

## TESTO PROVVISORIO



CENTRO DI STUDI GIURIDICI SULLA FAMIGLIA - FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO  
GIORNATA INTERDISCIPLINARE DI STUDIO  
SULL'ANTROPOLOGIA GIURIDICA DELLA FAMIGLIA  
*LA RELAZIONE CONIUGALE. CRISI ATTUALE E ORIZZONTI DI SOLUZIONE*

*Roma, 19 aprile 2018*

### **La decostruzione del matrimonio e della famiglia. Profili giuridici\*.**

*Prof. Carlos Martínez de Aguirre*

1. Non aggiungo nulla di nuovo nell'affermare che il Diritto di Famiglia, nel suo insieme, ma anche in ciascuno dei suoi grandi settori (in particolare il matrimonio e la filiazione) ha subito alcuni cambiamenti che permettono di arrivare alla conclusione che non sono le regole del gioco ad essere cambiate, ma è cambiato il gioco stesso.

Sono molti i fattori che hanno influenzato questo cambiamento, pur essendosi mossi, in realtà, tutti in un'unica direzione: ciò si potrebbe chiamare "soggettivazione" del matrimonio e della famiglia, e con questa espressione mi riferisco fondamentalmente al processo nella cui virtù il matrimonio e la famiglia: i) cessano progressivamente di essere considerati come una realtà naturale, di carattere oggettivo, il cui contenuto, significato e regolamentazione vengono dati, nei loro aspetti più essenziali o fondamentali, all'essere umano e alla società per la stessa natura umana; ii) e restano, anche progressivamente, sottoposti alla volontà umana, tanto individuale quanto sociale (statale), che capisce di poter dar loro l'impostazione, il contenuto, il significato e la normativa che considera più conveniente: questo vale tanto per la società nei confronti della famiglia e delle relazioni familiari in generale, quanto per ogni individuo nei confronti della sua famiglia o delle sue relazioni familiari in particolare.

Tra i fattori che hanno provocato questo fenomeno, mi piacerebbe ora sottolinearne uno, che è legato all'idea del dominio dell'uomo sulle realtà che sono alla base del Diritto di Famiglia (sesso e riproduzione umana): mi riferisco ai progressi medici e biologici, che permettono il sesso senza procreazione (metodi contraccettivi: questa possibilità è conosciuta sin dall'antichità; l'aspetto innovativo è la sua facile accessibilità e la sua universalizzazione) e la procreazione senza sesso (tecniche di riproduzione assistita: questa possibilità è molto più moderna), così come il cosiddetto cambio di sesso (chirurgie di riassegnazione, trattamenti ormonali). Tutto ciò comunica l'idea del dominio dell'uomo (e della sua volontà) sull'insieme delle realtà legate al sesso e alla procreazione. Tali realtà sembrano essere a disposizione della volontà umana, volontà guidata da sentimenti ed emozioni, dando così luogo a quello che il professor Bobadilla, ha chiamato giustamente l'emotivismo libertario.

In questo modo, si produce anche quello che potremmo chiamare una doppia sconnessione del Diritto di Famiglia; così: i) c'è da una parte la separazione (sconnessione) delle istituzioni fondamentali del Diritto di famiglia (matrimonio, filiazione) dal loro fondamento biologico, ciò permette al legislatore di riconfigurare queste istituzioni dando loro un contenuto direttamente legato alla volontà degli individui: è per esempio quello che succede con la filiazione dal momento in cui si ammette l'adozione congiunta da parte di coppie dello stesso sesso, creandosi così dei vincoli artificiali di filiazione che sono impossibili dal punto di vista biologico; ii) dall'altra, si produce una crescente disgregazione interna del Diritto di famiglia, nella misura in cui le istituzioni fondamentali che lo compongono rimangono disconnesse le une dalle altre: è per esempio quello

---

\* Intervento orale durante la *Giornata Interdisciplinare di Studio sull'Antropologia Giuridica della Famiglia. La relazione coniugale: crisi attuale e orizzonti di soluzione* (Roma, 19 Aprile del 2018).

## TESTO PROVVISORIO



CENTRO DI STUDI GIURIDICI SULLA FAMIGLIA - FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO  
GIORNATA INTERDISCIPLINARE DI STUDIO  
SULL'ANTROPOLOGIA GIURIDICA DELLA FAMIGLIA  
*LA RELAZIONE CONIUGALE. CRISI ATTUALE E ORIZZONTI DI SOLUZIONE*

*Roma, 19 aprile 2018*

che succede, tra matrimonio e filiazione, o tra patria potestà (o responsabilità genitoriale) e filiazione, come vedremo più avanti.

Così ha cominciato a delinearsi un Diritto di famiglia adultocentrico (Glendon): si pone molta più enfasi sui diritti individuali dei membri della famiglia piuttosto che sulle responsabilità familiari, e sui desideri degli adulti piuttosto che sull'interesse dei figli, nonostante le prorompenti dichiarazioni di testi internazionali e nazionali sull'interesse superiore del minore. Così, il matrimonio è considerato sempre meno un'istituzione diretta a favorire un ambiente adeguato alla nascita ed educazione dei figli, e sempre più come una semplice relazione intima autosatisfattiva tra adulti: questo è il progetto che viene discusso con estrema chiarezza nelle sentenze del Tribunale Costituzionale spagnolo e della Corte suprema degli Stati Uniti sul matrimonio tra persone dello stesso sesso. In questo modo, i figli fanno le spese degli interessi e dei desideri degli adulti: se sono considerati un ostacolo, si ricorre alla contraccezione o all'aborto; se sono visti come un mezzo per ottenere la soddisfazione dei loro desideri o interessi, non potendoci arrivare per le vie naturali, anche e soprattutto quando queste vie sono chiuse a causa della stessa volontà degli adulti implicati (come nel caso delle coppie dello stesso sesso), si ricorre alle tecniche di riproduzione assistita o all'adozione.

2. Vale la pena soffermarsi brevemente sulle due grandi istituzioni che costituiscono convenzionalmente il Diritto di Famiglia.

Cominciamo dal matrimonio che, come si sa, ha sperimentato un importante processo di decostruzione. In che cosa si traduce questa decostruzione? In breve: dalla prospettiva sociale, il matrimonio appariva come un'istituzione legata alla nascita di nuovi cittadini (procreazione), e al loro lungo cammino di umanizzazione e socializzazione: il primo spiega l'eterosessualità e il contenuto sessuale del matrimonio, perché, come regola, i bambini nascono dalle relazioni sessuali tra un uomo e una donna: ad ogni modo, è dalle relazioni sessuali tra due persone dello stesso sesso, e solo da queste relazioni, che i bambini non potranno mai nascere; il secondo (il lungo processo di umanizzazione ed educazione dei figli, fin quando possono cavarsela da soli) è legato alla stabilità del matrimonio. Entrambi i punti spariscono legalmente quando il matrimonio civile può essere tra persone dello stesso sesso, e quando uno dei due coniugi può divorziare senza necessità da addurre qualche causa, bensì soltanto con la sua volontà di divorziare.

L'apertura della formula matrimoniale civile a coppie dello stesso sesso introduce una trasformazione radicale della normativa sul matrimonio, poiché la struttura di un matrimonio tra due persone dello stesso sesso è in se stessa non procreativa (cioè, chiusa alla procreazione), mentre la struttura del matrimonio tra uomo e donna è in se stessa procreativa (cioè, aperta alla procreazione): questo, indipendentemente dal fatto che tale matrimonio sia con o senza figli, o anche se vi sia la possibilità di averli oppure no (per sterilità, per anzianità...). Con l'espressione struttura procreativa o non procreativa mi riferisco ad un dato fondamentale: dal fatto che due uomini o due donne abbiano relazioni sessuali tra di loro, **e solo da questo fatto**, non si deriva mai la nascita di nuovi esseri umani: la sterilità non procede da una patologia della relazione, ma dalla sua stessa funzionalità (o, meglio, mancanza di funzionalità) strutturale; al contrario, la nascita di nuovi esseri umani, com'è noto, può derivare (e in molti casi deriva) dal fatto, **e solo da questo fatto**, che un uomo e una donna mantengano relazioni sessuali tra di loro: l'unione tra un uomo e una donna è l'unica che, per la sua struttura interna (procreativa), può dare luogo alla nascita dei figli. Con la decisione della politica legislativa che consiste nell'ammettere che due persone dello

## TESTO PROVVISORIO



Centro di Studi  
Giuridici sulla  
**FAMIGLIA**

CENTRO DI STUDI GIURIDICI SULLA FAMIGLIA - FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO  
GIORNATA INTERDISCIPLINARE DI STUDIO  
SULL'ANTROPOLOGIA GIURIDICA DELLA FAMIGLIA  
*LA RELAZIONE CONIUGALE. CRISI ATTUALE E ORIZZONTI DI SOLUZIONE*

*Roma, 19 aprile 2018*

stesso sesso possono sposarsi civilmente, la distanza tra il matrimonio e la procreazione è diventata abissale e ha colpito ora la stessa struttura dell'unione.

3. Per quel che riguarda la progressiva agevolazione del divorzio, che trova la sua massima espressione nel divorzio unilaterale senza causa e senza termini, mi piacerebbe partire dall'idea che «un sistema di divorzio che dipende dalla volontà di uno qualsiasi dei due coniugi, più che garantire un'uscita dal matrimonio, cambia le regole per entrare in esso» (Anderson). Ciò ha conseguenze rilevanti dal punto di vista della configurazione legale dell'istituzione:

i) Da una parte, i meccanismi di controllo dell'intensità e della matrimonialità del consenso perdono di senso ed importanza, e con essi la stessa nullità del matrimonio che passa così a svolgere un ruolo chiaramente marginale, come testimonia la pratica legale in Spagna.

ii) Al secondo posto, vengono influenzate anche le regole che disciplinano lo stesso matrimonio, e soprattutto gli obblighi dei coniugi, che perdono di importanza sotto due punti di vista: a) in quanto uno dei due coniugi può porre fine a questi obblighi ricorrendo al divorzio; b) in quanto il suo inadempimento non può provocare conseguenza giuridica alcuna, come succede nel Diritto spagnolo (che certamente è un'eccezione nel panorama europeo).

Infine, e in breve, l'esistenza di un divorzio tanto accessibile scoraggia l'investimento personale e patrimoniale nel matrimonio, a volte può influenzare meccanismi legali come la compensazione finanziaria o la pensione dopo il divorzio. Chi contrae matrimonio civile, seguendo alcune regole che permettono di divorziare con la sola volontà di uno dei coniugi, sa che il matrimonio può essere sciolto, perfino contro la propria volontà, in qualunque momento, in modo che si potrebbe intendere che qualsiasi reclamo basato sulla rottura di una relazione essenzialmente fragile manchi di fondamento: poiché gli sposi già sanno da quando si sposano che questo potrebbe accadere, pertanto nel momento in cui accade non avrebbero nulla da reclamare... A partire da questo punto, ma anche da altre considerazioni legate alle conseguenze economiche del divorzio, riscuotono crescente importanza gli accordi prematrimoniali relativi al divorzio e ai suoi effetti personali e patrimoniali, secondo la linea che è abituale nel Diritto anglosassone: è il paradosso di contrarre matrimonio avendo previsto prima la sua volontaria dissoluzione e le conseguenze legali di tale scioglimento.

Risultato di tutto ciò che è stato detto è che il matrimonio passa ad essere, da più di un contratto, a molto meno di qualunque contratto, nella misura in cui, rimanendo a disposizione della volontà di uno solo dei coniugi, viene meno la sua efficacia vincolante ed il suo contenuto obbligatorio.

Una volta decostruito legalmente il matrimonio, quando ormai il sistema non ha chiaro per quale motivo serve, né quale sia la sua funzione, smette anche di essere chiaro perché bisogna appoggiarlo o proteggerlo legalmente, ed a poco a poco continua a perdere peso legale, ma anche peso sociale.

4. Lasciamo da parte il matrimonio e passiamo brevemente alla filiazione. La normativa legale della filiazione si è appoggiata, per secoli, su alcuni determinati presupposti, legati allo stato delle conoscenze mediche e biologiche: in primo luogo, la sicurezza della filiazione materna, determinata dal parto, rispetto alla quale si capiva che non potevano esistere dubbi razionali (*mater semper certa est*); in secondo luogo, la relativa incertezza sulla paternità, che si attribuiva

## TESTO PROVVISORIO



CENTRO DI STUDI GIURIDICI SULLA FAMIGLIA - FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO  
GIORNATA INTERDISCIPLINARE DI STUDIO  
SULL'ANTROPOLOGIA GIURIDICA DELLA FAMIGLIA  
*LA RELAZIONE CONIUGALE. CRISI ATTUALE E ORIZZONTI DI SOLUZIONE*

*Roma, 19 aprile 2018*

giuridicamente tramite meccanismi indiziari come, soprattutto, il fatto di essere sposato con la madre (*pater is est quem nuptiae demonstrant*). Questi presupposti sono stati profondamente influenzati dai recenti progressi delle conoscenze mediche e biologiche, così come dalle possibilità di attuazione sulla riproduzione umana che tali progressi hanno permesso. Paradossalmente, ciò ha avuto conseguenze contraddittorie.

1) Da una parte, la messa a punto di prove biologiche dotate di un alto grado di affidabilità permettono di determinare la paternità, o la non paternità, in molti casi, con un alto livello di attendibilità, fino ad arrivare pressoché alla certezza o perfino, sulla base delle prove biologiche che si realizzano, alla certezza totale (è il caso dell'analisi di DNA).

2) D'altra parte, si è prodotta una vistosa e progressiva perdita di importanza del dato biologico in relazione alla filiazione legale. Ciò succede, com'è noto, nei seguenti casi:

i) Impiego di tecniche di riproduzione assistita, nelle quali l'anonimato legale del donatore di gameti (frequente, ma non universalmente previsto dalla legge), insieme alla proibizione di stabilire qualunque vincolo legale tra il donatore ed i suoi figli biologici nel caso si arrivasse a conoscere la sua identità, porta intenzionalmente all'istituzione di filiazioni artificiali, nelle quali la volontà torna ad essere un fattore chiave. D'altra parte, sulla base delle tecniche impiegate, possono intervenire nella riproduzione, nel caso più estremo, anche se non il più usuale, fino ad un totale di cinque persone (coppia committente, uomo donatore di seme, donna donatrice di ovulo, e donna gestante: sto pensando, chiaramente, alla cosiddetta maternità surrogata); di tutte queste persone che intervengono, chi deve essere considerato legalmente il padre e chi la madre? Che ruolo svolgono la biologia e la volontà nella determinazione legale della paternità o maternità?

Una caratteristica segnalata dall'impiego di queste tecniche è quella che si potrebbe chiamare la sua trasparenza biologica: dal primo momento, e salvo errori di manipolazione medica, la filiazione biologica è conosciuta totalmente: si conosce di chi è lo sperma, di chi è l'ovulo, in che momento lo spermatozoide feconda l'ovulo, chi ha portato in grembo l'embrione che ne deriva, e che relazione hanno con tutte queste persone coloro che risultano essere legalmente i genitori. La ricerca della paternità biologica potrebbe ridursi, in molti di questi casi, alla semplice consultazione delle storie cliniche corrispondenti.

ii) Le famiglie ricostituite o *step families*, che sono il prodotto di una seconda unione, matrimoniale o no, dopo la dissoluzione di un'unità familiare precedente: in questi casi si è cominciato a parlare da alcuni anni di *filiazione di fatto* per riferirsi alla relazione tra i figli di un matrimonio precedente e l'attuale marito (*non progenitore*) della loro madre, con il quale convivono, e con il quale arrivano ad avere in molte occasioni, di fatto, relazioni quasi-paternofiliali. C'è una crescente tendenza nel Diritto comparato a dotare queste situazioni di un sempre più ampio contenuto legale, delineando una situazione di para-paternità o para-maternità che si basa non sul vincolo di consanguineità, bensì sulla convivenza di fatto, e su quella che dovrebbe essere chiamata la filiazione socio-affettiva, o psicologico-sociale. In questo caso, le responsabilità genitoriali – cioè quelle proprie dei genitori – possono arrivare a pesare contemporaneamente su tre persone distinte: il padre e la madre biologici, e la terza persona, convivente di uno dei due, alla quale vengono attribuite tali responsabilità, insieme ai genitori biologici. Oltre a questo bisogna menzionare anche il progressivo riconoscimento, al coniuge o alla persona che convive con il genitore, del diritto a relazionarsi con il bambino che non è suo figlio in

## TESTO PROVVISORIO



CENTRO DI STUDI GIURIDICI SULLA FAMIGLIA - FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO  
GIORNATA INTERDISCIPLINARE DI STUDIO  
SULL'ANTROPOLOGIA GIURIDICA DELLA FAMIGLIA  
*LA RELAZIONE CONIUGALE. CRISI ATTUALE E ORIZZONTI DI SOLUZIONE*

*Roma, 19 aprile 2018*

caso di rottura di quella seconda relazione (matrimoniale o no): cioè, un diritto di visita diverso e compatibile con quello che ha già il genitore che non ha la custodia del bambino; in questo modo potremmo trovarci, per esempio, davanti ad una custodia individuale e due diritti di visita, uno in favore del padre biologico, ed un altro in favore del secondo marito della madre biologica, una volta divorziato da lei.

iii) Infine, voglio fare riferimento all'adozione congiunta delle coppie dello stesso sesso, o alla possibilità che si attribuiscono vincoli legali simultanei di filiazione a due uomini o due donne in casi di impiego delle tecniche di riproduzione assistita: in questi casi è chiaro che manca il vincolo biologico almeno tra uno dei due "padri" (o madri) legali ed il bambino, se non di entrambi; ma non è questo l'aspetto rilevante, poiché tradizionalmente è già successa la stessa cosa con l'adozione: il problema è che in questo modo si rompono quelli che potremmo chiamare limiti di tolleranza della filiazione, come figura legale, per il fatto che scompare il principio di attendibilità delle filiazioni non biologiche, nella cui virtù una relazione può essere considerata solo di "filiazione" se nella sua struttura e caratteristiche fondamentali risponde alla struttura e caratteristiche della filiazione biologica (un padre, una madre, un figlio): soltanto allora si può parlare di filiazione, e non di una relazione differente di cura e protezione. Questo adattamento tra la struttura legale di filiazione creata dalla legge (quindi filiazione artificiale), e la struttura naturale di filiazione biologica, è ciò che si può chiamare principio di verosimiglianza delle filiazioni non biologiche, o puramente legali. Se non vi è questa verosimiglianza, può stabilirsi una relazione di cura e protezione tra una o varie persone più grandi, ed un'altra minore, ma questa relazione non sarà di filiazione.

Come conseguenza di tutto ciò di cui abbiamo parlato, viene direttamente minato, nei suoi aspetti più basilari, lo stesso concetto legale di filiazione. Questo, unito alla crescente importanza che hanno in questi nuovi vincoli di filiazione la volontà, i desideri e gli interessi degli adulti (il diritto al figlio che è alla base di questi progetti), apre la porta ad un modello di sistema legale della filiazione, centrato sull'interesse dei genitori, prima che di quello dei figli: di nuovo l'adultocentrismo al quale ho fatto riferimento in precedenza. In questi casi l'interesse superiore del figlio, dichiarato formalmente dalle leggi e dagli Accordi internazionali, diventa un pretesto ipocrita dietro il quale si nascondono i desideri ed interessi dagli adulti (Malaurie-Fulchiron).

5. La decostruzione, tuttavia, non è totale: nella normativa spagnola vigente rimangono ancora alcuni elementi strutturali del modello iniziale, probabilmente più per inerzia che per ragioni legate al disegno di un nuovo modello. In concreto, voglio metterne in risalto due:

1) In merito al matrimonio, si mantiene per il momento l'unità (solo due persone) benché questo sia un elemento che si sta mettendo in dubbio a causa di alcune proposte: non solo le più classiche legate alla poligamia, ma anche quelle che si collocano nell'ambito teorico del processo di decostruzione, legate al cosiddetto poliamore.

2) In merito alla filiazione, il Codice civile spagnolo mantiene ancora in alcune norme un riferimento specifico a marito e moglie: così accade negli articoli relativi alla presunzione di paternità del marito (e non del "coniuge"). La conservazione di questa formulazione è frutto di una decisione consapevole del legislatore, "*dato che le ipotesi di fatto a cui si riferiscono questi articoli possono prodursi soltanto in caso di matrimoni eterosessuali*", come spiega l'Esposizione dei Motivi della Legge. In questo caso, la realtà delle cose (la natura e la biologia), ha imposto questa

## TESTO PROVVISORIO



CENTRO DI STUDI GIURIDICI SULLA FAMIGLIA - FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO  
GIORNATA INTERDISCIPLINARE DI STUDIO  
SULL'ANTROPOLOGIA GIURIDICA DELLA FAMIGLIA  
*LA RELAZIONE CONIUGALE. CRISI ATTUALE E ORIZZONTI DI SOLUZIONE*

*Roma, 19 aprile 2018*

soluzione: solo quando in un matrimonio c'è procreazione biologica, e pertanto eterosessualità, può avere senso disporre che il marito è padre del bambino che ha dato alla luce sua moglie. Per questo motivo la presunzione di paternità non è applicabile alle unioni tra persone dello stesso sesso. E per questo, la legge che introdusse in Spagna il matrimonio tra persone dello stesso sesso, non trovò altro rimedio che riservare l'applicazione della presunzione di paternità ai matrimoni tra uomo e donna.

In questo modo la presunzione di paternità del marito continua a testimoniare legalmente il vincolo tra matrimonio, eterosessualità e procreazione. E lo fa precisamente in relazione alla filiazione, cosa che risulta essere particolarmente rilevante alla luce di quanto verrà esposto più avanti.

7. Fin qui abbiamo esposto la decostruzione del Diritto di Famiglia e le sue chiavi più importanti, almeno dal mio punto di vista. È il momento di parlare brevemente, e con molte riserve, della ricostruzione. La prima domanda sarebbe: è necessaria questa ricostruzione? Credo che la risposta sia positiva, partendo da due punti di vista: quello teorico, relativo al senso e alle finalità del Diritto di famiglia; e quello pratico, relativo alle conseguenze sociali della decostruzione. Comincerò da quest'ultimo, per affrontare in seguito, brevemente, il primo.

L'obiettivo fondamentale dei cambiamenti legali che riguardano la famiglia e il matrimonio è, o dovrebbe essere, il raggiungimento di maggiori livelli di qualità nelle relazioni familiari. Tuttavia, i risultati reali potrebbero essere giustamente considerati pessimi: come scrisse Viladrich già qualche tempo fa, "tutto questo grande e imparagonabile impiego di energie nella ricerca di una migliore formula familiare coincide, nella nostra epoca, con un decadimento —non meno grande e imparagonabile— di quegli indici di qualità umana della convivenza sociale più direttamente collegati al successo o al fallimento delle strutture familiari": così, è necessario citare la riduzione del numero di matrimoni; il calo del numero di bambini che vivono in una famiglia stabile; l'aumento delle rotture familiari; il calo della fertilità; la crescita delle nascite extramatrimoniali; l'aumento dei tassi di suicidio infantile e giovanile, e del tasso di psicopatie, di origine familiare, dei bambini e degli adolescenti...

Per capire meglio le ragioni di questo fallimento bisogna alzare lo sguardo per guadagnare prospettiva e vedere il panorama nel suo insieme: tutte le riforme legali, come le politiche pubbliche relative alla famiglia, si sono fondate su alcune ipotesi intorno alla consistenza e configurazione delle relazioni familiari che possono essere giudicate scorrette; si sono dedicati sforzi molto grandi a quelli che dovrebbero essere aspetti marginali, ma si è sbagliato nella forma con cui la Società ed il Diritto hanno affrontato le relazioni fondamentali del Diritto di Famiglia. Per questo sarebbe giusto fare una rivalutazione profonda della normativa legale delle relazioni familiari fondamentali. Urge farsi domande circa il fondamento e senso del Diritto di Famiglia: perché un Diritto sulla famiglia? Con quale finalità un Diritto sulla famiglia?

8. Una prima risposta al motivo per cui la società e il Diritto sono interessati alla famiglia, potrebbe essere quella che gravita intorno alla convivenza e all'affettività. La chiave potrebbe essere che due persone si amano e vivono unite: in questo progetto le coppie omosessuali ed eterosessuali sarebbero effettivamente simili; sarebbe anche indifferente che fossero sposate oppure no: la cosa

## TESTO PROVVISORIO



Centro di Studi  
Giuridici sulla  
**FAMIGLIA**

CENTRO DI STUDI GIURIDICI SULLA FAMIGLIA - FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO  
GIORNATA INTERDISCIPLINARE DI STUDIO  
SULL'ANTROPOLOGIA GIURIDICA DELLA FAMIGLIA  
*LA RELAZIONE CONIUGALE. CRISI ATTUALE E ORIZZONTI DI SOLUZIONE*

*Roma, 19 aprile 2018*

importante (la convivenza e la relazione di affettività) sarebbe ugualmente presente in tutti i modelli familiari.

Ma se questo fosse così, allora:

i) Da una parte, non è chiaro il motivo per cui bisogna limitarsi a due, poiché si potrebbero avere relazioni di convivenza ed affettività che includono più di due persone.

ii) Dall'altra, tutti i casi di coppie in cui fosse presente convivenza ed affettività dovrebbero essere trattate allo stesso modo, e rimanere soggette allo stesso regime legale: ma questo non è stato mai accettato. Pensiamo, per esempio, al caso delle sorelle Burden, alle quali il Tribunale Europeo dei Diritti umani, durante la sentenza del 28 aprile del 2008 non riconobbe il diritto a ricevere un trattamento simile a quello delle coppie registrate dello stesso sesso, ai fini dell'ottenimento dei benefici fiscali di cui godevano tali coppie; questo sarebbe anche il caso di due amici che vivono insieme e si vogliono bene, ma come amici. Questi casi, per quanto ci sia convivenza ed affettività, non sono considerati meritevoli dello stesso trattamento che ricevono invece coloro che sono sposati, o coloro che costituiscono una coppia non sposata con fini legali.

Cos'è ciò che distingue il caso dalle sorelle Burden, o quello di due amici che vivono insieme, da quello di un uomo ed una donna che si sposano, o che vivono come coppia di fatto (o nel loro caso, di due uomini o due donne che vivono in un'unione omosessuale)? Il dato che è chiaramente presente in quelle relazioni, e manca invece nelle altre, è il contenuto sessuale, la reciproca disponibilità sessuale dei componenti della coppia. Dunque, se il Diritto si occupa della famiglia perché si tratta di una relazione di convivenza ed affettività nella quale concorre la reciproca disponibilità sessuale, bisognerebbe domandarsi immediatamente il motivo per cui alla società ed al Diritto interessano i casi di convivenza stabile tra due persone che hanno un contenuto sessuale, in quanto tali. La risposta più ragionevole è: per la possibilità (in alcuni casi, altissima probabilità) che da quelle unioni nascano figli. In effetti, questa è la funzione essenziale della diversità di sessi, e delle relazioni sessuali, e pertanto questo è ciò che serve a differenziare queste relazioni da altre in cui non esiste il contenuto sessuale. Questo dato è socialmente molto rilevante, poiché ha a che vedere con l'origine dei futuri cittadini, e pertanto con il futuro della stessa società. Questo a sua volta spiega che le situazioni di affettività e convivenza prive di reciproca disponibilità sessuale, (le sorelle Burden) rimangono fuori di questa normativa.

9. La conclusione che la procreazione (i figli) è la chiave dell'interesse sociale nelle relazioni familiari, e pertanto del Diritto di Famiglia, permette di ottenere alcune conseguenze significative che riguardano gli elementi che stanno scomparendo, o sono cambiati radicalmente (dalla radice) come conseguenza del processo di decostruzione di cui abbiamo parlato in precedenza. Una prima conseguenza logica di questo progetto è l'idea che la relazione fondamentale nel Diritto di Famiglia, in questa prospettiva teleologica, non è quella di coppia, bensì quella di filiazione, relazione che fornisce le fondamenta su cui ricostruire il Diritto di Famiglia.

Andiamo avanti con il discorso sull'eterosessualità. Se parliamo di coppie che vivono insieme, si amano, e hanno relazioni sessuali, è fondamentale distinguere tra quelle composte da persone dello stesso sesso, e quelle composte da persone di sesso diverso, poiché queste ultime sono strutturalmente procreative mentre le altre no: cioè, le coppie composte da un uomo e una donna, a

## TESTO PROVVISORIO



CENTRO DI STUDI GIURIDICI SULLA FAMIGLIA - FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO  
GIORNATA INTERDISCIPLINARE DI STUDIO  
SULL'ANTROPOLOGIA GIURIDICA DELLA FAMIGLIA  
*LA RELAZIONE CONIUGALE. CRISI ATTUALE E ORIZZONTI DI SOLUZIONE*

*Roma, 19 aprile 2018*

differenza delle altre, possiedono la generale capacità di generare bambini. I bambini (i nuovi cittadini) non nascono da qualsiasi situazione di convivenza con reciproca disponibilità sessuale, bensì solo da quelle i cui componenti sono un uomo e una donna. Pertanto, le unioni formate da persone dello stesso sesso, costituiscono un fenomeno associativo, più che strettamente familiare (Diez-Picazo).

Sofferamoci ora su un secondo dato che si basa sulle necessità di sussistenza, sviluppo e, per dirla breve, “personalizzazione” del neonato, come conseguenza non solo della sua debolezza fisica, ma anche della sua natura di essere dotato di intelligenza e volontà, che ha bisogno di una specifica e attentissima educazione di entrambe, in un ambiente adeguato. Questo processo di umanizzazione e socializzazione dei neonati è legato alla permanenza e stabilità del nucleo familiare, che è ciò che meglio garantisce, in termini di modello, che il processo si sviluppi più adeguatamente. In questa prospettiva, non bisogna ricordare altro che, sociologicamente, sono più stabili, e molto più feconde le unioni matrimoniali che quelle non matrimoniali, e le unioni tra persone di sesso diverso rispetto alle unioni tra persone dello stesso sesso.

Perciò, il modello che meglio risponde alle funzioni strategiche che compie la famiglia rispetto alla società è il modello eterosessuale stabile e impegnato.

**10.** Eterosessualità, stabilità e impegno sono, dunque, elementi chiave nella ricostruzione del concetto di matrimonio, e del Diritto di Famiglia. A simili conclusioni si arriva, secondo un progetto più teorico, a partire dall'idea che la relazione fondamentale nel Diritto di famiglia, dal punto di vista teleologico, è la relazione di filiazione.

In effetti, se partiamo dal figlio (da un figlio) i vincoli biologico-giuridici di filiazione ci conducono esattamente ad una coppia, e non a qualsiasi coppia, bensì a quella coppia composta da un uomo (suo padre) ed una donna (sua madre); questo permette di affermare l'eterosessualità. Padre e madre sono coloro che mediante la loro assistenza congiunta prolungata nel tempo possono far fronte con successo alle necessità di umanizzazione e socializzazione di questo figlio. Ciò permette di dare fondamento alla stabilità. E risulta, inoltre, che quel vincolo legale di filiazione è tendenzialmente indissolubile: questo è così vero al punto che il vincolo artificiale della filiazione adottiva, creato con la necessaria partecipazione della volontà degli adottanti, diventa irrevocabile, smentendo così legalmente l'idea che la volontà non può creare vincoli legali indissolubili tra due persone. A questo punto mi piacerebbe sottolineare che è esattamente nel figlio biologico che un uomo e una donna si fanno realmente, biologicamente, una sola carne e così, questa forte espressione della Scrittura diventa, ora da questo punto di vista, realtà fisica.

A partire dalla relazione di filiazione abbiamo recuperato, dunque, l'unità, l'eterosessualità ed una stabilità al limite dell'indissolubilità nella relazione di coppia. Ed inoltre, riusciamo ad abbattere quell'adultocentrismo di cui ho parlato prima, restituendo al Diritto di Famiglia il suo contenuto figlio-centrico che implica la necessità che gli adulti coinvolti, uomo e donna, si adoperino per il bene dei propri figli, piuttosto che per la soddisfazione dei propri interessi.

**11.** Molte tematiche le ho dovute lasciare da parte, e non ho potuto approfondire tante sfumature degli argomenti affrontati. Confido, tuttavia, nel fatto che siano serviti ad offrire un'idea generale della situazione del Diritto di Famiglia nei paesi occidentali, delle sue debolezze e sfide più importanti. Molte grazie.