fonte sostanziale del matrimonio - e dunque delle due proprietà che lo costituiscono - è da rinvenire nella volontà dei nubendi, volontà che ha come oggetto la donazione totale della persona²³. Tale affermazione è avvalorata dal fatto che se l'amore matrimoniale è donazione totale, non può esservi donazione senza piena e libertà volontà di donarsi²⁴. La donazione, per essere tale, non tollera la coartazione, non può quindi rientrare in negli atti che si definiscono come «atti volontari imperfetti»²⁵, dove la volontà di assumere una condotta esiste ma è compressa o condizionata da fattori non scelti dall'agente²⁶. Quindi la piena volontarietà è elemento costitutivo, coesenziale della donazione - e dunque elemento costitutivo dell'unità e indissolubilità - possiede cioè competenza inferenziale e non referenziale rispetto al dono di sé²⁷.

Se la fonte ultima sostanziale del matrimonio è la volontà che si orienta all'unità ed indissolubilità, la fonte formale è rappresentata dal consen-

Famiglia e matrimonio, op. cit., pp. 192-211

23 Cfr. G. ANZANI, *Diritto di famiglia e Pacs*, in *Famiglia oggi*, 2 (Febbraio 2006), p. 10

24 Cfr. F. ZINI, *Il dono nella prospettiva della filosofia del diritto*, op. cit., p. 3

25 Cfr. A.R. LUÑO, *Etica*, Le Monnier, Firenze, 1992, pp. 100-101

26 Il dono oltre che essere atto pienamente volontario non può che essere gratuito. Cfr. F. ZINI, *Il dono nella prospettiva della filosofia del diritto*, op. cit., p. 3: «il dono si configura come un atto di liberalità concesso dal donatore, o da chiunque si ritiene voglia donare qualcosa a qualcuno senza attendersi qualcos'altro in cambio»

27 Cfr. D. MARCONI, *La competenza lessicale*, Laterza, Roma, 1999, pp. 16-19; 36-37; T. SCANDROGLIO, *La teoria neoclassica sulla legge naturale di Germain Grisez e John Finnis*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 308. *Contra* H. PUTNAM, *Etica senza ontologia*, Bruno Mondadori, Milano, 2005, p. 77: «Tutta l'idea che il mondo indichi un unico "vero" modo di dividere il mondo in oggetti, situazioni, proprietà ecc. è parte di una visione filosofica alquanto ristretta e provinciale. Ma proprio questa ristrettezza è, ed è sempre stata, alla base di ciò che viene chiamato Ontologia»

so²⁸, perchè appalesa all'esterno la volontà interiore. Il consenso canonico – nella sua forma classica²⁹ – descrive in più punti la tipologia di vincolo che si vuole instaurare con l'altra persona, cioè descrive che si vuole un legame connotato da unità ed indissolubilità.

5. Unità, indissolubilità ed ordinamento giuridico

Le due proprietà matrimoniali sono rinvenibili anche all'interno del nostro ordinamento giuridico³⁰, seppur non intese in senso assoluto dato che, ad esempio, è vigente la legge 898/70 sul divorzio³¹. Esemplicando possiamo fare cenno, in merito all'unità, all'art. 143 comma 2 del Codice Civile che esige dagli sposi il dovere di fedeltà. Come abbiamo visto *supra* la fedeltà è conseguenza necessaria di un vincolo esclusivo. In merito all'indissolubilità possiamo citare sempre l'obbligo di fedeltà indicato dall'art. 143 c.c. Infatti il dovere di essere fedeli al coniuge non può essere sottoposto a limiti temporali, altrimenti verrebbe snaturato lo stesso concetto di «fedeltà». Una fedeltà a “tempo determinato” non è tale. Più esplicitamente possiamo rintracciare la proprietà dell'indissolubilità nell'art. 108 c.c.: «La dichiarazione degli sposi di prendersi rispettivamente in marito e in moglie non può essere sottoposta né a termine né a condizione»³². La stessa disciplina del divorzio, prevista dalla già citata legge 898/70, è interpretata dal nostro ordinamento come eccezione e non come regola. Infatti la medesima legge almeno in due punti si orienta all'indissolubilità, mostrando quindi come l'assetto legislativo sia improntato al *favor matrimonii* e alla sua indissolubilità. Un primo punto è dato dall'art. 3 n. 2 lettera b) allorchè il legislatore esige che la separazione sia stata protratta per un certo las-

28 Cfr. CODICE DI DIRITTO CANONICO, can. 1057; G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico*, op. cit., p. 136; G. GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa*, op. cit., p. 362

29 Cfr. RITUALE ROMANO, *Rito del matrimonio*: «Io, N., accolgo te, N., come mia sposa. Prometto di esserti fedele sempre, nella gioia e nel dolore, nella salute e nella malattia, e di amarti e onorarti tutti i giorni della mia vita»

30 Cfr. G. BONILINI, *Il matrimonio: la nozione*, in G. BONILINI – G. CATTANEO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, op. cit., p. 69

31 Si ipotizza che tale orientamento dottrinale, il quale considera l'unità e l'indissolubilità come proprietà del matrimonio da intendersi però non in senso assoluto, sia da rinvenire anche tra i padri costituenti. Infatti una prima versione dell'art. 24 della Costituzione, che così recitava «[...] La legge ne [del matrimonio *N. d.A.*] regola la condizione al fine di garantire l'indissolubilità del matrimonio e l'unità della famiglia», fu poi modificata eliminando il riferimento all'indissolubilità matrimoniale. Per una sintetica rassegna delle tesi che intendono illustrare i motivi di tale decisione cfr. C. GRASSETTI, *I principii costituzionali relativi al diritto familiare*, op. cit., pp. 13-18

32 Cfr. G. BONILINI, *Il matrimonio: la nozione*, in G. BONILINI – G. CATTANEO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, op. cit., pp. 66, 71

so di tempo – che a breve potrà essere ulteriormente ristretto³³ – affinché si possa successivamente procedere allo scioglimento del vincolo. Il lasso di tempo tassativo per arrivare al divorzio appalesa la volontà del legislatore di tentare di recuperare il vincolo e non di romperlo immediatamente. Un secondo punto della legge che si orienta favorevolmente a ripristinare un vincolo indissolubile è dato dall'art. 4 comma 7 il quale prescrive il dovere del presidente del tribunale di esperire un tentativo di conciliazione³⁴. Analogamente dispone l'art. 708 del Codice di procedura civile che trova un riscontro in quanto disciplinato dall'art. 154 c.c.: «La riconciliazione tra i coniugi comporta l'abbandono della domanda di separazione personale già proposta». Particolarmente significativo è poi l'art. 157 c.c. al fine di comprendere come l'indissolubilità del vincolo sia condizione preferita dal legislatore rispetto alla scelta di sciogliere tale legame. L'articolo così recita:

I coniugi possono di comune accordo far cessare gli effetti della sentenza di separazione, senza che sia necessario l'intervento del giudice, con una espressa dichiarazione o con un comportamento non equivoco che sia incompatibile con lo stato di separazione³⁵.

E' da sottolineare il fatto che per arrivare al divorzio la legge esige un iter burocratico a più fasi ed articolato e, almeno fino alle incombenti modifiche, di durata triennale, ma per far rivivere il rapporto matrimoniale per cui si è chiesta la separazione è sufficiente invece anche un semplice comportamento cosiddetto concludente. Ciò a testimonianza del fatto che il piatto della bilancia del nostro ordinamento pende a favore di un vincolo non precario bensì indissolubile. E dunque il divorzio per il nostro sistema normativo è un fenomeno giuridicamente patologico e non fisiologico. In altre parole l'ordinamento propone non un istituto matrimoniale caratterizzato dall'opzione eventuale del divorzio, bensì un istituto matrimoniale qualificato da una tensione all'indissolubilità che può venire legalmente contraddetta dal divorzio – un matrimonio indissolubile fino a decisione contraria. Ciò detto appare evidente che l'istituto del divorzio nega la na-

33 Cfr. S. AMICI, *Disegno di legge n. 1504 - Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi*

34 Cfr. A. MORA, *La separazione consensuale*, in G. BONILINI – G. CATTANEO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, op. cit., pp. 426-429

35 Cfr. M. DOGLIOTTI, *La separazione personale ed i suoi effetti*, in G. BONILINI – G. CATTANEO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, op. cit., pp. 345-349; A. MORA, *La separazione consensuale*, in G. BONILINI – G. CATTANEO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, op. cit., pp. 415-417

tura del matrimonio civile come vincolo indissolubile, perché se il vincolo può essere sciolto non può essere più definito come indissolubile.

6. Il necessario favore dell'ordinamento verso le convivenze

Se dunque la natura di questo particolare vincolo è unico ed indissolubile, da ciò consegue che quei vincoli che presentano elementi essenziali differenti – non unici ed indissolubili – per coerenza giuridica non potranno vantare le medesime prerogative anche in ambito normativo³⁶. Così la Corte Costituzionale:

la convivenza *more uxorio* è diversa dal vincolo coniugale, e a questo non meccanicamente assimilabile al fine di desumerne l'esigenza costituzionale di una parificazione di trattamento: essa, infatti, manca dei caratteri di stabilità e certezza propri del vincolo coniugale, essendo basata sull'*affectio* quotidiana, liberamente ed in ogni istante revocabile³⁷;

Invero, la convivenza *more uxorio* è un rapporto di fatto, privo dei caratteri di stabilità o certezza e della reciprocità e corrispettività dei diritti e doveri, previsti dagli artt. 143, 144, 145, 146, 147, 148 cod. civ., che nascono soltanto dal matrimonio e sono propri della famiglia legittima. La coabitazione infatti del convivente *more uxorio* può cessare per volontà di uno dei conviventi in qualsiasi momento anche mediante azione giudiziaria³⁸;

la diversità tra famiglia di fatto e famiglia fondata sul matrimonio rappresenta, poi, un punto fermo di tutta la giurisprudenza costituzionale in materia ed è basata sull'ovvia constatazione che la prima è un rapporto di fatto, privo dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività dei diritti e dei doveri che nascono soltanto dal matrimonio e sono propri della seconda³⁹.

Nelle citate sentenze si esclude quindi una parificazione delle convivenze con l'istituto matrimoniale. Però è da aggiungere che nel tempo la giurisprudenza si è orientata sempre più a riconoscere alle convivenze, sia

36 G. CATTANEO, *Introduzione*, in G. BONILINI – G. CATTANEO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, op. cit., pp. 22-23

37 CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 352/2000

38 *Ibidem*, sentenza 45/1980

39 *Ibidem*, ordinanza 491/2000. Cfr. altresì della stessa Corte: sentenza 461/2000; sentenza 166/1998; sentenza 127/1997; sentenza 8/1996; sentenza 310/1989; sentenza 644/1988; sentenza 423/1988; sentenza 404/1988; sentenza 237/1986; sentenza 6/1977; ordinanza 313/2000; ordinanza 352/1989; ordinanza 1122/1988; V. MARANO, *Le unioni di fatto*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 14-18; G. ANZANI, *Diritto di famiglia e Pacs*, op. cit., p. 11

composte da persone di sesso differente che dal medesimo sesso e spesso facendo riferimento al concetto di «formazioni sociali» dell'art. 2 della Costituzione⁴⁰, un'autonomia giuridica ed organica, seppur differente da quella matrimoniale, nonostante – e qui sta la contraddittorietà dell'orientamento – la loro natura precaria⁴¹. Infatti simili relazioni denotate da fra-

40 Da notare incidentalmente che le formazioni sociali vengono richiamate solo per la tutela dei diritti fondamentali.

41 Cfr. CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 170/2014: «La Corte Costituzionale [...] dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore. [] Sarà, quindi, compito del legislatore introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminazione. E tal compito il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine per superare la rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti»; sentenza 138/2010: «L'art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. 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 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 doveri. Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio»; CASSAZIONE CIVILE, sentenza n. 4184/2012: «i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se - secondo la legislazione italiana - non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia - a prescindere dall'intervento del legislatore in materia - quali titolari del diritto alla "vita familiare" e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di "specifiche situazioni", il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza»; sentenza 2988/1994. Tra i pronunciamenti di giudici di grado inferiore a favore del riconoscimento giuridico delle convivenze vogliamo ricordare per contenuto paradigmatico la sentenza del Tribunale di Treviso, Prima Sezione Civile, del 18 dicembre 2014: anche «escludendosi che con la locuzione familiare si faccia riferimento esclusivamente ai parenti questo giudice ritiene necessario estendere l'interpretazione del termine familiare anche al convivente more uxorio».

gilità e provvisorietà non potrebbero che danneggiare il consesso sociale e dunque non meriterebbero un riconoscimento giuridico.

Un'altra tesi argomenta poi che sarebbe necessario orientarsi non alla qualificazione formale del riconoscimento di un istituto giuridico proprio dei conviventi bensì al mero riconoscimento di alcuni diritti dei conviventi che allo stato attuale, nella maggior parte dei casi, riguardano solo i coniugi o i parenti di sangue. In prima battuta si potrebbe rispondere come segue: dall'onere di voler instaurare un vincolo – quello matrimoniale – così saldo, proprio perché esclusivo e vitalizio, non può che discendere come conseguenza ineludibile il riconoscimento ai coniugi di speciali diritti che non devono essere attribuiti ai meri conviventi, diritti quindi che non possono che essere esclusivi. In altri termini, dalla volontà di creare un legame unico ed indissolubile che comporta obblighi rilevanti anche dal punto di vista sociale non può che discendere la legittima pretesa di vedersi riconosciuti corrispettivi privilegi⁴².

C'è chi argomenta⁴³ in senso contrario sostenendo che la coppia di fatto dal punto di vista sociale è pressoché identica alla struttura familiare fondata sul matrimonio, mancando solo dell'aspetto formale. Sarebbe una «famiglia di fatto», intesa in senso materiale, o una «famiglia naturale»⁴⁴. In particolare si spiega che anche molti conviventi instaurerebbero relazioni vitalizie ed esclusive e non pochi si assumerebbero obblighi di carattere solidaristico identici a quelli assunti dai coniugi: mutuo aiuto, educazione della prole, collaborazione economica, etc. Da qui la richiesta di vedersi riconosciuti, se non lo status di conviventi con apposito istituto giuridico, almeno alcuni specifici diritti.

La spinta verso un riconoscimento giuridico delle coppie di fatto viene anche e soprattutto dalle amministrazioni locali che in differenti parti di Italia hanno istituito i cosiddetti Registri delle unioni civili.

42 E' dai doveri coniugali che discendono i diritti coniugali. L'aspetto legato al dovere è peculiare del vincolo matrimoniale, infatti il lemma «coniugio» deriva etimologicamente da giogo, attrezzo agricolo che lega insieme due animali gravandoli del suo peso. Cfr. F. D'AGOSTINO, *Sessualità. Premesse teoriche di una riflessione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 40

43 Cfr. M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, in Dig. disc. priv., sez. civ., 1992, pp. 188-203, il quale sostiene l'esistenza giuridica di una famiglia di fatto – da individuarsi nell'art. 2 della Costituzione – identica nei diritti e doveri, nella struttura e nelle finalità a quella fondata sul matrimonio, distinguendosi da essa solo per l'elemento formale della genesi. La famiglia di fatto, scrive l'autore, «è in sostanza l'"immagine" della famiglia legittima, che se ne distingue solo per i modi di formazione, pur avendo caratteri, struttura e scopi analoghi, se non identici»; CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 170/2014; sentenza 138/2010; CASSAZIONE CIVILE, sentenza n. 4184/2012; sentenza 2988/1994

44 Cfr. G. CATTANEO, *Introduzione*, G. BONILINI – G. CATTANEO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, op. cit., p. 18: «"Naturale", nell'art. 29 Cost., equivale a "sociale", e che pertanto "società naturale" è sinonimo di "formazione sociale"»

La critica a questa tesi si può articolare come segue. In primo luogo occorre rilevare che il rapporto di convivenza protratta anche per tutta la vita con una sola persona è un riconoscimento *ex post* di un fatto, non un'assunzione di un impegno giuridico *ex ante*. Una convivenza esclusiva e vitalizia non è una scelta previa – proprio perché mancante di una promessa formale – bensì una constatazione fatta a posteriori: da qui la sua natura incline alla precarietà e non all'indissolubilità. A tale proposito Giuseppe Anzani scrive che la convivenza è caratterizzata da «una volontaria costanza che storicamente può durare per sempre, ma come indefinita precarietà»⁴⁵. Oppure per usare le parole dei giudici della Consulta: «Diversamente dal rapporto coniugale, la convivenza *more uxorio* è fondata esclusivamente sulla *affectio* quotidiana – liberamente e in ogni istante revocabile»⁴⁶. Uno degli aspetti salienti che segnano la differenza ontologica tra convivenza e matrimonio è infatti proprio dato dall'assunzione di un impegno futuro ad instaurare una comunità di vita esclusivamente con una sola persona e per tutta la vita. Impegno definito con formale promessa la quale, per sua natura, non può che essere irrevocabile, altro elemento che rimanda all'assolutezza e dunque all'indissolubilità del vincolo scelto, elemento invece assente nella convivenza. L'aspetto formale che investe il matrimonio è principio che definisce, dà rilievo ma soprattutto fa venire ad esistenza l'unità e l'indissolubilità – ed i relativi doveri – non solo nell'ambito giuridico ma anche in quello esistenziale-antropologico. La forma – anche nella sua espressione minima dato dal semplice consenso matrimoniale – è necessaria per individuare la sostanza ed ha quindi un rilievo non certificativo bensì costitutivo delle proprietà qui ad oggetto. Detto in altri termini la mancanza di volontà di definire formalmente un vincolo esclusivo ed indissolubile, stante l'identica condizione di vita pratica tra conviventi e coniugi, esprime nella maggior parte dei casi⁴⁷ la reale mancanza di volontà di assumersi l'onere di un vincolo così caratterizzato e dunque la mancanza di volontà di accettare i relativi obblighi. Sul versante normativo poi occorre appuntare che se c'è il rifiuto di qualificare formalmente e dunque giuridicamente alcuni doveri inerenti alla convivenza, ne consegue logicamente il parallelo dovere da parte del legislatore di non riconoscere giuridicamente i diritti che nascono solo dai corrispettivi doveri giuridici.

⁴⁵ G. ANZANI, *Diritto di famiglia e Pacs*, op. cit., p. 10

⁴⁶ CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 461/2000

⁴⁷ A volte c'è invece un rifiuto ideologico del matrimonio inteso, ad esempio, come inutile sovrastruttura formale. Cfr. G. CAMPANINI, *Realtà di ieri e problemi di oggi*, in *Famiglia oggi*, 2 (Febbraio 2006), p. 19

In modo analogo così si esprime la Corte Costituzionale evidenziando un paradosso in capo alla libera scelta dei conviventi:

nel preferire un rapporto di fatto [i conviventi *N.d.A.*] hanno dimostrato di non voler assumere i diritti e i doveri nascenti dal matrimonio; onde la imposizione di norme, applicate in via analogica, a coloro che non hanno voluto assumere i diritti e i doveri inerenti al rapporto coniugale si potrebbe tradurre in una inammissibile violazione della libertà di scelta tra matrimonio e forme di convivenza⁴⁸.

In simile prospettiva il nostro ordinamento – ex art. 29 della Costituzione in primis ma non solo - riconosce giuridicamente solo la relazione nata da vincolo matrimoniale⁴⁹ perché l'unico, stante le garanzie formali che consolidano gli impegni personali dei coniugi delineati dalla proprietà dell'unità e dell'indissolubilità, capace di accrescere il bene comune e la coesione sociale⁵⁰. Così Cesare Grassetti:

48 CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 166/1998. Cfr. altresì della stessa Corte: sentenza 461/2000; ordinanza 121/2004

49 Cfr. CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 461/2000; sentenza 352/2000; sentenza 166/1998; sentenza 127/1997; sentenza 8/1996; sentenza 310/1989; sentenza 644/1988; sentenza 423/1988; sentenza 404/1988; sentenza 237/1986; sentenza 45/1980; sentenza 6/1977; ordinanza 491/2000; ordinanza 121/2004; ordinanza 313/2000; ordinanza 352/1989; ordinanza 1122/1988; M. PALMARO, *Coppie di fatto*, in T. SCANDROGLIO (a cura di), *Questioni di vita & di morte*, op. cit.; M. CASINI, *Situazione e proposte di legge*, in *Famiglia oggi*, 2 (Febbraio 2006), p. 21; V. MARANO, *Le unioni di fatto*, op. cit., p. 33 e nota n. 22: «In senso tecnico giuridico, pertanto, “non è famiglia se non quella fondata sul matrimonio”». Il nostro ordinamento riconosce sì singoli diritti ai conviventi ma non riconosce giuridicamente l'istituto della convivenza.

50 SANTA SEDE, *La carta dei diritti della famiglia*, op. cit., Preambolo lettera E) e art. 8; PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, op. cit., nn. 213, 232; CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali*, § 9; P. BINETTI, *La famiglia: soggetto sociale e risorsa per il Paese*, in AA.VV., *La famiglia: soggetto sociale e risorsa del paese*, Quaderni di Scienza & Vita, Cantagalli, Siena, 2012, pp. 74-75; G. ROSSI, *La famiglia come relazione sociale tra sfide e risorse*, in AA.VV., *Famiglia e vita*, Gribaudo, Milano, 2006, pp. 31-33; P. CASILLO, *Indissolubilità e non divorzio*, op. cit. p. 15. Per un'analisi dei benefici sociali che apporta la famiglia fondata sul matrimonio: RELATIONSHIP FOUNDATION, *Why Does Marriage Matter?*, in http://www.relationshipsfoundation.org/wp-content/uploads/2014/02/why_marriage_matters.pdf consultato il 25 gennaio 2015; *Counting the Cost of Family Failure – Update 2104*, in <http://www.relationshipsfoundation.org/wp-content/uploads/2014/08/Counting-the-Cost-of-Family-Failure-2014-Update.pdf> consultato il 25 gennaio 2015. Per una corretta comprensione dell'espressione «bene comune», il cui contenuto mal si concilia con il fenomeno delle convivenze, ci permettiamo di rinviare a T. SCANDROGLIO, *Colpe morali e limiti dell'azione sanzionatoria dell'ordinamento giuridico*, in *Studi giuridici europei*, Giappichelli, Torino, (2011/2012); *Il bene comune come limite all'azione del sovrano nella prospettiva tomista*, in *Rivista di filosofia neo-scolastica*, 1 (Gennaio-Marzo 2013)

«Lo Stato ne [della famiglia *N.d.A.*] riconosce i diritti in quanto essa è fondata sul matrimonio, il che val quanto dire che lo Stato riconosce solo la famiglia legittima. [] Nell'art. 29 [] il riconoscimento della famiglia come società naturale appare [] collegato all'istituto del matrimonio, sul quale, unicamente, la nozione di famiglia viene così fondata»⁵¹.

Ergo le altre forme di «convivenza» dovrebbero venire tollerate⁵² e non dovrebbero essere incoraggiate. Per logica giuridica ciò comporta che non sia legittimo nemmeno favorire i diritti dei conviventi in quanto conviventi perché da ciò conseguirebbe il favorire la convivenza⁵³. In tale prospettiva si deve concludere che le norme vigenti e le pronunce giurisprudenziali⁵⁴ che già tutelano i diritti dei conviventi, favorendo così la convivenza a discapito del matrimonio - perché in regime di concorrenza verso quest'ul-

51 C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi ai diritti familiari*, op. cit., pp. 11-12

52 *Contra* CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 8/1996 in cui i giudici affermano che è da evitarsi il «configurare la convivenza come forma minore del rapporto coniugale, riprovata o appena tollerata». Cfr. altresì della stessa Corte sentenza 237/1986; sentenza 310/1989; ordinanza 352/1989 in cui la convivenza «non appare [...] costituzionalmente irrilevante» seppur non meriti la parificazione con il vincolo di coniugio. Infine cfr. G. ANZANI, *Diritto di famiglia e Pacs*, op. cit., p. 10. Di segno opposto PIO XI, *Casti Connubii*: «la legittima autorità ha diritto e dovere di frenare, impedire e punire questi turpi connubii, contrari a ragione e a natura». Il Sommo Pontefice indica la strada della sanzione penale in merito alla convivenza andando quindi ben oltre l'ambito della tolleranza

53 Necessario dal punto di vista giuridico e morale invece riconoscere ex art. 2 della Costituzione i diritti fondamentali, che spettano alla persona in quanto persona, al di là del fatto che sia convivente o coniugato. Cfr. CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 75/1991; sentenza 559/1989; sentenza 644/1988; sentenza 404/1988; G. CATTANEO, *Introduzione*, in G. BONILINI – G. CATTANEO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, op. cit., p. 22. Va da sé che altri diritti, seppur non fondamentali (es. i diritti creditorii), devono essere attribuiti o riconosciuti al verificarsi di condizioni o circostanze che esulano dal rapporto di convivenza in senso stretto. Convivenza che quindi appare in questi casi come elemento meramente accidentale. Cfr. sul punto e per analogia CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali*, § 9. A margine annotiamo che il divieto di favorire la convivenze – sia riconoscendo un istituto *ad hoc* sia riconoscendo i singoli diritti – si incardina prima di tutto su un piano morale che proibisce la collaborazione al male anche perseguendo una finalità moralmente lecita (esemplificando e per ipotesi: impedire il varo di leggi sulle unioni omosessuali). Cfr. A.R. LUÑO, *Etica*, op. cit., pp. 264-266. Sul tema cfr. J. JOBLIN – R. TREMBLAY (a cura di), *I cattolici e la società pluralista. Il caso delle leggi "imperfette"*, ESD, Bologna, 1996; GIOVANNI PAOLO II, *Evangelium vitae*, 73

54 Cfr. V. MARANO, *Le unioni di fatto*, op. cit. pp. 9-14; G. CATTANEO, *Introduzione*, G. BONILINI – G. CATTANEO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, op. cit., pp. 31-36; M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, op. cit., p. 193; G. ANZANI, *Diritto di famiglia e Pacs*, op. cit., p. 12; M. CASINI, *Situazione e proposte di legge*, op. cit., pp. 22-24; SF ALLA FAMIGLIA, *Testo unico dei diritti riconosciuti ai componenti di una unione di fatto*, in <http://www.siallafamiglia.it/wp-content/uploads/2015/01/TESTO-UNICO-CONVIVENTI-scarica-in-.pdf>, consultato il 21 Gennaio 2015 (il testo potrebbe essere convertito in un disegno di legge)

timo dato che è una forma di convivenza meno onerosa⁵⁵ dal momento che non c'è l'assunzione formale di particolari obblighi e perché erode lo stesso concetto di «famiglia» eliminando le differenze sostanziali tra i due legami⁵⁶ – e favorendo una relazione che rende più instabile il consesso sociale, sono antinomiche rispetto all'intero orientamento indicato dal plesso normativo in materia che è invece improntato al *favor matrimonii* e sono da ritenersi illegittime dal punto di vista costituzionale proprio perché non contemplate dal dettato della Costituzione: la formulazione dell'art. 29 «comporta anzitutto la incostituzionalità di dottrine come quelle del matrimonio collettivo, del libero amore»⁵⁷. Oltre a ciò, spostandoci su un piano strategico o di utilità, il riconoscimento giuridico delle convivenze – e il riconoscimento dei singoli diritti può essere prodromico a questo – è l'anticamera per il riconoscimento delle cosiddette «unioni civili omosessuali» o dei «matrimoni» omosessuali, come è avvenuto in Norvegia⁵⁸, Danimarca⁵⁹, Svezia⁶⁰ e Islanda⁶¹ dove le normative che legittimavano le coppie di fatto, formate da persone di sesso differente o omosessuali, sono state poi abrogate con le medesime leggi che andavano ad istituire

55 Cfr. B. POLLASTRINI, *Disegno di legge n. 1339 – Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi*, in cui esplicitamente si afferma: «la Corte [costituzionale *N.d.A.*] ha [...] ammesso che il legislatore possa, relativamente a profili particolari, dettare una disciplina, inevitabilmente “leggera”»; G. ANZANI, *Diritto di famiglia e Pacs*, op. cit., p. 13

56 Dato che alcune proposte miranti al riconoscimento dei diritti dei conviventi provengono anche da area cattolica è opportuno ricordare come si esprime il Magistero sul punto: cfr. CATECHISMO DELLA CHIESA CATTOLICA, n. 2390: «concubinato, rifiuto del matrimonio come tale, incapacità di legarsi con impegni a lungo termine [] tutte queste situazioni costituiscono un'offesa alla dignità del matrimonio; distruggono l'idea stessa della famiglia; indeboliscono il senso della fedeltà. Sono contrarie alla legge morale: l'atto sessuale deve avere posto esclusivamente nel matrimonio»; PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, op. cit., n. 227: «L'eventuale equiparazione legislativa tra la famiglia e le “unioni di fatto” si tradurrebbe in un discredito del modello di famiglia, che non si può realizzare in una precaria relazione tra persone» (corsivo nel testo)

57 C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, op. cit., p. 13

58 Cfr. testo normativo dal titolo «Lov om endringer i ekteskapsloven, barnelova, adopsjonsloven, bioteknologiloven mv.» del 27/06/2008, in <https://lovdata.no/dokument/LTI/lov/2008-06-27-53>

59 Cfr. testo normativo dal titolo «Lov om ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, lov om ægteskabets retsvirkninger og retsplejeloven og om ophævelse af lov om registreret partnerskab» del 7/06/2012, in http://www.ft.dk/RIPdf/samling/20111/lovforslag/1106/20111_1106_som_vedtaget.pdf

60 Cfr. testo normativo dal titolo «Lag (2009:260) om upphävande av lagen (1994:1117) om registrerat partnerskap» del 02/04/2009, in http://www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Lagar/Svenskforfattningssamling/Lag-2009260-om-upphavande-a_sfs-2009-260/

61 Cfr. testo normativo dal titolo «Lög um breytingar á hjúskaparlögum og fleiri lögum og um brottfall laga um staðfesta samvist (ein hjúskaparlög)» del 11/06/2010, in <http://www.althingi.is/altext/138/s/pdf/1302.pdf>

i «matrimoni» tra persone dello stesso sesso, a riprova che le prime erano meramente funzionali alle seconde.

Bibliografia

- ANZANI, G., *Diritto di famiglia e Pacs*, in *Famiglia oggi*, 2 (Febbraio 2006)
- ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*
- BINETTI, P., *La famiglia: soggetto sociale e risorsa per il Paese*, in AA.VV., *La famiglia: soggetto sociale e risorsa del paese*, Quaderni di Scienza & Vita, Cantagalli, Siena, 2012
- BONILINI, G., *Il matrimonio: la nozione*, in G. BONILINI – G. CATTANEO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, Utet, Torino, 1997
- CAMPANINI, G., voce *Matrimonio*, in F. COMPAGNONI – G. PIANA – S. PRIVITERA, *Nuovo dizionario di teologia morale*, San Paolo, Cinisello B.mo (MI), 1994
- *Realtà di ieri e problemi di oggi*, in *Famiglia oggi*, 2 (Febbraio 2006)
- CASILLO, P., *Indissolubilità e non divorzio*, Casa Mariana Maria SS del Buon Consiglio, Frigento (AV), 1989
- CASINI, M., *Situazione e proposte di legge*, in *Famiglia oggi*, 2 (Febbraio 2006)
- CATTANEO, G., *Introduzione*, in G. BONILINI – G. CATTANEO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, Utet, Torino, 1997
- CHIAPPETTA, L., *Codice di diritto canonico*, Edizioni Dehoniane, Roma, 1996
- COLAFEMMINA, F., *Il matrimonio nella Grecia classica – Riti e tradizioni oltre le mistificazioni contemporanee, per un'etica matrimoniale condivisa fra ellenismo e cristianesimo*, Edizioni Settecolori, Lamezia Terme (CZ), 2011
- CONCILIO VATICANO II, *Gaudium et spes*
- CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali*
- *Dignitas personae*
- *Donum vitae*
- D'AGOSTINO, F., *Sessualità. Premesse teoriche di una riflessione giuridica*, Giapichelli, Torino, 2014

- DOGLIOTTI, M., *Famiglia di fatto*, in Dig. disc. priv., sez. civ., 1992
- *La separazione personale ed i suoi effetti*, in G. BONILINI – G. CATTANEO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, Utet, Torino, 1997
- DONATI, P., voce *Famiglia*, in F. DEMARCHI – A. ELLENA – B. CATTARINUSI (a cura di), *Nuovo dizionario di sociologia*, San Paolo, Cinisello B.mo (MI), 1994
- EURIPIDE, *Andromaca*
- FELICIANI, G., *Le basi del diritto canonico*, Il Mulino, Bologna, 1995
- FREEDOM FEDERATION, *We Stand in Solidarity to Defend Marriage and the Family and Society Founded Upon Them*, in *Bioetica*, n. 2-3, 2013
- GHIRLANDA, G., *Il diritto nella Chiesa*, Edizioni San Paolo, Cinisello B.mo (MI) – Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2006
- GIOVANNI PAOLO II, *Catechesi su Famiglia e Sacra Scrittura*, 5 settembre 1979
- *Evangelium vitae*
 - *Familiaris consortio*
 - *Omelia del 15 novembre 1980, Colonia*
- GRASSETTI, C., *I principii costituzionali relativi al diritto familiare*, Barbera Editore, Firenze, 1949
- GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, *Il diritto nel mistero della Chiesa*, Pontificia Università Lateranense, Roma, 2004
- JOBLIN, J. – TREMBLAY, R. (a cura di), *I cattolici e la società pluralista. Il caso delle leggi "imperfette"*, ESD, Bologna, 1996
- LANGLOIS, J.M.I., *La dottrina sociale della Chiesa*, Ares, Milano, 1989
- LEONE XIII, *Arcanum divinae*
- LUÑO, A.R., *Etica*, Le Monnier, Firenze, 1992
- MARANO, V., *Le unioni di fatto*, Giuffrè, Milano, 2005
- MARCONI, D., *La competenza lessicale*, Laterza, Roma, 1999
- MODESTINO, *Digesta*
- MORA, A., *La separazione consensuale*, in G. BONILINI – G. CATTANEO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, Utet, Torino, 1997
- PALMARO, M., *Coppie di fatto*, in T. SCANDROGLIO (a cura di), *Questioni di vita & di morte*, Ares, Milano, 2009
- PAOLO VI, *Humanae vitae*

- PASTORI, F., *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, Cisalpino, Bologna, 1994
- PIO XI, *Allocuzione alle Ostetriche (29 ottobre 1951)*
- *Casti Connubii*
- PIO XII, *Discorso ai partecipanti al II Congresso Mondiale di Napoli sulla fecondità e sterilità umana (19 maggio 1956)*
- PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, LEV, Città del Vaticano, 2004
- PUTNAM, H., *Etica senza ontologia*, Bruno Mondadori, Milano, 2005
- RELATIONSHIP FOUNDATION, *Counting the Cost of Family Failure – Update 2104*, in <http://www.relationshipsfoundation.org/wp-content/uploads/2014/08/Counting-the-Cost-of-Family-Failure-2014-Update.pdf>
- *Why Does Marriage Matter?*, in http://www.relationshipsfoundation.org/wpcontent/uploads/2014/02/why_marriage_matters.pdf
- ROSMINI, A., *Filosofia del diritto*, Boniardi-Pogliani, Milano, 1858
- ROSSI, G., *La famiglia come relazione sociale tra sfide e risorse*, in AA.VV., *Famiglia e vita*, Gribaudi, Milano, 2006
- SAMEK LODOVICI, G., *Famiglia e divorzio: se non è per sempre non è matrimonio*, in AA.VV., *Famiglia e vita*, Gribaudi, Milano, 2006
- *Matrimonio e divorzio*, in T. SCANDROGLIO (a cura di), *Questioni di vita e di morte*, Ares, Milano, 2009
- SANTA SEDE, *La carta dei diritti della famiglia*, EDB, Bologna, 1983
- SCANDROGLIO, T., *Colpe morali e limiti dell'azione sanzionatoria dell'ordinamento giuridico*, in *Studi giuridici europei*, Giappichelli, Torino, (2011/2012)
- *Il bene comune come limite all'azione del sovrano nella prospettiva tomista*, in *Rivista di filosofia neo-scolastica*, 1 (Gennaio-Marzo 2013)
 - *La teoria neoclassica sulla legge naturale di Germain Grisez e John Finnis*, Giappichelli, Torino, 2012
- SGRECCIA, E., *Manuale di bioetica*, Vita & Pensiero, Milano, 2007
- TOMMASO D'AQUINO, *Summa contra Gentiles*
- VILLA, G., *Gli effetti del matrimonio*, in G. BONILINI – G. CATTANEO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, Utet, Torino, 1997

Nuove tensioni nella filiazione

GABRIELLA GAMBINO

1. L' "interesse preminente del minore" nel discorso sociale

Nell'ambito del più ampio orizzonte che definisce oggi le nuove tensioni nel matrimonio e nella famiglia, uno sguardo particolare va rivolto al tema della generazione della vita umana, ossia dei figli.

Due recenti decisioni in materia di adozione e di filiazione meritano l'attenzione del giurista. Anzitutto la sentenza n. 299/2014 del Tribunale per i minorenni di Roma, che riguarda il primo caso in Italia di *stepchild adoption*¹ in favore di una donna a cui il Tribunale ha riconosciuto l'adozione di una bambina minore d'età, figlia biologica della convivente. La *stepchild adoption* finora era stata utilizzata solo all'estero con lo scopo di realizzare un progetto di c.d. "genitorialità condivisa" nei casi in cui non fosse possibile ricorrere all'adozione semplice.²

Il caso in esame si inserisce in un quadro piuttosto complesso, che investe la questione di una coppia omosessuale, sposata in Spagna e composta da due donne, una delle quali ha partorito una figlia all'estero mediante fecondazione eterologa. Al di là delle molteplici questioni giuridiche sottese al caso - già commentate dalla dottrina - quel che in questa sede si intende mettere in rilievo è la domanda di fondo che il Tribunale si è posto, ossia se l'adozione prevista per i "casi particolari" (*ex art. 44, L. 184/1983*) a cui si è fatto riferimento potesse realizzare *l'interesse preminente* della minore (verifica imposta dall'art. 57 della stessa L. 184/1983). Tale domanda, infatti, non rinvia solo ad alcune questioni giuridiche *strictu sensu*, ma a questioni di ordine psicologico e sociale, che, in una prospettiva interdisciplinare, servono ad integrare la riflessione della Corte per formulare una

1 Il termine *stepchild adoption* significa "adozione del figliastro". Si tratta dell'adozione - da parte di uno dei due componenti di una coppia - del figlio, naturale o adottivo, del partner e può riferirsi sia a coppie eterosessuali sia omosessuali, anche se viene comunemente riferita a coppie dello stesso sesso.

2 Cfr. la nota a sentenza di Matteo Pompei, *Diritti e tutele in tema di adozione*, in <http://www.pensareildiritto.it/diritti-e-tutele-in-tema-di-adozione>.

risposta al quesito³. Così, in seguito al suo esame, il Collegio del Tribunale ha concluso - in via generale - che *non sussistono certezze scientifiche o dati di esperienza riguardo all'effetto pregiudizievole per un minore di crescere nell'ambito di una coppia formata da individui dello stesso sesso*. Il rapporto tra la minore e la convivente della madre biologica, cioè, non avrebbe nulla di diverso rispetto ad un vero e proprio vincolo genitoriale, nonostante la bambina si ritrovi di fatto e di diritto due madri allo stesso tempo e nessun padre. A sostegno di tale affermazione il Tribunale, contraddicendo quanto evidenziato nella medesima sentenza riguardo all'irrelevanza del vincolo matrimoniale per l'adozione speciale, ha posto l'accento sul fatto che la coppia ha contratto matrimonio in Spagna, sebbene per l'ordinamento italiano le due donne non siano sposate e non possano esserlo. Ciò premesso, il Tribunale per i minorenni ha concluso che l'adozione da parte della convivente della madre biologica *risponda pienamente all'interesse della minore*, visto che non vi sono certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio, che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. Una differente interpretazione, a parere del Tribunale, attuerebbe delle discriminazioni, che, a questo punto, si potrebbero configurare anche in altre ipotesi di "genitorialità diverse" che la giurisprudenza da ora in avanti potrebbe voler rendere meritevoli di tutela.

Ciò premesso, l'aspetto che qui si intende mettere in evidenza non riguarda la caratteristica peculiare della coppia, e cioè il fatto che essa sia costituita da due persone dello stesso sesso, quanto piuttosto il metodo della riflessione impostata dal Tribunale. La risposta della Corte, infatti, è stata formulata, in altre parole, rinviando al sapere scientifico e, in particolare, ad un sapere specialistico - quello della psicanalisi - che in realtà, come messo acutamente in evidenza, sebbene scientificamente orientato, non si occupa dell'esperienza generale, né di un'esperienza generalizzabile - al pari del diritto - ma di "ciò del quale Aristotele diceva che non c'è scienza, e

3 In particolare, il tribunale verifica: 1) se ricorrono le circostanze di cui all'articolo 44; 2) se l'adozione realizza il preminente interesse del minore. A tal fine il tribunale per i minorenni, sentiti i genitori dell'adottando, dispone l'esecuzione di adeguate indagini da effettuarsi, tramite i servizi locali e gli organi di pubblica sicurezza, sull'adottante, sul minore e sulla di lui famiglia. nello specifico, l'indagine dovrà riguardare: a) l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare degli adottanti; b) i motivi per i quali l'adottante desidera adottare il minore; c) la personalità del minore; d) la possibilità di idonea convivenza, tenendo conto della personalità dell'adottante e del minore.

cioè del singolare, della singolarità del soggetto umano”⁴. Per questo, tale tipo di esperienza diventa difficilmente spendibile nello *spazio pubblico*, dove invece opera il diritto.

Il sapere che l’analista trae dall’esperienza, inoltre, oltre ad essere singolare, non è mai *predittivo*, anche perché viene estratto a posteriori dalle vicende vissute dalle persone. E’ per tale motivo che la domanda che viene normalmente rivolta allo specialista (“la tua esperienza dimostra che i bambini adottati da coppie omosessuali avranno più problemi degli altri?”) è mal posta. Essa utilizza termini universali per esprimere realtà del tutto singolari, “cioè i soggetti coi loro sintomi, ciascuno dei quali, come caso singolo, potrebbe anche smentire o contraddire una previsione generale”⁵. La domanda, in altre parole, *non ha senso come domanda scientifica*. Eppure, nel dibattito pubblico più recente, non solo riemerge in maniera insistente, ma appare avere un senso, sembra cioè la *chiave* per risolvere una volta per tutte il dubbio che ancora resta circa la giustezza della risposta positiva del diritto alla domanda di adozione da parte dei single e delle coppie dello stesso sesso.

In realtà, il vero problema che la domanda fa emergere è di natura epistemologica: essa sembrerebbe porre al centro della questione la soggettività, il bambino, con i suoi bisogni individuali e identitari. Ma per come è posta e per il soggetto che la pone (l’apparato pubblico dello Stato), essa tende di per sé ad escludere la soggettività e la singolarità per formulare una risposta generale: l’unica che può interessare il diritto.

E’ in questi termini che si può percepire in maniera sottile l’operare della biopolitica, ossia di quel sistema di controllo sociale - che autorevole dottrina⁶ ha definito come una forma di biopotere - che tende ad utilizzare il sapere scientifico come un modello per guidare le proprie azioni nei confronti della generalità dei consociati e della loro vita. All’interno di questo quadro, la “scienza viene utilizzata come un sapere che esclude il soggetto”. Agli addetti del funzionamento sociale, infatti, preme di sapere “in che misura le persone possono rientrare nei suoi ranghi, possono sopravvivere alle condizioni di vita che il funzionario sta calcolando per loro”. I criteri ai quali essi si ispirano sono quelli del “funzionamento sociale” del soggetto e del “funzionalismo sociale” del diritto: essi utilizzano una forma di sapere

4 M. Binasco, *Gender: una questione di civiltà*, in “Rivista Teologica di Lugano”, XIX (2/2014), p. 31.

5 M. Binasco, *Gender...*, cit.

6 F. D’Agostino, *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2011.

scientifico in una prospettiva anonima, che non si rivolge al soggetto per interpellarlo personalmente, ma per agire direttamente sulle sue condizioni di vita, sui suoi desideri e le sue possibilità.

Una prospettiva ben diversa da quella che invece si pone dal punto di vista del soggetto e che è davvero interessata al *discorso dell'altro*. Ogni esperienza ha bisogno di luoghi e legami nei quali possa essere detta. Ma ci sono luoghi - come, in tal caso, i discorsi sociali - che escludono il soggetto dalla loro prospettiva con l'effetto di cancellare ogni traccia dell'esperienza autentica dell'individuo. E come spiega la psicanalisi stessa, quando diventa impossibile *dire bene* la propria esperienza, diventa difficile sapere di che cosa si stia parlando, sia a livello individuale che a livello collettivo. Col risultato che nello spazio pubblico, *al diritto* - incapace di prendere le mosse dalla realtà più profonda dell'esperienza umana - diventa possibile dire tutto e il contrario di tutto.

Tornando per un attimo all'argomento del "miglior interesse del bambino" (*best interest of the child*), non si spiega l'alternanza nell'atteggiamento dei giudici italiani nei confronti di tale principio. Esso, infatti, è stato preso in considerazione per affermare l'inesistenza di prove circa l'effetto pregiudizievole della presenza di due madri o di due padri nella vita di un bambino, mentre è stato decisamente escluso quando si è trattato di valutare la legittimità costituzionale della fecondazione eterologa: una tecnica che mette in contrapposizione l'interesse del figlio ad avere due genitori biologici presenti nella sua vita e l'interesse/diritto degli adulti sterili ad avere un figlio che il diritto qualifichi come proprio⁷. Nella valutazione del tribunale supremo, infatti, l'esperienza individuale del bambino concepito con l'eterologa non è parsa rilevante rispetto al più pregnante interesse sociale a dare una disciplina alla materia, attraverso il meccanismo del *bilanciamento dei principi*, che, nella pratica giuridica, sempre più spesso si sta tra-

7 La sentenza della Corte Costituzionale n. 162/2014 (in G.U. 1a Serie Speciale - *Corte Costituzionale* n. 26 del 18-6-2014) che ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa previsto dalla l. 40/2004, ha stabilito che la "tutela dell'embrione [ossia di un figlio] non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione (sent. n. 151 del 2009)" degli adulti. Sebbene abbia riconosciuto che la procreazione medicalmente assistita coinvolga "plurime esigenze costituzionali", queste richiedono un "ragionevole bilanciamento che assicuri un livello minimo di tutela legislativa ad ognuno". E pur dichiarando di non voler riconoscere ad alcuno dei valori costituzionali implicati una tutela assoluta, i giudici hanno dato totale preminenza a quelli che realizzano gli obiettivi e le esigenze perseguiti dal Legislatore, ossia "la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità" degli adulti (art.1, co. 1). Sul punto già L. D'Avack, *L'ordinanza di Salerno: ambiguità giuridiche e divagazioni etiche*, in "Il diritto di famiglia e delle persone", 2010/4, pp. 1737-1760.

ducendo nel criterio selettivo della legge del più forte. Il soggetto debole, cioè, finisce per non interessare al discorso sociale, che tende piuttosto a massificare l'esperienza dell'individuo e ad annullarne la soggettività.

Nello stesso senso, anche le decisioni più recenti prese a livello europeo in materia di adozione dei minori riflettono nuove interpretazioni del principio del *miglior interesse* del bambino: la Convenzione europea sull'adozione dei minori (7 maggio 2008) consente l'adozione da parte di coppie non sposate, ma registrate, (contravvenendo alle leggi nazionali che impongono il requisito del matrimonio per la domanda di adozione) e invita gli Stati ad estendere lo stesso principio alle coppie dello stesso sesso⁸. D'altro canto, il fatto stesso di legare la filiazione non più al *fatto* della nascita - ossia all'atto di generare - ma all'*atto* di nascita - ossia ad un atto legale - rende irrilevante la caratterizzazione sessuale dei genitori stessi e tende a nascondere la verità della storia familiare dell'individuo. La fecondazione eterologa va in questa direzione, dal momento che pone i presupposti per una *genitorialità legale* non più corrispondente a quella biologico-genetica, e dunque nemmeno necessariamente fondata sulla differenza sessuale tra i genitori legali.

Il secondo caso, che suscita un particolare interesse per il tipo di rapporto che stabilisce tra il minore e il suo *bisogno di famiglia*, riguarda la decisione del Comune di Torino che, sulla scia di una sentenza della Corte di Appello, ha deciso di trascrivere il nome di un bambino nel registro di stato civile come figlio di due madri, coniugate, ma anche divorziate in Spagna, invocando il diritto all'identità personale del minore e ai fini della tutela del suo status di figlio delle due donne in Italia. La decisione è stata presa a prescindere dalle norme italiane sulla filiazione e la famiglia e, in particolare, nonostante il bambino avesse sia una madre che un padre, per quanto quest'ultimo sia stato rimosso dall'immaginario collettivo, trattandosi di un padre *biologico* intervenuto nell'ambito di una fecondazione eterologa, che nasconde nell'anonimato l'identità di quello stesso padre. In questo specifico caso, il preminente interesse del minore è stato individuato nella continuità del rapporto educativo e di cura da parte delle due madri (una è la madre genetica, l'altra la madre portante della gravidanza), che non solo sono state trattate dal sistema giuridico come una qualsiasi coppia formata da due genitori divorziati (laddove invece il loro coniugio e il loro divorzio non possono avere rilevanza per il nostro ordinamento), ma

8 Così anche la Corte Europea sui Diritti dell'Uomo a partire dal 2008 (caso E.B.-France).

senza alcuna considerazione per il fatto che fossero due madri della stessa bambina (fatto che per il diritto non può sussistere) e che ciascuna di esse volesse poter interagire con la bambina secondo un rapporto di filiazione monogenitoriale (per il quale il diritto mette in relazione il figlio con ciascun genitore piuttosto che con i genitori, come invece avviene nell'ambito del matrimonio).

Nel matrimonio, infatti, il diritto ha sempre tratto dalla natura i cardini dell'istituto familiare nella tutela della filiazione. Il matrimonio tra un uomo ed una donna è il nucleo attorno a cui ruota lo statuto giuridico dei figli: sulla presenza di un uomo e di una donna, uniti dal vincolo matrimoniale, si costruiscono anche *di diritto*, i ruoli familiari: madre è colei che partorisce il figlio, padre è il marito della donna, figlio è colui che viene generato. Tali ruoli integrano il rapporto genitori-figlio come relazione *triadica* e reciproca: in presenza del matrimonio il rapporto di filiazione è il rapporto del figlio con entrambi i genitori.

Nei nuovi rapporti di filiazione, invece - che negli ultimi anni si vanno configurando al di fuori del matrimonio ma anche al di fuori della generazione personale naturale (con la fecondazione artificiale) - non essendoci sovente alcun vincolo tra i vari genitori biologici e/o sociali, si può configurare solo il rapporto del figlio con *il* genitore che il diritto intende tutelare, e con ciascun genitore avrà un rapporto autonomo e individuale (art. 258 c.c.). In tal senso, il diritto non riesce più a valorizzare il significato autentico della *famiglia* come luogo dove si generano legami forti e certi per far crescere un figlio, ma può solo garantire a quest'ultimo la possibilità di sentirsi inserito in uno dei gruppi sociali in cui si può svolgere la sua personalità (ex. art. 2 cost.), o quantomeno può farlo sentire legato a coloro che vogliono prendersi cura di lui. La fragilità, l'assenza o l'irrilevanza del vincolo che unisce i due genitori riduce il rapporto educativo e gli stessi ruoli a *funzioni* all'interno di un gruppo che può benissimo non avere gli obiettivi di una famiglia. In tal senso, *simbolicamente*, ai figli nulla può essere garantito, per lo meno in termini di *universo familiare*.

Peraltro, al di fuori dei vincoli si possono creare infinite forme di "pluri-genitorialità" e tracciare così originali e a volte imprevedibili legami biografici tra genitori e figli. Significativo al riguardo il recente caso italiano di scambio di embrioni tra coppie che erano ricorse alla fecondazione in vitro e che ha obbligato i giudici a frammentare il concetto di maternità,

separando e azzerando il significato della maternità biologica rispetto a quella gestazionale⁹.

Nel senso di valorizzare solo l'aspetto biologico della generazione dei figli vanno anche i recenti tentativi di produrre bambini in vitro con spermatozoi e ovociti derivanti da linee cellulari somatiche della stessa persona¹⁰. A commento di queste innovative pratiche sperimentali, alcuni bioeticisti parlano della possibilità di produrre "generazioni multiple di esseri umani in vitro"¹¹. Così come si prospetta l'ipotesi di una "genitorialità genetica molteplice", che permetterebbe a più di due persone di essere simultaneamente coinvolte nella generazione di un essere umano (per es. due donne e un uomo, mediante l'utilizzo di un ovulo contenente il Dna nucleare di una donna e il Dna mitocondriale di un'altra donna, nel caso in cui la prima abbia una patologia genetica legata ai mitocondri): ipotesi che contribuirebbe a liberare i ruoli parentali dai vincoli delle generazioni biologiche attraverso la produzione in vitro, con il rischio però di creare sovrapposizioni tra genitorialità biologiche ed espandendo in maniera radicale il principio dell'autonomia riproduttiva individuale. Insomma, nuove forme di "sperimentazione sociale" attraverso l'alterazione e la possibilità di rendere invisibili i legami familiari, creando degli orfani *ad hoc* per poterli poi assegnare a chi li ha commissionati¹².

Non ha tutti i torti Sergio Cotta quando afferma che la scissione tra coniugalità e genitorialità sta conducendo alla dissoluzione della specifica unità strutturale e giuridica della famiglia: non c'è più famiglia, si hanno altre "cose"¹³.

In altre parole, la condizione familiare appare nel discorso pubblico sempre meno rilevante. La categoria di *figlio* tende ad essere ridotta a quella di *soggetto*: all'ordinamento - e dunque alla società civile - non interessa che una persona nasca da genitori uniti o meno in matrimonio, quanti siano i suoi genitori, se abbiano con essa un rapporto reale o solo immaginario, carnale o confinato nella fantasia ("come sarà mio padre?" "com'è mia madre?" si domandano i figli dei donatori anonimi dell'eterologa). Rileva solo essere

9 Tribunale di Roma, Prima Sez. civile, Ordinanza n. 50935 dell'8 agosto 2014 sullo scambio di embrioni umani.

10 Si veda il numero del 24 dicembre 2014 della rivista "Cell".

11 R. Sparrow, *In vitro eugenics*, "Journal of Medical Ethics", 2014, vol. 40, n. 11, pp. 725-731.

12 H. Mertes, *A moratorium on breeding better babies*, in "Journal of Medical Ethics", 2014, vol. 40, n. 11, pp. 734-735.

13 S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenomologia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 124.

individui. La stessa adozione particolare, a cui si vuole fare ricorso per dare due genitori a bambini cresciuti da coppie dello stesso sesso, esclude il costituirsi di vincoli di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante. E ciò esclude simbolicamente, oltre che giuridicamente, la possibilità che il minore sia accolto all'interno di un universo familiare inter-generazionale ed intragenerazionale, indispensabile allo sviluppo della sua identità.

Perché, che lo si voglia o no, i punti di riferimento psichici nella costruzione della nostra identità affondano le radici nelle nostre origini, nel modo in cui siamo stati pensati e generati e nelle persone concrete che ci hanno *di fatto* generati.

In questi termini, la rimozione della nostra "reale" condizione familiare dal discorso sociale si rivela un processo di autentica negazione, di fuga dalla realtà dell'*humanum*¹⁴. Eppure lo sappiamo che l'identità e la vita familiare sono dimensioni della persona che esigono un orientamento *verso il reale* nei loro rapporti con le generazioni; ed è la possibilità di risalire alle proprie origini il presupposto per poter guardare al futuro¹⁵. Non per altro, in tutt'altro contesto e situazione, una recente decisione di un tribunale italiano ha riconosciuto il diritto di un nonno a frequentare la nipote, nonostante il parere contrario della madre della ragazza, proprio per l'importanza che è stata riconosciuta ai *parenti*, ossia a coloro che fanno parte di quel tessuto di vita familiare che contribuisce a costruire l'esistenza e l'identità del minore.

2. Biologizzazione e socializzazione della filiazione

Alla radice di questa *trasparenza* del reale bisogno di famiglia dei minori c'è il *démariage*¹⁶, la ridefinizione del ruolo e dello spazio riservato al matrimonio nel sistema occidentale della parentela e nell'organizzazione della dimensione sessuata della vita sociale. Il *démariage*, infatti, non rappresenta solo l'istituzionalizzazione di nuove modalità di essere coppia, quanto piuttosto una ritematizzazione del concetto di *generazione* della vita e di *filiazione*. Ossia, di famiglia. Nei sistemi giuridici occidentali esso si sta esprimendo attraverso la filiazione monoparentale, l'adozione per i single e per le coppie dello stesso sesso, la fecondazione artificiale omologa

14 S. Freud, *La perdita della realtà nella nevrosi e nella psicosi*, (1924), in *Opere*, vol. X, Torino, 1978, pp. 39-43.

15 M. Binasco, *Gender...*, cit., p. 37.

16 I. Théry, *Le Démariage*, Paris, Odile Jacob, 1993.

ed eterologa anche per conviventi *more uxorio*, la maternità surrogata per coppie eterosessuali, omosessuali e donne single. Possibilità che appaiono semplicemente come opzioni per ottenere il figlio desiderato, partendo dal presupposto che avere figli non dipende più necessariamente dalla presenza di un uomo e di una donna e dunque da una relazione sessuale, ma dalla volontà di un soggetto che decide di utilizzare una delle pratiche sociali disponibili.

Agli occhi del giurista tali pratiche non sono che modalità di *contrattualizzazione della procreazione* (ossia si procrea sulla base di contratti, perché tali sono i moduli di consenso informato che si sottoscrivono nei centri di fecondazione assistita), che stanno facendo della maternità tecnologica un *nuovo paradigma antropologico*. In particolare, le recenti decisioni giurisprudenziali che hanno fatto della generazione eterologa una modalità di filiazione giuridicamente rilevante hanno imposto al diritto di sancire delle nuove finzioni giuridiche destinate a fondare la filiazione non più sul principio di verità, ma sul principio di autodeterminazione della coppia (coniugata o meno)¹⁷, sulla volontà di chi sceglie di diventare genitore tramite la capacità procreativa di un terzo e magari di un quarto individuo. Un aspetto che non resterà privo di conseguenze per l'identità dei figli, privati dei legami biologici familiari necessari alla comprensione di sé: le finzioni giuridiche, infatti, hanno proprio la funzione di nascondere la verità, ossia la *certezza della filiazione*, "sapere davvero di chi siamo figli".

L'effetto più direttamente percepibile di queste pratiche biomediche è quello di "biologizzare la filiazione", ossia di ridurla ad un mero affare di laboratorio, medicalizzando il concepimento. Il riduzionismo biologico che si insinua nell'idea di "fare" un figlio attraverso i meccanismi pervasivi del mercato della fecondazione artificiale, ancora una volta, ha l'effetto di distaccare l'uomo dalla consapevolezza dell'importanza della propria *esperienza filiale*. E l'esperienza autentica della filiazione - quella che consente all'individuo di *gettarsi* consapevolmente nell'esistenza - è quella di chi sa

17 Così la recente sentenza della Corte Costituzionale italiana, n. 162/2014. Come prescrive la sentenza, "anche i nati [dall'eterologa] «hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime». Della nuova concezione della paternità il legislatore ordinario si è, peraltro, di recente dimostrato consapevole, modificando l'art. 231 del codice civile, il quale, nel testo novellato dall'art. 8 del decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219), stabilisce, significativamente, che «Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio», risultando così sostituita l'originaria formulazione della norma, la quale disponeva, invece, che «Il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio».

di essere stato un dono, una sorpresa, una presenza desiderata nell'ordine dell'amore e della realtà.

La biologizzazione della filiazione attraverso la moltiplicazione delle figure genitoriali non genera *tessuti familiari* a partire da persone incarnate e sessuate, ma manipolando i corpi persegue semplicemente un risultato concreto (si pensi alle procedure personalizzanti di prelievo dello sperma nelle cliniche fecondazione assistita o alle tecniche di prelievo degli ovuli sotto anestesia o in sedazione, per evitare quel coinvolgimento psicologico - i nostri gameti hanno a che fare con la nostra sessualità e la nostra identità più profonda - che metterebbe in difficoltà le pazienti e i medici). Ci deve poi pensare il diritto ad istituire e sciogliere artificiosamente ruoli, status e funzioni intorno a quei soggetti che appaiono e scompaiono a seconda della formula prescelta dal giurista, al quale è affidato l'onere di dare quantomeno un ragionevole risalto anche al *best interest* del minore.

In altre parole, se la tecnica e la medicina biologizzano la filiazione sul piano dei fatti, il diritto si fa carico di "socializzarla", di renderla cioè *pensabile* all'interno di un *discorso sociale*. Lo può fare con l'omoparentalità, la step-child adoption, il divieto di disconoscimento di paternità e maternità dei figli derivanti da eterologa, ecc., e dando nomi e ruoli diversi ai vari genitori: la madre uterina, la madre legale e sociale, la datrice dei gameti, il datore anonimo dello sperma, il genitore 1, il genitore 2 e il genitore 3.

D'altra parte, la contrapposizione tra genitore *biologico* e genitore *sociale* è molto complessa. La genitorialità sociale di cui si parla oggi e che si cerca di legittimare con il diritto non fa affatto riferimento al concetto di genitorialità così come lo ha inteso l'antropologia contemporanea fino a Lévi-Strauss. Essa infatti *non allude al sistema simbolico della parentela* come status sociale, quello *status che nessun individuo può darsi da sé*. La caratteristica propria dello status di padre e madre è sempre stata quella di essere conferito attraverso i rituali (che poi sono matrimoniali) che esige il sistema della parentela in cui è inserito il soggetto stesso.

Oggi, invece, la genitorialità sociale tende ad essere definita a partire da un legame psicologico e affettivo, o da un impegno morale generato nel quadro di una progettualità genitoriale. Il concetto di genitorialità sociale, cioè, viene confuso con l'idea della genitorialità psicologica¹⁸. Ma credere

18 Cfr. Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, *Filiation, origine, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, (Rapport du Group de Travail «Filiation, origine, parentalité»). Il gruppo era presieduto da Irène Théry), 2014, pp. 35, ss.

che l'impegno in un senso generico sia sufficiente per fondare la filiazione e sostituire l'impegno fondato sulla *regola della realtà* implica *disconoscere il ruolo dell'istituzione* (in questo caso familiare) nell'esistenza umana.

Quanto siano problematiche sul piano soggettivo le relazioni che stanno alla base di questo ripensamento sociale della generazione della vita ce lo dicono l'esperienza e la psicanalisi. Ma a questo aspetto oggi bisognerebbe prestare grandissima attenzione, perché la cultura che scaturisce dalla medicalizzazione della procreazione umana, soprattutto come dimensione femminile che tende a ridurre il senso della maternità alla capacità procreativa, tende a favorire contesti nei quali con maggiore facilità - per esempio - può insorgere il *complesso materno*, ossia quella condizione caratterizzata da un rafforzamento di alcuni istinti femminili che la psicoanalisi del Novecento ha potuto studiare in molte delle sue sfaccettature e che, in ultima istanza, non sono che l'espressione di una profonda sofferenza umana.

Nel suo saggio sull'archetipo della Madre e il complesso materno, Jung osserva come esso possa generare un'ipertrofia del femminile, con un eccessivo rafforzamento dell'istinto materno fino a ridurre lo scopo della femminilità alla procreazione. Per questo tipo di donna

“[...] l'uomo è palesemente un elemento accessorio, essenzialmente strumento di riproduzione, annoverabile agli oggetti ai quali deve accudire [...]. La sua propria personalità è per lei un elemento di secondaria importanza [...] in quanto vive negli altri e attraverso gli altri, in identificazione con loro. Questo tipo di donna prima fa i figli, poi ai figli si aggrappa, non avendo all'infuori di essi alcuna *raison d'être*. Come Demetra, strappa agli dèi diritto di possesso sulla propria creatura”¹⁹.

Su questi rischi oggi non abbiamo molto spazio per riflettere. La tecnologia che rapidamente si insinua nella tragica scoperta della sterilità non dà tempo alla riflessione, non dà tempo al dolore di emergere e di essere nominato e riconosciuto. E ci priva facilmente delle condizioni per poter essere consapevoli delle motivazioni che ci spingono a compiere scelte che hanno ricadute etiche e antropologiche importanti per la nostra vita.

Soprattutto con l'eterologa, si accentua sul piano sociale quell'atteggiamento che da sempre esiste nell'inconscio femminile nei confronti della maternità, e cioè il desiderare la gravidanza per se stessa, come esperienza femminile, al di là del fatto di viverla come esperienza di coppia. In fondo,

19 C. G. Jung, *Gli aspetti psicologici dell'archetipo della Madre (1938-1954)*, in *Opere, Gli archetipi e l'inconscio collettivo*, Torino, Bollati e Boringhieri, 2002, pp. 87-88.

lo specifico del femminile sono proprio la maternità e la capacità della donna di accogliere la dimensione relazionale come parte integrante della sua identità. Una relazionalità che la donna è capace di estendere dal figlio al padre di suo figlio, includendo entrambi nella relazione virtuosa e triadica che serve a sviluppare in maniera armoniosa ed equilibrata l'identità di tutti i soggetti familiari. La tecnologia procreativa altera questo rapporto armonioso tra la donna, la propria maternità e il padre del bambino. La altera perché quando si inserisce la presenza/assenza di un donatore anonimo si pone la donna al di sopra della dinamica naturale della procreazione, trasformandola in un corpo che la scienza può rendere potente e fecondo anche senza il suo partner, anche senza *un* partner.

Ricerche recenti dimostrano che all'interno delle coppie che ricorrono all'eterologa non è raro il caso di uomini in cui il senso di inferiorità aumenta all'idea di una gravidanza eterologa vissuta nei termini psicologici di una infedeltà coniugale: quasi la metà degli uomini non desidera essere presente alle applicazioni; così come le donne non desiderano il marito accanto a sé. Sempre più spesso, poi, nell'esperienza concreta di coloro che ricorrono all'eterologa con donazione di ovulo, la donatrice si fa viva con la famiglia del bambino, creando conflittualità e tensioni all'interno della famiglia. E per quanto riguarda i figli, "solo negli Stati Uniti sono più di trentamila i figli nati da donatore sconosciuto che hanno affidato al Web la ricerca delle proprie radici."²⁰

3. Frammentazione della genitorialità e bisogno di omogeneità nella filiazione

Tuttavia, per il giurista attento i problemi non finiscono qui. Da un lato si moltiplicano le opzioni per *frammentare la genitorialità*: la scissione della genitorialità biologica da quella sociale, così come la generazione dei figli tramite la produzione in laboratori che cancellano la presenza sessuata dei genitori biologici sono ormai scelte istituzionalizzate, che avranno un posto importante nella storia di questi figli, con tutte le implicazioni e le incertezze che porteranno con sé.

D'altro canto, però, proprio per cercare di ovviare alle differenze che sono state introdotte nel modo di essere generati, si sta tentando di rendere

20 F. Agnoli, *L'eterologa è un diritto: gli orribili abissi che si aprono nell'ordine naturale*, in "Libertà", 11 settembre 2014, p. 34. Cfr. anche C. Flamigni, S. Vegetti Finzi, M. Mengarelli, *Volere un figlio. La nuova maternità fra natura e scienza*, Milano, Mondadori, 1997.

unitario e omogeneo il concetto di filiazione: alla luce delle più recenti riforme giuridiche in Italia, ad esempio, la distinzione tra figli naturali, figli legittimi e figli incestuosi è stata eliminata; ma se il trattamento equo e paritario aveva un senso laddove si verificavano ingiuste “discriminazioni” nei confronti dei minori, rendere irrilevante *ogni* differenza tra figli naturali e figli legittimi ha reso socialmente inutile il matrimonio.

Che poi è ciò che si intende per *démariage*: disancorare la filiazione dall’ordine della sessualità umana e, dunque, dal coniugio. E’ così che sociologi e giuristi sono giunti a proporre un diritto della filiazione *comune e pluralista*²¹, in grado di tenere conto della specificità di ogni forma possibile di filiazione. Alla radice c’è infatti un bisogno sociale di ottenere lo stesso risultato a cui di per sé conduceva l’istituto del matrimonio, ossia rendere certa la filiazione: sapere di chi si è figli.

Perché a ben vedere, *se le nuove formule para-coniugali danno luogo a legami sempre più fragili e deboli e le figure genitoriali di riferimento si moltiplicano, l’essere figli resta simbolicamente l’ultimo legame forte, idealmente indissolubile, l’ultima leva d’appoggio del profondo bisogno umano di sicurezza e di stabilità presente nella società*. E’ solo a partire dal nostro comune essere figli che possiamo costruire la nostra identità individuale e sociale.

In fondo, nella storia più recente il diritto ha sempre protetto la famiglia da quando il pensiero giuridico occidentale ha acquisito la consapevolezza che essa è il luogo nel quale i più deboli hanno bisogno di essere tutelati e di vedere garantiti i loro bisogni fondamentali, incluso il bisogno di quella comunicazione totale fondata sulla realtà - di cui ci parlava Aristotele con riferimento all’*oikos* - che serve a sviluppare l’identità dell’individuo prima che si apra alla *polis*²².

La *trasparenza* dei corpi incarnati e sessuati all’interno di queste nuove dinamiche finalizzate alla genitorialità *rende trasparente il bisogno autentico di famiglia dei minori nel discorso sociale*, rende impercettibile il loro bisogno di comunicazione, di poter *dire se stessi* all’interno della coesistenza sociale. Di fatto, si rende trasparente e invisibile il figlio con i suoi bisogni.

La complessa operazione che si sta verificando nel discorso sociale intorno al tema dei figli cerca, peraltro, di rispondere all’esigenza di rendere tutti

21 Così I. Théry nel citato lavoro *Filiation, origine, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, (Rapport du Group de Travail «Filiation, origine, parentalité»), 2014.

22 F. D’Agostino, *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 51-52.

e tutte le situazioni uguali di fronte al diritto. L'uguaglianza *nei diritti* è l'obiettivo del discorso sociale. E questi diritti non servono a proteggere l'individuo da un altro individuo che lo minaccia, ma piuttosto a proteggerlo dal reale, dalla verità delle cose: la verità su chi sono davvero i nostri genitori, sul bisogno antropologico che hanno i nostri figli di sapere da dove provengono per poter orientare la loro esistenza (la *magna questio* di Sant'Agostino, Confessioni IV, 4), sul loro bisogno di avere due genitori e di poter percepire attraverso la loro presenza carnale il principio della differenza, quello che serve a comprendere la realtà che ci circonda.

Il reale cioè non è più la fonte dei diritti, anzi, come è stato acutamente osservato, *non deve più esserlo*, perché il reale umano, in una società dove tutto deve essere reso possibile, può essere considerato di per sé *ingiusto*, e quindi nessun diritto si può fondare su di esso²³.

E' così che il diritto funzionale all'egualitarismo sul piano delle possibilità individuali fa vivere il soggetto in un contesto sociale dove ogni situazione soggettiva e familiare diventa assimilabile al paradigma del "come se": costruiamo la nostra esistenza come se la famiglia e la sua dimensione strutturale fondata sulla differenza sessuale fosse solo una questione culturale; come se la stabilità familiare non fosse indispensabile per aiutare a crescere i soggetti più deboli; come se non fosse indispensabile avere una madre e un padre come presenze carnali; come se l'assenza istituzionalizzata e simbolica di un padre o di una madre sia una cosa buona, una dimensione del bene comune che il diritto e lo Stato possono promuovere in maniera sistematica e generalizzata.

4. Tensioni antiggiuridiche nel diritto più recente

Alla luce di quanto considerato, non si può non osservare come la modernità si stia contraddistinguendo a tratti per il suo *carattere antiggiuridico*, non perché sia effettivamente insofferente ad ogni sistema regolativo, ma perché sta riducendo il diritto a dimensione *eteronoma* della coesistenza e sta rinunciando al suo carattere *fondativo*.

Tale approccio parte dal presupposto che il diritto, pur stabilendo un ordine, non è in grado di tenere conto della sostanza della realtà, ma solo delle sue forme esteriori, funzionali, dunque, non a ciò che il soggetto è, ma a ciò che il soggetto ha o vuole ottenere: è il *suo* diritto (di fare, di ottenere),

23 M. Binasco, *Gender...*, cit., p. 60.

senza ostacolo, né pubblico né privato. Un *diritto-pretesa* (il diritto soggettivo, *the right* secondo l'espressione anglofona) considerato come quanto di più connaturato vi sia al soggetto, perché di sua spontanea e immediata percezione²⁴. Tale approccio può essere ricondotto a quella moderna interpretazione del fenomeno giuridico che è stato paragonato ad un nuovo "stato di natura", centrato sulla *libertà* delle pulsioni e dei desideri, una condizione nella quale ogni individuo è in grado di autorealizzarsi secondo la propria esclusiva volontà desiderante²⁵. Sergio Cotta l'ha definita la "metafisica della soggettività" nella sua versione individualistica, costruita sulla convinzione che il soggetto sia *estraneo* al diritto, ossia non ne rechi in sé né l'esigenza né il principio²⁶.

In tal modo al diritto non si riconosce più quel carattere che struttura le dinamiche fondamentali della coesistenza a partire dall'ordine della realtà e di ciò che l'uomo è - secondo il principio di latina memoria *hominum causa omne ius constitutum est* (Digesto)²⁷ - ma un carattere esclusivamente funzionale alle esigenze e ai bisogni soggettivi che man mano si presentano nella società, secondo un principio di contingenza delle norme e dei valori.

Eppure, se la regola serve ad oggettivizzare il diritto soggettivo, essa non può che prendere in considerazione *dinamiche* oggettivabili della coesistenza.

In relazione alla genitorialità, il diritto non è mai stato solo funzionale alla gestione di dinamiche estrinseche e funzionali tra padri e figli, ma sostanziale espressione di una modalità di essere dell'*humanum*: a partire dalla differenza sessuale e dalla presenza carnale dei genitori, si genera la vita all'interno di uno scarto generazionale e asimmetrico che il diritto interviene a regolare. Per questo il tabù dell'incesto, che è normativo e universale nella famiglia; per questo il matrimonio che deve garantire - attraverso il tessuto parentale - l'ordine della sessualità nella stabilità e nella certezza.

Il precedente divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge 40/2004 manteneva almeno intatta una visione della famiglia secondo la quale il

24 S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, cit., pp. 41, ss.

25 B. Romano, *Il riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*, Roma, 1984, 2 ed.

26 S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 47.

27 S. Cotta, *I principi generali del diritto. Considerazioni filosofiche*, in Atti del Convegno sui principi generali del diritto (Roma, 27-29 maggio 1991), Roma, Accademia Nazionale Lincei, 1992, pp. 38, ss.

dato biologico coincideva con il dato sociale. Il fatto di ricondurre le tecniche di fecondazione artificiale nell'ambito dei soggetti che convivono quotidianamente con il figlio era un modo per poter ricondurre all'unità la genitorialità biologica e quella sociale: due sole figure genitoriali. Ora, invece, come ci spiega la psicanalisi, l'irrilevanza a tratti del vero interesse del minore, che lascia il passo al *diritto alla genitorialità* degli adulti, moltiplicando le figure genitoriali che appaiono e scompaiono dall'orizzonte di vita e dall'esperienza esistenziale del bambino, rende irrilevante nel discorso sociale il vero bisogno di famiglia dell'uomo, che in prima istanza è e continuerà ad essere un *soggetto familiare*²⁸.

In conclusione, il tema della generazione della vita e della filiazione si sta rivelando un *nodo sintomatico* di complesse questioni antropologiche, scientifiche, psichiche, economiche, etiche e, non da ultimo, biopolitiche. E poiché l'essere figli - come il nostro essere sessuati - è una condizione umana dalla quale non si può sfuggire, essa determinerà sempre più le condizioni concrete dei legami tra le persone, quelli che chiamiamo i "discorsi sociali"²⁹. In questo senso, il modo che abbiamo di tematizzare la filiazione attraverso il diritto non si riduce ad essere una scelta teorica o dottrinale per gestire le persone e programmare la loro esistenza, ma diventa quella *reale e oggettiva struttura di legami* al di fuori della quale non esiste l'uomo, nella quale "siamo tutti inclusi". Il diritto, in altre parole, nella filiazione torna a farsi esperienza umana. Per questo è essenziale che esso possa continuare a prendere le mosse da quella che è l'oggettiva struttura della coesistenza nella famiglia: per poter continuare ad essere autentica esperienza giuridica, giusta, rispettosa dell'*humanum*. Di questo occorre che i giuristi siano consapevoli.

28 P. Donati, *La famiglia come relazione sociale*, Milano, Franco Angeli, 1989.

29 M. Binasco, *Gender...*, cit., p. 26.

Gli autori

Marco Carraresi

*Consigliere Segretario dell'Ufficio di Presidenza
del Consiglio regionale della Toscana*

Card. Giuseppe Betori

Arcivescovo Metropolita di Firenze

Mario Cioffi

*Avvocato cassazionista, docente presso la Cattedra Rosmini della Facoltà di Teologia di Lugano e già docente presso la Facoltà Teologica dell'Italia Centrale
Membro del Consiglio Scientifico della "Rivista Rosminiana di filosofia e cultura" e di "Iustitia"*

Saggista e conferenziere

Presidente Onorario dell'UGCI di Firenze e Consigliere Centrale UGCI

Francesco D'Agostino

Ordinario di Filosofia del Diritto nell'Università di Roma "Tor Vergata"

Presidente Centrale dell'UGCI

Presidente Onorario del Comitato Nazionale per la Bioetica

Andrea Nicolussi

Ordinario di Diritto Civile nell'Università Cattolica di Milano

Markus Krienke

*Direttore della Cattedra Rosmini e Straordinario di Filosofia Moderna e Etica Sociale presso l'Istituto di Studi Filosofici della Facoltà di Teologia di Lugano
Professore invitato presso la Facoltà di Filosofia della Pontificia Università del Laterano*

Carlo Casini
Già magistrato di Cassazione

Claudio Sartea
Docente di Filosofia del Diritto nell'Università di Roma "Tor Vergata" e di Bioetica e Biodiritto nell'Università "Campus Bio-medico" di Roma

Francesco Zini
*Ricercatore confermato di Filosofia del Diritto nell'Università di Verona
Presidente UGCI di Firenze*

Tommaso Scandroglio
Assegnista di ricerca presso l'Università Europea di Roma

Gabriella Gambino
Docente di Bioetica nell'Università di Roma "Tor Vergata"



Una selezione dei volumi della collana
delle *Edizioni dell'Assemblea* è scaricabile dal sito

www.consiglio.regione.toscana.it/edizioni

Ultimi volumi pubblicati:

Franco Fantechi

Il naufragio della Motonave Paganini 75 anni dopo.
Storie di Artiglieri raccolte e documentate ...

Giovanni Varrasi

Altrove.

Manifesto per una nuova psichiatria

Mauro Carrara

Piombino: frammenti dal passato

Clotilde Barbarulli, Liana Borghi (a cura di)

Archivi dei sentimenti e culture femministe
dagli anni Settanta a oggi

Angelo Pedani

Giuseppe Emanuele Modigliani il fratello "maggior".
Socialismo, pace e libertà

Emanuele Marcheselli

Barbae tenus sapientes. Dodici saggi filosofici

Paolo Frosecchi

Ricordi di un poeta pittore fiorentino negli anni del Ventennio

