

TESTO PROVVISORIO

**Il rapporto tra famiglia e diritto
per un'antropologia giuridica del matrimonio e della famiglia**

Prof. Carlos José Errázuriz Pontificia Università della Santa Croce

1. *Premessa*

Per poter parlare del rapporto tra la famiglia e il diritto occorre, com'è ovvio, sapere cosa siano queste due realtà. In questo caso i due estremi del rapporto hanno bisogno di chiarimento, non già per approfondire semplicemente il loro significato, ma soprattutto per dissipare grossi equivoci.

A seconda di come si concepiscano la famiglia e il diritto si aprono due impostazioni radicalmente diverse: quella che considera il diritto come qualcosa di estrinseco rispetto alla famiglia, e quella che vede il diritto quale dimensione intrinseca della famiglia. La tesi di questo intervento è che la famiglia, e anzitutto il matrimonio che la fonda, sono realtà intrinsecamente giuridiche. Prima però di presentare questa tesi, cercherò di mostrare in cosa consista la visione opposta, che ispira prevalentemente l'attuale diritto di famiglia.

2. *La situazione attuale del diritto di famiglia e i concetti di famiglia e di diritto che sono alla base*

Nell'odierno diritto civile di famiglia dei Paesi occidentali, e con effetti che si estendono ad altri ambiti culturali, si osserva una progressiva decostruzione dei pilastri tradizionali della realtà familiare: il matrimonio e la filiazione¹. Per quel che riguarda il matrimonio, esso è stato quasi completamente svuotato: si pensi alla negazione dell'indissolubilità (e il progressivo indebolimento della stabilità all'interno di un regime matrimoniale divorzistico) e dell'eterosessualità come aspetti essenziali dell'unione coniugale. Quel che resta del modello di sempre, come la monogamia, nonostante sia un segnale positivo del fatto che sussiste qualcosa appartenente a una concezione sostanziale della famiglia, è un dato certamente precario, che non cambia la sostanza della decostruzione, e che potrebbe venir facilmente intaccato, ad esempio a nome di un'accoglienza della poligamia come manifestazione del pluralismo culturale, come di fatto è già successo in via giurisprudenziale in diversi paesi europei. Per quel che attiene alla filiazione, e alle correlate paternità e maternità, è sufficiente considerare le molteplici problematiche legate alla mancata stabilità dei nuclei familiari, all'uso delle tecniche di riproduzione assistita, al riconoscimento dell'adozione da parte delle coppie omosessuali, alla relativizzazione dell'autorità genitoriale, nonché alla mentalità secondo cui vi sarebbe un diritto ad avere figli.

Ciò che vorrei ora sottolineare è che alla base di tutto ciò c'è un modo di intendere la famiglia e il diritto. In effetti, la famiglia in quanto tale appare come una realtà in sé agiuridica, che ammetterebbe una grande varietà di scelte e di conformazioni effettive, a seconda di come la volontà delle persone, mosse soprattutto dalla loro affettività, la vivano realmente. Vi è nel contempo una diffusa negazione dell'indole naturale di tutte le relazioni familiari, considerandole

¹ Per una lucida analisi di questa decostruzione, cfr. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *La decostruzione del matrimonio e della famiglia. Profili giuridici*, in A. GONZÁLEZ ALONSO (ed.), *La relazione coniugale: crisi attuale e orizzonti di soluzione*, I Giornata interdisciplinare di studio sull'antropologia giuridica della famiglia, EDUSC, Roma 2018, pp. 31-74.



Pontificia
Università
della
**SANTA
CROCE**

FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO
XXV CONVEGNO DI STUDI
I FONDAMENTI RELAZIONALI DEL DIRITTO DI FAMIGLIA.
UN APPROCCIO INTERDISCIPLINARE
Roma, 19 - 20 aprile 2021

TESTO PROVVISORIO

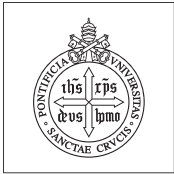
mere creazioni culturali. A sua volta, il diritto viene concepito come uno strumento sociale che recepisce quel pluralismo familiare, riconducendolo a certe categorie legali e giurisprudenziali, e si occupa soprattutto di risolvere le molte problematiche conflittuali che sorgono in ambito familiare, specialmente a causa della stessa decostruzione del matrimonio e della filiazione.

Con queste premesse si constata che la grande assente nell'attuale diritto di famiglia è un'idea sostanziale del matrimonio e della famiglia. Le questioni familiari si affrontano indipendentemente da tale idea, poiché alla concezione oggettiva, che procedeva su capisaldi ben determinati, è subentrato un relativismo che tende a considerare l'affettività, di per sé tanto mutevole, quale criterio centrale per la regolazione giuridica della famiglia. È vero che sussistono dei diritti che vengono invocati, specialmente quelli delle donne e dei bambini, ma tali diritti non vengono rapportati all'essenza del matrimonio e della famiglia, semplicemente perché si misconosce che vi sia tale essenza.

Risulta paradossale che in questo contesto relativistico sussistano le nozioni giuridiche di matrimonio e di filiazione. Sembrerebbe infatti più coerente prescindere da esse, rinunciando ad ogni tentativo di configurazione giuridica di una realtà tanto diversificata e contingente. In questo senso il matrimonio tende ad essere appena distinguibile dal lato pratico rispetto alle unioni di fatto legalmente riconosciute. Ma, d'altra parte, il desiderio di poter chiamare un'unione "matrimonio" mostra il prestigio di un'istituzione che si vuol rendere accessibile in ogni caso alle seconde nozze, e anche alle unioni tra persone dello stesso sesso. Non basta un'equiparazione agli effetti giuridici, si ambisce la piena identificazione con il matrimonio e la filiazione, che così vengono definiti giuridicamente in modo radicalmente diverso. Ma questa operazione incontra dei limiti reali, che si manifestano nello stesso linguaggio: il dover rinunciare perfino ai termini di marito e moglie, o di padre e madre, sta a indicare il livello di svuotamento, cioè di positivismo nichilistico, che si è raggiunto.

In questo contesto il compito del giurista consisterebbe nel prendere atto di come viene regolata la famiglia dalle fonti legali e giurisprudenziali (si discute molto sulla prevalenza della legge o della giurisprudenza in quest'ambito, ma si dimentica che quel che veramente conta è il loro contenuto). Dinanzi a quelle fonti positive il giurista non potrebbe avvalersi di un criterio metapositivo per vagliarle da un punto di vista giuridico. Questo positivismo legale o giurisprudenziale è compatibile con i ricorrenti sforzi per mutare le regole che molti agenti sociali realizzano sulla base di argomentazioni apparentemente giuridiche, basate principalmente sulla libertà e sull'uguaglianza che supera ogni discriminazione. Così, ad esempio, il diritto al matrimonio viene interpretato come diritto della persona, e dunque libertà, che dovrebbe essere ugualmente riconosciuto a coloro che intendono contrarlo con una persona dello stesso sesso. Opera qui una nozione di diritto soggettivo che lo separa da un suo fondamento oggettivo, per trasformarlo in un espediente di rivendicazioni fondate su desideri ed interessi soggettivi, invocando una giustizia che assolutizza la libertà e l'uguaglianza, smarrendo così ogni riferimento sostanziale a cos'è il matrimonio e la famiglia.

3. Critica della concezione solamente strumentale del diritto e della visione puramente affettiva della famiglia



TESTO PROVVISORIO

Nel percorso che intendiamo seguire verso un nuovo modo di impostare il rapporto tra famiglia e diritto risulta prioritario esaminare criticamente le nozioni appena ricordate, sul diritto come strumento sociale e sulla famiglia come ambito dell'affettività. Queste concezioni colgono qualcosa di vero, ma lo fanno a scapito di aspetti essenziali, e risultano false quando pretendono di assumere la centralità.

È vero che il diritto in quanto sistema positivo di norme e procedure compie una funzione regolatrice del sociale, per cui il diritto così concepito possiede un'indole strumentale. Ma trattandosi di uno strumento la questione decisiva è quale sia la finalità cui serve. Se si perde di vista l'idea di un'intrinseca teleologia dei mezzi giuridici, la realtà giuridica resta in balia degli interessi e dei poteri che di fatto riescono ad imporsi. Le nozioni fondamentali si desumono dalle scelte compiute da coloro che fanno le stesse norme positive. Le soluzioni giuridiche risulterebbero contingenti e precarie, spesso arbitrarie, cioè, mancanti di ragionevolezza.

È quel che accade nell'attuale diritto di famiglia. Manca una nozione sostanziale di famiglia. L'unica via per elaborare un'idea giuridica di famiglia consiste nel prendere in considerazione la sfera di applicazione del diritto di famiglia inteso come sistema sociale² oppure offrire un'idea generica di famiglia intesa come manifestazione di relazionalità umana sotto il profilo affettivo e solidaristico³. La mancanza di un vero orizzonte di senso ha portato qualche autore a sostenere che il diritto di famiglia è normalmente caotico, come lo è la stessa famiglia dal punto di vista dell'affettività, il che sarebbe un punto di partenza realistico per tentare di aiutare a trovare soluzioni pragmatiche⁴.

In ogni caso, si constata una contrattualizzazione del diritto di famiglia che, tenendo conto delle difficoltà delle soluzioni giudiziarie, promuove quelle raggiunte dalle stesse parti⁵. Le soluzioni giuridiche sembrano appiattirsi all'insegna di una ricerca della pacificazione di fatto. Non è certamente una pace fondata su un ordine giuridico intrinseco alla famiglia. La visione meramente affettiva delle relazioni familiari è incapace di fornire alcun criterio sostanziale per affrontare i problemi. Si tende così verso soluzioni individualistiche – si pensi ad es. al divorzio per volontà unilaterale di uno dei coniugi – in cui la libertà giuridicamente riconosciuta viene a coincidere con gli stati emotivi. Non è che la dimensione affettiva non sia assai rilevante in ambito matrimoniale e familiare: il problema sorge quando non esiste alcun criterio oggettivo per giudicare la bontà o meno delle emozioni.

² Per un esempio al riguardo, cfr. l'esposizione su «the meaning of 'family'» in N. LOWE – G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, 11th edition, Oxford University Press, Oxford 2015, pp. 1-3.

³ Si veda ad es. questa descrizione: «famiglia è anzitutto e fondamentale rapporto di necessaria "alterità" e intrinseca "relazionalità", prescindente in quanto tale da ogni datità naturalistica, biologica o anche soltanto formale e invece esprime una condizione affettiva e solidaristica di vita dei suoi membri e in quanto tale poggiante su ciò che è il *proprium* dell'*humanum*, ossia la spiritualità, luogo primario del dispiegamento di ogni strutturale relazionalità» (V. SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Rivista di diritto civile*, 59 [2013], pp. 21-22).

⁴ Cfr. J. DEWAR, *The Normal Chaos of Family Law*, in *The Modern Law Review*, 61 (1998), pp. 467- 485.

⁵ Cfr. F. SWENNEN (ed.), *Contractualisation of Family Law – Global Perspectives*, Springer, 2015.



TESTO PROVVISORIO

Insomma, lo svuotamento del diritto ridotto a mero strumento combacia perfettamente con lo svuotamento della famiglia. La crisi del diritto di famiglia rispecchia perfettamente la crisi e del diritto e della famiglia. E quando parlo di crisi della famiglia non intendo solo riferirmi al modo in cui le leggi e le sentenze la comprendono, ma alle situazioni critiche delle stesse famiglie e delle idee comuni sulla famiglia, che alimentano soluzioni giuridiche prive di fondamento, e vengono a loro volta favorite da queste soluzioni. L'attuale pandemia più che creare quelle situazioni critiche le mette in luce ancor di più. Dinanzi ad esse le risposte del positivismo e del soggettivismo giuridico non possono dare nessun vero orizzonte di soluzione.

4. La relazionalità antropologicamente fondata della famiglia e del diritto come presupposti di una concezione adeguata del rapporto famiglia-diritto

Per superare l'attuale crisi del diritto di famiglia occorre mettere in discussione gli stessi concetti di diritto e di famiglia che ne stanno alla base. Penso che sia opportuno prendere le mosse dalla relazionalità di queste due realtà, com'è suggerito dal titolo di questo Convegno: i fondamenti relazionali del diritto di famiglia. Una qualche relazionalità umana è ovviamente accettata da tutti nel concepire il diritto e la famiglia, ma il mio intento è mettere a fuoco una relazionalità specifica e antropologicamente fondata.

Per cogliere la specificità della relazionalità familiare e il suo fondamento antropologico occorre recuperare una dimensione oggettiva, irriducibile al solo piano degli affetti, delle relazioni familiari, adoperando questa nozione di relazione familiare che i miei colleghi di Facoltà hanno approfondito alla luce dell'antropologia giuridica⁶. Essi definiscono così la nozione canonica di relazione familiare: «è quella relazione che, da un lato, unisce due persone in virtù di alcune delle linee di identità originali e primordiali che, nel derivare dalla loro condizione sessuata, sono irriducibili ed inconfondibili e, dall'altro, determina le esigenze di giustizia necessarie affinché, fra le suddette persone, possa sussistere una vera comunione»⁷.

Se si scava in quella dimensione oggettiva riappare la relazione uomo-donna come prioritario asse orizzontale della relazionalità familiare, sia sotto il profilo della procreatività che sotto quello della complessiva unione interpersonale tra marito e moglie. La negazione dell'eterosessualità svuota di contenuto antropologico specifico la relazione coniugale⁸, portando all'estremo ciò che Pedro-Juan Viladrich chiamò «agonia del matrimonio legale»⁹, e costringendo i dizionari ad offrire un doppio significato di matrimonio, uno comune quale unione uomo-donna e un altro legale per le unioni tra persone dello stesso sesso¹⁰. La stessa considerazione oggettiva fa emergere la paternità/maternità-filiazione, quale asse verticale della famiglia, come relazione primariamente fondate sulla procreazione umana, che si può estendere analogicamente nei casi di

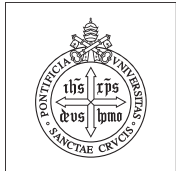
⁶ Cfr. H. FRANCESCHI – J. CARRERAS, *Antropología jurídica de la sexualidad*, SEA, Caracas 2000; J. CARRERAS – H. FRANCESCHI – M.A. ORTIZ, *Diritto canonico del matrimonio e della famiglia*, I, Dispense ad uso degli studenti, Roma 2020.

⁷ Cfr. *ibidem*, p. 22.

⁸ Adesso considero unicamente questo aspetto, per la sua centralità nel momento attuale, ma lo stesso, anche se meno radicalmente, si può affermare dell'unità del vincolo coniugale, della sua indissolubilità, e della sua apertura alla vita.

⁹ Cfr. P.-J. VILADRICH, *La agonía del matrimonio legal*, EUNSA, Pamplona 1984.

¹⁰ Cfr. ad es. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 2020.



TESTO PROVVISORIO

adozione entro i limiti di una verosimiglianza rispetto al modello della relazione biologica¹¹. Al di fuori di questo rapporto reale o imitativo con la dimensione procreativa, la paternità/maternità e la filiazione rimangono prive di contenuto antropologicamente specifico e vengono rimesse all'intenzionalità soggettiva basata sugli affetti che, inoltre, hanno la pretesa di essere riconosciuti come veri e propri diritti della persona.

Com'è stato efficacemente mostrato da Donati, che ha elaborato una complessiva sociologia della relazione, la famiglia costituisce un bene relazionale, anzi «la sua essenza umana consiste nell'essere il *bene relazionale primario* della società»¹². «La famiglia è una relazione sociale *sui generis* che emerge, *se emerge*, da un suo *genoma sociale costitutivo*. (...) La famiglia è una struttura sociale che intreccia, in modo necessario e unico, l'asse orizzontale della coppia (sessualità di coppia e reciprocità) con l'asse verticale della filiazione (il dono e la generatività). (...) L'approccio relazionale, diversamente dal relazionismo pragmatico e relativista, sottolinea il fatto che la nostra identità e la nostra esistenza dipendono da specifiche relazioni sociali che sono significative in quanto generano una nuova realtà che «sta fra» le persone»¹³.

D'altra parte, per comprendere la relazionalità antropologicamente fondata del diritto occorre vederlo come dimensione intrinseca della vita umana. Ciò implica un superamento radicale dell'idea secondo cui il diritto sarebbe realtà essenzialmente strumentale, legata all'operatività del sistema giuridico. Quest'ultimo ha certamente un valore strumentale, ma al servizio di una realtà sostanziale, che sono le relazioni giuridiche intese come relazioni di giustizia. La giustizia giuridica presuppone l'appartenenza di un bene a un soggetto (una persona o una realtà sociale transpersonale) ed implica costitutivamente il dovere di un altro soggetto di rendere effettiva tale appartenenza nella misura in cui ciò dipende dal suo agire. Siamo così pervenuti al concetto di diritto come bene giuridico caratterizzato da una doppia relazione: tra il bene e il suo titolare, e tra questo titolare del bene e il titolare del dovere. Si tratta di un concetto tanto antico quanto poco conosciuto a livello di teorizzazione sul giuridico¹⁴. Appartenenza e doverosità, quali aspetti intimamente connessi del bene giuridico come categoria che esprime l'essenza della giuridicità, rimandano a un fondamento antropologico del diritto quale realtà personale relazionale, superando così radicalmente le strettoie del positivismo e del soggettivismo.

5. Il collegamento tra famiglia e diritto mediante il concetto di bene giuridico

¹¹ In virtù di questo principio di verosimiglianza della filiazione non biologica, «i vincoli giuridici di filiazione possono unire un uomo (e soltanto uno) a suo figlio e una donna (e soltanto una) a suo figlio, e, insieme, un uomo e una donna al loro figlio comune» (C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *La decostruzione del matrimonio e della famiglia*, cit., p. 73).

¹² P. DONATI, *Scoprire i beni relazionali. Per generare una nuova società*, Rubbetino, Soveria Mannelli 2019, p. 102.

¹³ *Ibidem*, p. 108.

¹⁴ Per un'esposizione sistematica di questa nozione (che può essere denominata in vari modi: ciò che è giusto, il giusto, l'oggetto della giustizia, ecc.), risalente al *tó dikáion* aristotelico, allo *ius* come oggetto della *iustitia* nella definizione di Ulpiano e alla *ipsa res iusta* di Tommaso d'Aquino, cfr. J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, Giuffrè, Milano 1990. Per un'esposizione storica di questa tradizione del realismo giuridico classico e del suo oblio, cfr. M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, trad. it, introduzione di F. D'Agostino, Jaca book, Milano 1986.



Pontificia
Università
della
**SANTA
CROCE**

FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO
XXV CONVEGNO DI STUDI
I FONDAMENTI RELAZIONALI DEL DIRITTO DI FAMIGLIA.
UN APPROCCIO INTERDISCIPLINARE
Roma, 19 - 20 aprile 2021

TESTO PROVVISORIO

Abbiamo sommariamente presentato la famiglia come bene relazionale e il diritto come bene giuridico anch'esso relazionale, entrambi antropologicamente fondati. Come legare tra di loro queste due relazionalità? Mi pare che alla base della risposta ci dovrebbe essere la consapevolezza che non si tratta di due relazioni distinte e parallele. Infatti, occorre scoprire che all'interno della relazione familiare vi è un suo aspetto giuridico, cioè di giustizia, che fa parte essenziale della stessa relazionalità familiare, tenendo ovviamente presente che la realtà della famiglia oltrepassa il suo profilo giuridico. Infatti, la relazionalità familiare ha certamente altre dimensioni: si pensi a quella dell'amore – non riducendola all'affettività, ma investendo soprattutto la volontà libera della persona – che tende ad attualizzare pienamente le relazioni al di là della giustizia, ma confermando quest'ultima. Tuttavia, la dimensione di giustizia ha una priorità fondativa, in quanto la specificità di ogni relazione familiare corrisponde a un determinato vincolo di giustizia, il quale segna le esigenze della verità dell'amore nel vivere la relazione. Con queste premesse la risposta al quesito sul legame tra entrambe queste relazionalità è assai semplice: il collegamento si realizza mediante la concettualizzazione della famiglia come bene giuridico.

In questo modo si afferma la giuridicità costitutiva, non meramente normativo-positiva o procedurale, della famiglia. Come ha scritto Francesco D'Agostino, «parlare di *giuridicità costitutiva* a proposito della famiglia significa affermare che non è possibile identificare nella sua concretezza storico-esistenziale la logica della familiarità senza ricorrere – come strumento insieme costitutivo ed esplicativo – alla logica del diritto»¹⁵.

Concepire la famiglia come realtà intrinsecamente giuridica equivale a considerarla non come oggetto del diritto-norma e nemmeno come oggetto di un diritto soggettivo-pretesa (anche se queste due dimensioni del diritto conservano il loro valore), ma come bene giuridico, o meglio come insieme di beni giuridici. In effetti, questa visione realistica del diritto come bene giuridico non consiste nell'affermare che la famiglia come ideale costituisce un bene che il diritto-norma od ordinamento deve proteggere e promuovere. La concezione realista del bene giuridico è concretissima perché riguarda diritti realmente esistenti, visti come beni giuridici, essendo questo plurale più espressivo della concretezza del diritto inteso come bene giuridico. Ne segue che l'applicazione del concetto di bene giuridico alla famiglia implica il tentativo di esplicitare in quale misura tutte le relazioni familiari sono relazioni di quella giustizia che ha come oggetto il bene giuridico. Perciò, come hanno messo in evidenza i miei colleghi, la nozione di relazione familiare deve includere la sua dimensione di giustizia¹⁶.

Questa visione della famiglia come bene giuridico, o meglio come insieme unitario di beni giuridici, ha molteplici presupposti. Anzitutto concepisce i beni giuridici familiari come beni inerenti alle stesse persone secondo le loro rispettive identità relazionali all'interno della famiglia. Ovviamente in ogni relazione familiare sono in gioco molti beni giuridici fondamentali – la vita, la libertà, l'intimità, ecc. – ma ciò che costituisce il bene giuridico familiare in quanto tale è un aspetto di bene che è intrinsecamente familiare (coniugale, filiale-genitoriale, fraterno, ecc.). Questi beni giuridici familiari sono talmente inerenti alle persone che conformano delle vere identità personali –

¹⁵ Cfr. F. D'AGOSTINO, *Una filosofia della famiglia*, Giuffrè, Milano 1999, p. 64.

¹⁶ Cfr. la definizione riportata nella nota 15. Cfr. H. FRANCESCHI, *La riscoperta della dimensione di giustizia della relazione coniugale*, in A. GONZÁLEZ ALONSO (ed.), *La relazione coniugale*, cit., pp. 75-93.



Pontificia
Università
della
**SANTA
CROCE**

FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO
XXV CONVEGNO DI STUDI
I FONDAMENTI RELAZIONALI DEL DIRITTO DI FAMIGLIA.
UN APPROCCIO INTERDISCIPLINARE
Roma, 19 - 20 aprile 2021

TESTO PROVVISORIO

di coniuge, padre, madre, figlio, fratello, ecc. –, che non si possono ridurre al piano dell'agire, poiché investono anzitutto quello dell'essere. Tali identità sono intrinsecamente relazionali secondo una relazionalità antropologicamente specifica, caratterizzante ogni relazione familiare. Tutto ciò presuppone una concezione che coglie ontologicamente la persona umana come essere in relazione, prima di tutto all'interno della famiglia.

Inoltre, i beni giuridici familiari sono beni naturali, cioè legati alla natura umana. La cultura è certamente molto rilevante per quanto riguarda tanti aspetti del vivere quei beni, ma essi hanno una natura determinata, nella misura in cui vi è una natura della persona umana, una sua essenza che non muta nel divenire della sua attualizzazione nell'esperienza umana. Ogni bene giuridico familiare corrisponde a un aspetto della natura della persona umana: alla distinzione-complementarietà tra l'uomo e la donna, alla realtà della procreazione ed educazione dei figli, alla condivisione degli stessi genitori, ecc. L'approfondimento di ogni bene giuridico familiare richiede un'indagine che, partendo dai variegati fenomeni che la caratterizzano, sappia trovare un nucleo naturalmente permanente. Senza tale nucleo il diritto di famiglia è condannato a vivere nell'oscurità circa i suoi fondamenti e pertanto nell'incertezza circa le sue soluzioni, che non possono corrispondere a una giustizia antropologicamente fondata.

6. Il matrimonio come bene giuridico

Considero ora la relazione coniugale per esaminarla sotto il profilo del bene giuridico. La scelgo per un doppio motivo: in quanto il matrimonio è fondazionale rispetto alla famiglia, e in quanto in esso la dimensione costitutivamente giuridica appare con speciale chiarezza nella misura in cui la coniugalità non implica un vincolo di sangue. Andrebbero ovviamente approfondite le altre relazioni familiari, a cominciare dalla filiazione con la corrispettiva paternità e maternità, quale bene giuridico del figlio dovutogli secondo giustizia dai genitori, in modo che tutto ciò che i genitori devono ai figli, compreso l'esercizio dell'autorità genitoriale, costituisca un vero diritto dei figli¹⁷. Anche la considerazione della famiglia come soggetto unitario si illumina mediante la sua concettualizzazione come un bene relazionale comune avente una dimensione di giustizia, sia all'interno della stessa famiglia che rispetto ad altri soggetti individuali o collettivi¹⁸.

Qual è il bene giuridico nel matrimonio? Anzitutto occorre scoprire che il vincolo coniugale ha un essenziale componente di giustizia, in virtù del quale l'uomo e la donna si coappartengono, e sono davvero l'uno per l'altro "mia moglie" e "mio marito", in una maniera permanente che oltrepassa l'ambito dell'agire insieme. Poiché il rapporto riguarda un aspetto così personale come l'essere uomo o donna, esso può essere vissuto soltanto mediante l'amore mutuo interpersonale. Ma questo amore è dovuto, non già nel senso in cui si deve amare ogni persona umana in quanto prossimo, bensì secondo le esigenze specifiche del vincolo coniugale. E tali esigenze rientrano nell'ambito della giustizia, perché presuppongono un'unione peculiare tra l'uomo e la donna, in virtù della quale ciascuno di loro è dell'altro, nella coniugalità, nel proprio essere persona-uomo e persona-donna.

¹⁷ Cfr. A. GONZÁLEZ ALONSO (ed.), *L'autorità genitoriale, limite o diritto dei figli?*, II Giornata di studio sull'antropologia giuridica della famiglia, EDUSC, Roma 2019.

¹⁸ Cfr. P. POPOVIĆ, *Ripensare l'antropologia giuridica della famiglia dal punto di vista del "bonum commune familiae"*, in *Ius Ecclesiae*, 32 (2020), pp. 525-548.



Pontificia
Università
della
**SANTA
CROCE**

FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO
XXV CONVEGNO DI STUDI
I FONDAMENTI RELAZIONALI DEL DIRITTO DI FAMIGLIA.
UN APPROCCIO INTERDISCIPLINARE
Roma, 19 - 20 aprile 2021

TESTO PROVVISORIO

Queste considerazioni seguono la visione del matrimonio che caratterizza la produzione scientifica di Javier Hervada come consumato giurista. A proposito dell'unione tra uomo e donna nel matrimonio, egli scriveva: «Tale unità consiste nella partecipazione – giuridica, non ontologica – al dominio che ognuno di loro ha, essendo persona, sul proprio essere, partecipazione limitata alla struttura maschile e femminile. Se chiamiamo la struttura maschile ‘mascolinità’, e la struttura femminile ‘femminilità’, possiamo dire che il matrimonio comporta, per il vincolo giuridico, una compartecipazione ed un co-possesto reciproci nella mascolinità e nella femminilità, sicché i due sposi diventano una unità nelle nature»¹⁹.

Per meglio comprendere questo vincolo di giustizia bisogna determinare il diritto-bene giuridico che ne è alla base. Se intendiamo per diritto il bene di una persona in quanto le è dovuto da un'altra, diventa fondamentale precisare quale sia tale bene nel matrimonio. Si potrebbe pensare che la stessa persona umana degli sposi, nella totalità del loro essere relazionale, costituisca il bene coniugale, ossia che i coniugi siano diritto l'uno per l'altro secondo una pienezza di vita che deve essere condivisa. Una simile impostazione presenta almeno due problemi: la stessa persona non può costituire un diritto, un bene giuridico appartenente ad un altro, giacché ciò contraddirebbe la sua incomunicabilità; e il preteso bene giuridico avrebbe un'estensione così ampia ed indeterminata come la vita delle persone nella loro relazionalità. D'altra parte, il bene matrimoniale non può ridursi a un insieme di prestazioni mutue, le quali non spiegherebbero la permanenza dell'unione e porrebbero anche problemi circa la loro determinazione concreta, nella misura in cui tali prestazioni dipendono dalle circostanze. Scartate queste due risposte, si comprende meglio il senso dell'affermazione secondo cui il bene nell'unione coniugale è costituito dalla stessa relazione tra la mascolinità e la femminilità – compresa la potenziale paternità/maternità – delle persone sposate. Questa tesi, che potrebbe apparire tautologica, racchiude invece a mio parere una comprensione realistica e profonda del matrimonio.

Sotto il profilo del diritto, la mascolinità è anzitutto un bene dello stesso uomo, così come la femminilità appartiene alla stessa donna. Si tratta di beni naturali inerenti alle stesse persone umane, la cui giuridicità dipende dall'esistenza di doveri di giustizia da parte degli altri e della stessa società, anzitutto il rispetto socialmente dovuto alla condizione maschile e femminile. Per comprendere l'indole essenziale di tali doveri di giustizia va tenuto presente che la mascolinità e la femminilità sono beni relazionali, in quanto pongono di per sé la persona in una determinata relazione con gli altri. Questa relazione comporta soprattutto l'inclinazione naturale all'unione con una persona dell'altro sesso. Quando avviene l'unione, come frutto del concorso della natura e della libertà, si verifica un qualcosa di unico nel mondo umano: dei beni naturali inerenti a due persone, la mascolinità e la femminilità, nella loro relazionalità specificamente coniugale, passano a costituire dei veri diritti dell'altro. La mascolinità dell'uomo in quanto unito alla donna diventa un bene di quest'ultima, che cioè le appartiene e le è dovuto secondo giustizia da suo marito. Contemporaneamente, come aspetto inseparabile di una sola unione, la femminilità della donna in quanto legata all'uomo passa a essere un diritto di quest'ultimo, un bene suo che gli è dovuto dalla donna. In questo modo vi è una vera comunicazione e condivisione tra marito e moglie, la quale nella sua essenza è giuridica, perché implica i due presupposti essenziali del diritto: la

¹⁹ J. HERVADA, *L'identità del matrimonio*, in ID., *Studi sull'essenza del matrimonio*, Giuffrè, Milano 2000, p. 210.



Pontificia
Università
della
**SANTA
CROCE**

FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO
XXV CONVEGNO DI STUDI
I FONDAMENTI RELAZIONALI DEL DIRITTO DI FAMIGLIA.
UN APPROCCIO INTERDISCIPLINARE
Roma, 19 - 20 aprile 2021

TESTO PROVVISORIO

configurazione di un bene come proprio di una persona, e la dipendenza dell'effettività di tale appartenenza dall'agire altrui. Il matrimonio e la famiglia in esso fondata risultano così naturalmente determinati, con una determinazione essenziale che è garanzia di autentica vitalità.

7. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto esposto, risulta chiara la necessità di un'impostazione del diritto di famiglia che colleghi intrinsecamente famiglia e diritto. Ciò non toglie nulla alla dovuta attenzione ai sistemi giuridici positivi, ma essi devono esser percepiti come strumenti per tutelare, promuovere e all'occorrenza determinare la dimensione di giustizia che appartiene alla realtà della famiglia secondo una sua adeguata comprensione antropologica. In questo modo l'antropologia giuridica della famiglia, che alcuni docenti di questa Facoltà hanno cominciato a sviluppare e che con riferimento al matrimonio ha esplicitamente auspicato Benedetto XVI²⁰, poggia su una comprensione ontologica della persona umana, della famiglia e del diritto, tendente a riscoprire la dimensione di giustizia inerente a tutte le relazioni familiari. Tale comprensione ontologica supera radicalmente l'orizzonte positivisticò che concepisce la rilevanza giuridica della realtà matrimoniale e familiare in funzione delle leggi umane e della giurisprudenza, fissando peraltro l'attenzione prevalentemente sui conflitti familiari anziché sulla realtà positiva del matrimonio e della famiglia. Occorre certamente evidenziare le minacce oggi incombenti su questa realtà, ma più importante è l'approfondimento della verità, del bene e della bellezza insite nella dimensione giuridica della famiglia.

Questo Convegno ha luogo nell'ambito di un Centro di studi giuridici sulla famiglia legato a una Facoltà di Diritto Canonico. Com'è logico, una parte consistente delle attività di questo Centro muove verso un potenziamento e coordinamento del lavoro canonistico svolto da decenni in questa Facoltà. Tuttavia, rimane ampio spazio per iniziative di studio e di formazione, come questa odierna, riguardanti ogni matrimonio e famiglia, a prescindere dal loro rapporto con la Chiesa visibile mediante il battesimo dei coniugi. Il perché di questa apertura poggia su una consapevolezza presente nella stessa tradizione giuridica della Chiesa cattolica, e cioè che il matrimonio canonico è lo stesso matrimonio risalente all'ordine creazionale, poiché il suo rapporto con l'economia salvifica che culmina in Cristo conferma e rivela il suo essere naturale. Ne deriva che il patrimonio scientifico della canonistica sul matrimonio, unico nel suo genere, offre una ricchezza di cui tutta la società umana deve poter usufruire. In particolare, la considerazione dell'unione coniugale quale unione intrinsecamente giuridica, in cui l'amore si fonde con la giustizia, è un tratto essenziale che appare destinato a illuminare tante questioni giuridiche del nostro tempo in ambito familiare. A questo scopo, riteniamo che occorra uno sforzo per far uscire dall'ambito specialistico dei canonisti altrettante convinzioni la cui attualità necessita di una vera riscoperta. Si pensi, a modo di esempio, all'indole fondazionale del matrimonio rispetto alla famiglia, al senso dell'eterosessualità del matrimonio, all'inscindibilità tra il bene dei coniugi e la loro apertura alla vita, al ruolo unico del consenso matrimoniale come atto fondazionale della famiglia, all'indissolubilità e unità del vincolo, al rapporto tra matrimonio ed educazione dei figli, alla rilevanza pubblica della famiglia nella Chiesa e nella società civile, e via dicendo: tanti aspetti

²⁰ Cfr. *Discorso alla Rota Romana*, 27 gennaio 2007.



Pontificia
Università
della
**SANTA
CROCE**

FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO
XXV CONVEGNO DI STUDI
I FONDAMENTI RELAZIONALI DEL DIRITTO DI FAMIGLIA.
UN APPROCCIO INTERDISCIPLINARE
Roma, 19 - 20 aprile 2021

TESTO PROVVISORIO

di una sola realtà la cui attrattiva è destinata a brillare ancor di più in una situazione critica come quella attuale.

L'interdisciplinarietà del presente Convegno è manifesta, anzi questa qualità intende proprio caratterizzare la linea di dialogo e di riflessione che stiamo aprendo in questo Centro. Ciò dipende anche dal modo di concepire il diritto in ambito familiare. In effetti, qualora la dimensione giuridica s'identifichi con una sistemazione positiva e contingente degli affetti e degli interessi nei rapporti aventi un qualche nesso con la sessualità, si potrà certamente riconoscere che tale sistemazione possiede dei collegamenti con le dimensioni sociologiche, storiche, psicologiche, ideologiche, religiose, culturali, ecc. che influiscono sulla sua determinazione. Tuttavia, a parte il fatto che in una simile impostazione il matrimonio e la famiglia vengono a perdere ogni consistenza antropologico-giuridica, è chiaro che l'operato dei giuristi viene privato, in tal caso, di vera rilevanza per le altre discipline scientifiche che si occupano della famiglia, poiché non sarebbe da aspettarsi dalla scienza giuridica un vero contributo su cosa sia una realtà ridotta a fattualità empirica. Se, invece, si parte da una visione ontologica del diritto, del matrimonio e della famiglia, allora si percepisce che la voce dei giuristi, lungi dal limitarsi a un formalismo che cerca soluzioni di comodo, esprime un aspetto di verità, quello di giustizia interpersonale, che è consono ad una dimensione essenziale della realtà matrimoniale e familiare. In questa cornice può avviarsi un autentico dialogo interdisciplinare, fondato sull'esistenza di una realtà che accomuna davvero le varie discipline. Allora il giurista può imparare molto dalle scienze umane, dalla filosofia, dalla teologia, che gli parlano dei presupposti e delle dinamiche di svolgimento della dimensione di giustizia in campo familiare. E i cultori di queste altre discipline possono ricevere luce per comprendere che tale dimensione merita di essere approfondita nel loro ambito, semplicemente perché è una dimensione reale e imprescindibile dell'unico oggetto su cui si dialoga.

La decostruzione della famiglia e pertanto del diritto di famiglia, che ho brevemente descritto all'inizio, sembra costituire un processo globale ed inarrestabile. Non intendo trasmettere ingenui ottimismo, ma invece ribadire la necessità di operare a tutti i livelli, pertanto anche nell'ambito della conoscenza giuridica, verso una ricostruzione positiva di queste realtà. In questo sforzo siamo sostenuti dall'esperienza di tante famiglie nelle quali viene percepito e vissuto un vero senso giuridico, inteso come senso di giustizia nelle relazioni familiari. L'approfondimento delle idee può e deve contribuire a consolidare e promuovere queste famiglie, a facilitare che altre trovino la vera identità familiare, a innescare dei processi sociali di riconoscimento e di promozione della famiglia fondata sul matrimonio. Ciò richiede un'azione a lungo termine, per la quale si può imparare molto dalla tenacia con cui si cerca di decostruire la famiglia in questi ultimi tempi. Il compito è certamente arduo, ma perciò affascinante.