

Gambino, Gabriella

La filosofia emergente dal diritto di famiglia nel nuovo Codice Civile e Commerciale argentino

The emerging philosophy of family law in the new Argentine Civil and Commercial Code

Prudentia Iuris N° 81, 2016

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Gambino, G. (2016). La filosofía emergente dal diritto di famiglia nel nuovo Codice Civile e Commerciale argentino [en línea], *Prudentia Iuris*, 81. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/filosofia-emergente-diritto-famiglia.pdf> [Fecha de consulta:.....]

**LA FILOSOFIA EMERGENTE DAL DIRITTO DI FAMIGLIA
NEL NUOVO CODICE CIVILE E COMMERCIALE ARGENTINO**
*The Emerging Philosophy of Family Law
in The New Argentine Civil and Commercial Code*

Gabriella Gambino*

Recibido: 1º de octubre de 2015.
Aprobado: 20 de noviembre de 2015.

Resumen: El presente texto se propone comprender los principios y el paradigma atropológico que subyacen en la regulación de las relaciones de familia en el libro II del nuevo Código Civil y Comercial argentino. Consiste en una aproximación filosófico jurídica al tema que indaga sobre los fundamentos de las instituciones jurídicas. Respecto al sistema del Código anterior, la reforma ha introducido algunos cambios sustanciales tales como la separación entre sexualidad-matrimonio y entre matrimonio-procreación; la desaparición de la dicotomía hombre-mujer como condición del ser humano y de su identidad; la instauración de una institución matrimonial reducida a una única dimensión contractual. Esta reforma parece que ha diseñado una realidad familiar frágil, donde el único interés se encuentra en el individuo y su autonomía.

Palabras clave: Código Civil – Derecho de Familia – Matrimonio – Filiación – Paradigma antropológico.

Abstract: This paper aims to understand the principles and the anthropological paradigm underlying the regulation of family relations in Book II of the new Argentine Civil and Commercial Code. It is a philosophical approach to the subject legal investigates the foundations of legal institutions. Regarding the above code system, the reform has made some substantive

* Investigadora en Filosofía del Derecho y en Historia y Teoría del Derecho, Universidad Tor Vergata de Roma. Correo electrónico: gbn.gg@tiscali.it.

changes such as the separation between sexuality and marriage, between marriage-procreation; the disappearance of the male-female dichotomy as a condition of the human being and identity; the establishment of a marriage institution contractual reduced to a single dimension. This reform seems to have designed a fragile family situation, where the only interest, housed in the individual and their autonomy.

Keywords: Civil Code – Family Law – Marriage – Filiation – Anthropological Paradigm.

1. Per una lettura gius-filosofica dei cambiamenti introdotti dal nuovo diritto di famiglia

La disciplina del nuovo diritto di famiglia contenuta nel codice civile argentino, che entrerà in vigore nel 2016, costituisce il risultato di un immenso sforzo giuridico dottrinale, se non altro perché anche ad una prima rapida lettura in esso si evidenziano concetti, principi e idee che tentano di coniugare le nuove istanze etico-giuridiche della società post-moderna in materia di famiglia con gli istituti giuridici più tradizionali. Nel codice si ritrova una normativa complessa, arricchita di possibilità inedite per comporre e scomporre convivenze e famiglie, che rendono particolarmente interessante - ma senz'alcun dubbio ardua - la comprensione dei principi e del paradigma antropologico che sottostanno alle nuove relazioni familiari. Per tale ragione, la prospettiva rispetto alla quale intendo proporre la presente riflessione non è meramente giuridica, ma filosofico-giuridica: vestirò i panni, cioè, di colui che vuole andare alla ricerca del *proprium* del diritto, ossia di quelle dimensioni di verità che rendono il diritto espressione dell'*uomo* nella sua totalità.

Mentre le scienze giuridiche, infatti, osservano e studiano il fenomeno giuridico nel suo manifestarsi come *fatto*, la filosofia va alla ricerca dei suoi fondamenti, del *sensu* a cui esso rinvia in relazione all'essere umano e alle sue dimensioni costitutive. Tra queste sono senz'altro annoverabili la sessualità, la generazione della vita e la famiglia. In tale prospettiva mi accingo, pertanto, a proporre alcune osservazioni emerse dalla lettura del Libro Segundo del nuovo codice civile e commerciale argentino dedicato alle "Relaciones de familia".

Va anzitutto detto che rispetto al precedente sistema codicistico, il Legislatore argentino ha introdotto alcuni cambiamenti sostanziali che, per la prima volta, vedono riunite tutte quelle espressioni della più recente evoluzione sociale e scientifica orientata a pensare in maniera radicalmente diversa rispetto al passato i concetti di matrimonio, di famiglia e di filiazione.

Agli occhi dello studioso europeo, gli effetti delle tre grandi rivoluzioni occidentali del XX secolo sembrano essersi concentrati nel nuovo ordinamento: la rivoluzione sessuale, che ha separato la sessualità dal matrimonio e il matrimonio dalla procreazione; la rivoluzione del *gender*, che ha cancellato la dicotomia uomo/donna dalle condizioni di pensabilità dell'essere umano e della sua identità; la "*no-fault divorce*" *revolution*, che ha ridotto ad una dimensione contrattuale l'istituto del matrimonio. Così, nel nuovo codice, matrimonio etero e omosessuale, patti di convivenza (*uniones convivenciales*), divorzio breve, adozione di minori da parte di soggetti conviventi e single, accesso integrale ad ogni tecnica di fecondazione artificiale con donazione di gameti ed embrioni, sembrano disegnare l'immagine di una realtà familiare articolata, ma fragile, dove l'unico filo rosso è rappresentato dall'individuo e dalla sua autonomia, libera di creare e sciogliere legami, libera di far valere quella *volontà procreativa* (ex art. 562 c.c.) che può legittimamente rivendicare il "diritto al figlio". Emerge cioè l'idea, già da anni presente nella giurisprudenza europea, secondo la quale il matrimonio, da un lato, e la famiglia dall'altro, siano pensabili nel quadro della soggettività e della privatezza individuale: ciascuno deve poter vedere nel matrimonio e/o nella famiglia ciò che lo appaga, e non necessariamente una struttura di relazioni unitaria, stabile ed indissolubile¹ nell'interesse dei figli.

Sulla scia del percorso seguito anche dall'Unione Europea, infatti, il pensiero giuridico sudamericano in diverse occasioni aveva già manifestato attenzione e sensibilità nei confronti di una lettura egualitarista dei diritti fondamentali della persona, nell'ambito della quale si iscrive la riforma. In Argentina, la Ley 26.618 sul Matrimonio Igualitario, fin dal 2010 ha introdotto la disciplina del matrimonio omosessuale²; così come la Ley 26.862 dal 2013 disciplina l'"Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida"³. Quanto alla giu-

1 D'Agostino, F. (a cura di) (1985). *Famiglia, diritto e diritto di famiglia. Studi raccolti*. Milano. Cf. anche Nicolussi, A. (2010). "La famiglia nel diritto tra antico e moderno". In D'Agostino, F. (a cura di), *Valori giuridici fondamentali*. Roma, 73-99. Sono queste, infatti, le indicazioni che da anni provengono dalle interpretazioni della giurisprudenza europea indirizzate a tutti i Paesi: il riferimento distinto contenuto nell'art. 9° della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea al "diritto di sposarsi", da un lato, e al "diritto di fondare una famiglia", dall'altro - secondo alcuni - sarebbe stato introdotto proprio per legittimare forme di unione legale diverse da quella matrimoniale eterosessuale.

2 *Ley de matrimonio Igualitario* n. 26.618, 2010 e Decreto 1.054/2010. Indubbiamente, il testo della legge si è in gran parte ispirato al vigente codice civile spagnolo, in particolare all'art. 44, par. 2 (novellato dalla l. 13/2005) e all'art. 42.

3 La legge stabilisce il libero accesso ad ogni procedura capace di attivare una gravidanza, incluse le tecniche di donazione dei gameti e di embrioni ed ogni tecnica che il progresso medico-scientifico riuscirà a sviluppare e che sia autorizzata dalle autorità competenti. La normativa, peraltro, non fa riferimento al concetto di filiazione e prevede che il consenso informa-

risprudenza latino-americana, alcune decisioni della Corte Interamericana de Derechos Humanos hanno segnato anch'esse di recente un orientamento "egualitarista" in materia di famiglia⁴: vanno ricordati al riguardo il caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* del 24 febbraio 2012, nel quale la Corte per la prima volta ha riconosciuto il diritto alla non discriminazione in funzione dell'orientamento sessuale in relazione al concetto di famiglia e all'affidamento dei figli; nonché il caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* del 28 novembre 2012, relativo al divieto di fecondazione artificiale in Costa Rica, considerato lesivo dei "diritti alla vita privata e familiare", all'integrità personale in relazione all'autodeterminazione individuale, alla salute sessuale e riproduttiva, al diritto di godere dei benefici del progresso scientifico-tecnologico e, ancora una volta, al principio di non discriminazione.

2. L'irrilevanza giuridica della differenza sessuale nella famiglia argentina: implicazioni sulla filiazione

In termini di principio, il codice argentino ha esteso il concetto di famiglia alle convivenze - che, tuttavia, di per sé possono non avere una progettualità familiare e limitarsi ad una volontaria coabitazione tra due soggetti adulti - e ha cancellato dalla secolare definizione di *mater-monium* il presupposto della differenza sessuale, capace di generare ruoli, identità familiari e status attraverso la *realtà* della carne, un tempo riconosciuta dal diritto come qualificante e necessaria per il realizzarsi di queste condizioni soggettive⁵. Di fatto, la novella rende socialmente irrilevante il matrimonio,

to dei committenti possa essere ritirato fino al momento precedente l'impianto dell'embrione nell'utero della donna, lasciando nell'ombra il destino degli embrioni prodotti e non impiantati e trascurando quei principi sui quali gli ordinamenti giuridici occidentali da decenni si vanno arrovellando in relazione alla fecondazione artificiale, perché considerati il fondamento della civiltà giuridica: la tutela della vita umana sin dalla fecondazione, l'interesse a nascere del concepito, il suo diritto alla famiglia e alla doppia figura genitoriale, il principio terapeutico e il principio di gradualità delle tecniche. Aspetti, questi ultimi, che non sono stati affrontati nemmeno nel nuovo codice, che si è limitato ad introdurre il principio della filiazione nei confronti dei bambini nati in seguito all'uso di tali metodiche.

4 La Corte è stata istituita nell'ambito della Convenzione Americana dei Diritti Umani (San José de Costa Rica, 1969).

5 Va anche segnalato che in Argentina dal 2012 esiste la *Ley* n. 26.743 sul *Derecho a la identidad de género de las personas*, la quale stabilisce che ogni soggetto maggiorenne può cambiare liberamente la propria identità anagrafica di genere, anche più di una volta nel corso della vita (purché vi sia un'autorizzazione giudiziaria *ex art.* 8°). Un aspetto importante, che non contribuisce a creare certezza nei ruoli familiari e tra le identità se posto in relazione al nuovo diritto di famiglia, anch'esso indifferente alla differenza sessuale tra i coniugi e i conviventi.

ponendo le condizioni per il realizzarsi in Argentina di quel fenomeno di “de-matrimonializzazione” della società, descritto in Europa fin dagli anni Novanta da Irène Théry⁶. Nel codice, infatti, al di là della denominazione, non si percepisce la differenza *sostanziale* tra il matrimonio - ridotto a contratto - e la convivenza, considerati come modalità alternative per accedere ad una vita di coppia sessualmente neutra e interessata solo a gestire le condizioni affettive e materiali della convivenza, senza che in quest’ultima sia ravvisabile alcun criterio oggettivo e fondativo della famiglia.

Eppure, nella sua essenza, il matrimonio non è l’istituto sociale della coppia, ma *l’istituzione naturale* che lega la differenza tra i sessi alla differenza tra le generazioni. D’altro canto è sempre stata questa la funzione sociale del matrimonio: garantire l’ordine della sessualità nell’ordine delle generazioni. Ed è quest’ordine il presupposto della pace sociale, della giustizia, ma soprattutto del bisogno umano più profondo: quello di sapere di chi siamo figli. E’ per questa ragione antropologica che ogni cambiamento nella *comprensione* sociale del matrimonio non può che tradursi in un cambiamento nella comprensione della realtà familiare e filiale.

E’ quanto avvenuto in Argentina: la modifica della normativa civilistica che disciplina i rapporti di coppia (con l’introduzione del matrimonio omosessuale e le convivenze) ha consentito al Legislatore di sostituire con estrema facilità, dal punto di vista formale, il paradigma *unico della procreazione come generazione biologica e carnale* con il triplice modello della procreazione *naturale, artificiale e adottiva* anche per single, coppie dello stesso sesso, persone divorziate o che abbiano cessato la convivenza⁷. In tal senso, non si può non rilevare l’influenza di quell’orientamento dottrinale che tende ad individualizzare il rapporto genitore-figlio, sradicandolo dal *principio familiare*.

Nel matrimonio come istituto, infatti, la filiazione è il rapporto triadico e reciproco - tra tutti e tre i soggetti - del figlio con *i* genitori, i quali *collaborano* nell’adempimento dei doveri e *insieme* decidono nell’interesse del figlio, avendo nell’unità familiare un obiettivo comune, che viene a fondarsi sull’obbligo di convivenza e di fedeltà dei coniugi, quale presupposto per costruire una vita di stabilità e certezze.

Nella prospettiva argentina, invece, la genitorialità rischia di perdere le condizioni del suo stesso esistere, ossia il radicamento nella relazione sessuata e generativa tra uomo e donna, cosicché la categoria di figlio viene ridotta a quella di *soggetto* di fronte all’ordinamento: rileva solo essere individui, indipendentemente dallo *status* familiare e dalla possibilità anche

6 Théry, I. (1993). *Le Démariage*. Paris.

7 Art. 604 del *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, 2014 (in vigore dal 1 gennaio 2016).

solo simbolica di accedere alle proprie origini. La definizione del rapporto di filiazione come rapporto del figlio con *il* genitore, con il quale avrà una relazione autonoma e individuale, rischia così di privare il figlio di quel contesto di relazioni primarie e originarie che da sempre strutturano le possibilità della sua identità. La relazione di un figlio con i propri genitori, infatti, è antropologicamente ancorata alla presenza carnale di corpi sessuati che, proprio in virtù di questa presenza e di questa differenza, hanno potuto generare. La genitorialità, in altre parole, è l'ambito umano nel quale la differenza iscritta nelle presenze incarnate è la *più irriducibile*. Essa non consiste solo nel gestire affetti, problemi educativi e valori morali, ma nell'istituire le strutture portanti dell'identità umana. *Il problema, insomma, è antropologico*. E ciò vale non solo nei confronti della genitorialità biologica, ma anche della genitorialità sociale. Nel caso dell'omogenitorialità, ad esempio, il problema giuridico non è costituito dall'orientamento sessuale di un individuo, ma dal fatto che nella vita di un bambino non ci siano un uomo e una donna come genitori, bensì due soggetti uguali, che agli occhi del bambino sono desessualizzati e disincarnati rispetto al loro essere madri e padri. E' la possibilità della differenza che rende possibile l'identità: essa è ciò che si ottiene perché non si confonde con altro. Nella realtà familiare, infatti, le identità soggettive prendono forma nella relazione a partire dalla realtà della carne, nella quale le differenze - prive di doppie presenze - permettono di sciogliere i dubbi⁸. Un aspetto non indifferente per garantire, attraverso il diritto, che la famiglia resti un contesto generativo di identità certe.

L'importanza del carnale - per i figli - si intuisce meglio se si comprende che la genitorialità non assolve solo ad una funzione solidaristica, affettiva o educativa, ma generativa, e, in quanto tale, genealogica: serve ad inserire il bambino in una catena di relazioni - la catena generazionale - costituita principalmente dalla parentela. Diventare genitori non comporta solo assumere un ruolo, ma acquisire una relazione simbolica. Perciò, filiazione non significa solo indicare qualcuno che allevierà il bambino, un adulto referente con cui avrà relazioni affettive, ma significa permettergli di collocarsi nella catena generazionale. La logica delle dissociazioni che, invece, presiede inevitabilmente la genitorialità omoparentale e quella artificiale - e che impedisce di avvicinare tra loro i termini madre e donna, padre e uomo, parentalità e parentela, sessualità e filiazione, procreazione e filiazione - corrisponde ad una discontinuità nella storia del bambino, ad una frammentazione reale e simbolica che può ripercuotersi sulle reali possibilità di comprensione della sua identità familiare.

8 Non a caso, per esempio nella lingua tedesca, doppio e dubbio hanno la stessa radice etimologica (*Zweifel* e *zwei*).

La *relazionalità* che si esprime nei legami tra le generazioni e nella stabilità delle unioni - che nel codice civile argentino appaiono così fragili - ha in sé una peculiare matrice simbolica. I legami familiari, strutturati nella carne, infatti, sono *sym-bolon* (dal verbo *syn-ballo*, combaciare, incontrare), parte di una totalità desiderata e cercata, che è ontologica, propria dell'identità umana: l'uomo ha bisogno della donna, la paternità ha bisogno della maternità, il figlio del padre e della madre. L'appartenenza di un individuo ad una particolare vicenda familiare si articola in un'ulteriore vicenda simbolica costituita dalle relazioni, che i legami istituiscono e che sono portatrici di significati che vincolano l'individuo: quello del *matris-munus* e del *patris-munus*. Il primo attiene al dono/compito materno del dare e garantire la vita, dell'offrire contenimento e contrastare la morte, istituire legami e memoria. Il secondo si riferisce alla trasmissione di beni (materiali e morali), al riconoscimento, alle idee di legge, ordine, giustizia. Potersi percepire nell'ambito di queste dinamiche simboliche è essenziale perché l'individuo acquisisca consapevolezza piena della propria identità⁹.

Nella recente prospettiva ordinamentale argentina, la *desessualizzazione* della coppia comporta inevitabilmente la *desessualizzazione* della maternità e della paternità, che smarriscono il loro carattere simbolico, biologico, relazionale. Genitori non sono più coloro che *generano* insieme in un contesto di donazione reciproca e di relazione, ma è genitore colui che - anche da solo - sceglie di "ottenere" un soggetto - con una delle pratiche sociali previste dal diritto - del quale prendersi cura, in funzione di un criterio volontaristico. Il principio della "volontà procreativa" sancito dal nuovo codice non può che sollevare alcuni interrogativi in relazione al principio antropologico procreativo. Se non altro perché, abbandonando la logica del dono della vita nel rapporto genitori-figli, esso pone una *domanda di senso* al diritto, laddove afferma l'idea che i figli non solo possano, ma debbano essere il frutto della decisione di un adulto, nell'ambito di una concezione volontaristica della relazione genitoriale - per la quale solo "se voglio, esisti" - capace di mettere in pericolo la percezione della gratuità dell'esistenza e ogni possibilità di generare in maniera piena ed autentica l'esperienza filiale. Nel discorso sociale si sta, infatti, imponendo l'idea per cui la genitorialità sia in ultima istanza il risultato di una *decisione parentale*, sia nei confronti del proprio figlio biologico, sia verso qualsiasi bambino nei cui confronti i genitori biologici non avanzino alcuna pretesa e che in alcun modo vorrebbero aver procreato insieme (vuoi perché ormai separati, vuoi perché

9 Scabini, E. (1995). *Psicologia sociale della famiglia. Sviluppo dei legami e trasformazioni sociali*. Torino, 86, sigs.

donatori anonimi e ignari di quei due gameti che casualmente sono stati uniti in vitro in un laboratorio).

Sul piano antropologico, i problemi alla base della teoria liberalista della famiglia, infatti, hanno in parte a che fare con la sostituzione *istituzionalizzata* del sesso con la tecnica. In particolare, la generazione eterologa ha imposto al diritto di sancire nuove *fictio iuris* destinate a fondare la filiazione non più sul principio di verità - ossia sulla conoscenza dei veri genitori biologici - ma sul principio di autodeterminazione dell'adulto. Come ha osservato autorevole dottrina, si sta realizzando negli ordinamenti di molti Paesi un singolare parallelismo tra la "concezione scienziata che tende ad annullare i *limiti oggettivi* all'agire umano e la nuova concezione di libertà, concepita come abolizione del *limite normativo*"¹⁰, con evidenti ripercussioni sul piano sociale ed esistenziale. Il progresso scientifico consente, infatti, da una parte, di esercitare con sempre maggiore estensione la propria libertà di scelta in ordine alla vita e, dall'altro, cerca sostegno in quel principio/diritto di autodeterminazione, al quale ormai viene sempre più facilmente ridotta la dimensione essenziale e *costitutiva* dell'essere umano¹¹, mera espressione della sua *voluntas*, senza che nelle sedi istituzionali e giurisdizionali nessuno riesca più a metterne in discussione né la logica, né quella *dimensione fondante che esso pare conferire perfino alla dignità umana*¹², sebbene di esso non si trovi alcuna *esplicita* menzione in alcun testo normativo di matrice costituzionale. Il principio di autodeterminazione, pensato come espressione somma del soggetto del diritto e della sua libertà giuridica, è da molti ormai considerato il fondamento di *nuovi diritti*¹³ in ordine alla procreazione e si muove in maniera intimamente connessa a quel concetto di *privacy*, che proviene dal sistema giuridico nordamericano, dove è legato al concetto di *personal liberty*. Il diritto alla *privacy* - osserva Mary Ann Glendon - è la "quintessenza del diritto all'autonomia individuale, un diritto all'autodeterminazione in tutte le questioni relative alle relazioni

10 Violini, L. (2012). "I diritti fondamentali e il loro futuro: il banco di prova del biodiritto". In Pin, A. (a cura di). *I nuovi diritti dell'uomo. Le sfide della società plurale*. Venezia, 121-142.

11 Così Rodotà, S. (2012). *Il diritto di avere diritti*. Roma, 260.

12 Lo stesso principio *pro-hominae* o *pro-personae* sviluppatosi anche nell'ambito della dottrina e della giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti dell'uomo non sembra essere sempre in grado di tutelare la dignità umana, quando viene fondato su un concetto di persona la cui dimensione costitutiva essenziale è rappresentata dall'autodeterminazione. In questi casi, infatti, il valore della persona viene a dipendere non dalla sua dignità ontologica intrinseca, considerata pur sempre come bene in sé, ma dalla sua capacità volitiva.

13 Violini, L. (2013). "Valori giuridici non negoziabili del diritto pubblico". In *Iustitia*, 7-22.; Id. (2007). "Note su matrimonio e famiglia nella costituzione italiana: garanzia istituzionale o libertà individuale?". In Pin, A. (a cura di). *Il traffico dei diritti insaziabili*. Soveria Mannelli, 149-166.

personali, sessuali, affettive”¹⁴. Costantemente richiamato dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e dalla Corte Interamericana dei Diritti Umani, sta modificando sia la concezione della persona come soggetto-in-relazione, sia della famiglia come luogo primario di identità e di presenze incarnate. Si pensi a come il riferimento alla “privatezza delle decisioni familiari” sia stato di recente utilizzato ovunque per abbattere i divieti ancora presenti nelle legislazioni nazionali nei confronti della fecondazione eterologa e della maternità surrogata, legittimando un modello familiare dove la figura genitoriale biologica è strutturalmente assente e il minore può essere “programmato” senza poter conoscere le proprie origini¹⁵. Ridurre l’autonomia decisionale a fondamento e misura di tutte le cose rende necessariamente *oggetto* tutto ciò che sottostà al suo potere.

In tal senso, l’istituzionalizzazione della fecondazione eterologa lascia anche emergere una particolare considerazione del tipo di famiglia a cui il Legislatore ha dato forma. Le riforme più recenti del diritto di famiglia negli ordinamenti occidentali mostravano da tempo un chiaro segno di emancipazione dall’idea organicistica e autoritaria della famiglia conformando i doveri dei genitori al rispetto della persona del figlio nella sua unicità e irripetibilità. In altre parole, il criterio del *best interest* del minore non consentiva più la rimessione di esso alla autorità incondizionata dei genitori, vincolando quest’ultima al rispetto della persona del figlio e della sua identità. Le recenti spinte individualistiche, che esaltano l’autodeterminazione rispetto al modo di mettere al mondo i propri figli e al prosieguo della famiglia, sembrano invece far riemergere sullo sfondo una concezione autoritaria di essa che, come in passato sacrificava il bene della persona *all’idolatria della famiglia*, anche oggi appare fondata sul diritto dei *patres*, decisi a vedere soddisfatto il proprio “desiderio di genitorialità”, subordinando - nella scala gerarchica dei valori ordinamentali - il minore ai propri genitori¹⁶. D’altra parte, lo stesso fenomeno di contrattualizzazione del matrimonio, che sgancia la volontà dei coniugi da un modello di convivenza capace di valorizzare i doveri di cura della prole nel tempo - i coniugi, infatti, devono “potersi rifare” una vita anche a scapito di quella dei minori, il cui consenso

14 Glendon, M. A. (2007). “La visione dignitaria dei diritti sotto assalto”. In Antonini, L. (a cura di). *Il traffico dei diritti insaziabili*. Soveria Mannelli, 59-94.

15 Se non nei rari casi in cui la conoscenza dell’identità del donatore sia ammessa dall’autorità giudiziaria. Peraltro, in Argentina la Ley 26.061 del 2005 prescrive che: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia [...]” (art. 11).

16 Si pensi anche alle derive eugenetiche che potranno vincolare le caratteristiche del figlio alla scelta delle qualità dei donatori dei gameti.

non è alla base della convivenza - sembra riproporre in chiave moderna un'antica tendenza del diritto romano, per cui chi non è *sui iuris* (come il bambino nato da eterologa) riceve una tutela non alla stregua di un diritto, ma di un *favore*¹⁷.

3. La desessualizzazione del diritto conduce alla rinuncia del suo carattere fondativo

Insomma, il nuovo diritto di famiglia - così desessualizzato, sia in relazione al rapporto di coppia, sia in relazione alla procreazione - sembra aver dato forma a quello che la dottrina europea più recente ha definito un “diritto libero”, ossia quel pensiero, oggi ampiamente diffuso, che pare avere definitivamente abbandonato l'idea di un ordine, di matrice giusnaturalistica, pre-esistente al diritto positivo. In tal senso, esso si pone sulla scia della modernità laddove si contraddistingue per il suo *carattere antiggiuridico*, non perché sia insofferente ad ogni sistema regolativo, ma perché sta riducendo il diritto a dimensione *eteronoma* della coesistenza e sta rinunciando al suo carattere *fondativo*.

L'idea di fondo è che il diritto, pur stabilendo un ordine, non è interessato a 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: ciò che gli spetta rappresenta il *suo* diritto (di fare, di ottenere), considerato come quanto di più connaturato vi sia al soggetto, perché di sua spontanea e immediata percezione¹⁸. Tale approccio può essere ricondotto a quella moderna comprensione del fenomeno giuridico che è stata paragonata 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 volontà desiderante¹⁹. 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 principio²⁰.

In tal modo al diritto non si riconosce più quel carattere che struttura le dinamiche fondamentali della coesistenza a partire dall'ordine della re-

17 Nicolussi, A. (2010). “Diritto di famiglia e nuove letture della costituzione”. In D'Agostino, F. (a cura di). *Valori costituzionali. Per i sessanta anni della Costituzione italiana* (Atti del Convegno nazionale dell'UGCI Roma, 5-7 dicembre 2008). Quaderni di Iustitia. Torino, 165-199.

18 Cotta, S. (1991). *Il diritto nell'esistenza, Linee di ontofenomenologia giuridica*. Milano, 41, sigs.

19 Romano, B. (1984). *Il riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*. Roma.

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

altà e di ciò che l'uomo è - secondo il principio di latina memoria *hominum causa omne ius constitutum est* (Digesto)²¹ - ma un carattere eteronomo, 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 oggettivare il diritto soggettivo, essa non può che prendere in considerazione dinamiche oggettivabili della coesistenza. La regola, infatti, serve a far emergere quel dover-essere della coesistenza a partire dall'essere inteso come essenza della soggettività.

In relazione al matrimonio e alla famiglia, il diritto non è mai stato solo funzionale alla gestione di dinamiche estrinseche ai soggetti, ma sostanziale espressione di una modalità di essere e di manifestarsi dell'*humanum* nella bipolarità sessuale. Per questo - agli occhi del filosofo - appare strano che esso possa farsi carico della sola dimensione affettiva tra due soggetti, come oggi si pretende che faccia, poiché essa non è fondativa. Al contrario essa è instabile, è sfuggente, non oggettivabile e come tale non può essere costretta da una volontà normativa. Il diritto, infatti, non trova le proprie radici nelle volontà mutevoli, ma nella verità delle cose.

Come spiegava Giuseppe Capograssi, "la legge è il primo punto fermo, la prima certezza alla quale la volontà [dell'uomo] con aspro sacrificio si affida, [...] per essere volontà obiettiva, per sottrarre se stessa alla volubilità dei suoi fini soggettivi e particolari ed affermarsi come volontà seria, cioè adeguata alla obiettività, alle esigenze e alle conseguenze dell'azione. [...] Si tratta per la volontà di spogliarsi della sua soggettività volubile e cangiante, di cogliere quelli che sono i suoi fini profondi al di sotto di quelli particolari"²². Solo in tal senso il diritto può essere autentica regola dell'agire.

Nel matrimonio, in particolare, la regola da sempre serve ad oggettivare delle dinamiche relazionali strutturali, che dal diritto - come affermava Hegel - vengono sottratte alla dimensione capricciosa ed egoista della coesistenza. Dinamiche che inevitabilmente prendono le mosse da quella dialettica tra i sessi con cui si esprime l'essere umano, e che non sono riconducibili alla sola dimensione affettiva²³.

In conclusione, il nuovo codice civile argentino pone senza alcun dubbio ai giuristi una sfida di rilevante entità. Nella tradizione giuridica occidentale, l'idea originaria dell'istituto familiare ha sempre inteso riconoscere alla famiglia la sua autonomia, non la sua sovranità; la sua pre-esistenza natu-

21 Cotta, S. (1992). "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, 38, sigs.

22 Capograssi, G. (1959). "Scritti postumi ed inediti". In *Opere*, III. Milano, 396-398.

23 Cf. D'Agostino, F. (1982). *Diritto e secolarizzazione. Pagine di filosofia giuridica e politica*. Milano, 133-142.

rale rispetto allo Stato, non la sua artificialità. Sotto questi aspetti, i nuovi principi della famiglia argentina appaiono sfuggenti. Ridotta quest'ultima ad un diritto in balia delle volontà²⁴, spetterà ora ai singoli lo sforzo immenso di mantenere viva la consapevolezza che nella coesistenza non tutto ciò che mi appare come *un bene per me è un bene in sé*; che anche se la legge "scritta" mi permette di scegliere in maniera radicalmente autonoma, c'è pur sempre una legge aurea "non scritta" che sommestamente mi ricorda di "non fare agli altri quello che non vorresti fosse fatto a te". In fondo, è forse questo il richiamo più intenso alla giustizia che emerge dal nuovo diritto di famiglia argentino.

24 Il rischio, infatti, è che "la concezione puramente legalistica dei diritti, attribuendoli in forma astratta e in misura esclusiva all'individuo, [...] ne favorisce il delirio di onnipotenza, quella *hybris* che lo può condurre erroneamente a ritenere che tutto gli sia lecito e nessun limite sia posto alla sua libertà". Benedetto XVI (2008). *Discorso ai membri dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite*. New York.