

I NUOVI MODELLI DI MATRIMONIO, FAMIGLIA E PROCREAZIONE NELL'ERA DELLA RIVOLUZIONE BIOTECNOLOGICA

di Lorenza Violini

1. Un futuro che già si profila: la maternità surrogata alla prova dei divieti previsti dalle leggi italiane e le sue radici antropologiche.

È notizia del giorno l'arrivo in Italia di un promotore di affari che si propone di incontrare donne italiane (e poi anche europee) che vogliono ricorrere all'utero in affitto negli Stati Uniti; il business appare molto promettente, visto che sono molte le coppie ad essere accorse all'incontro, ma è anche urgente; uno degli argomenti più attraenti per concludere l'affare, infatti, è che questo processo procreativo deve essere fatto in fretta prima che vengano approvate leggi ancora più restrittive del fenomeno, volte ad introdurre sul piano internazionale un nuovo reato, quello di sfruttamento di utero altrui, perseguibile in tutto il globo. Ovviamente, la notizia ha suscitato indignazione¹ e ci si aspettano reazioni importanti contro questo comportamento che è considerato, in Italia come in altri paesi europei, un reato. E, tuttavia, il futuro non è così lontano come potrebbe sembrare: come sappiamo, la giurisprudenza – agendo in nome del superiore interesse del minore – ha da tempo ratificato scelte contrarie alla legge italiana in materia di *stepchild adoption*² e si appresta a contestare sul piano costituzionale la nuova normativa che ancora non la prevede. Ora, se in nome dell'interesse del minore si fanno scelte diverse da quelle contenute nelle leggi, è pressoché inevitabile aspettarsi ancora qualche fuga in avanti e addivenire se non ad una codificazione, almeno ad una qualche forma di tolleranza avallata da scelte fatte caso per caso dai giudici non solo in materia di adozione del figlio del partner ottenuto con fecondazione in vitro anche quando i figli siano stati prodotti tramite la surrogazione di maternità, come del resto è già accaduto in Francia anche grazie alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo³.

Questo esempio di attualità è significativo non solo in sé ma anche per tutte le concezioni che in esso vengono alla ribalta e che il presente contributo intende mettere in luce. Il tema della maternità surrogata può infatti essere considerato una sorta di *ultimo miglio* di un percorso che ha preso le mosse dalla messa in discussione della visione unitaria che ha legato a lungo in un'*unicum* l'esperienza della procreazione e dell'educazione concentrandola nell'ambito del matrimonio tradizionale e della famiglia naturale. Messa in crisi questi due istituti, come si vede, risulta poi arduo mantenere limiti di stampo etico ai processi stessi i quali finiscono per essere figli solo del diritto all'autodeterminazione procreativa, punto di arrivo del cambiamento culturale che sta investendo questo importante settore della vita umana e della società. Tenere aperta una riflessione su questi temi, anche scandagliandone la loro dimensione antropologica, risulta quindi fondamentale per la discussione in atto. Ed è questo lo scopo che il presente saggio, ultimamente, si propone.

¹ Cfr. l'articolo "In Italia un patto trasversale contro la maternità surrogata", comparso il 25 marzo scorso su ilcorriere.it, dove si fa esplicito riferimento a «sistemi di procacciamento e assistenza mirati allo sfruttamento delle donne e dei neonati, destinati al mercato».

² Cfr. La Stampa del 27.05.2016 ("Le coppie omosessuali possono adottare i figli dei compagni: sentenza a Torino", articolo disponibile al link: <http://www.lastampa.it/2016/05/27/cronaca/le-coppie-omosessuali-possono-adottare-i-figli-dei-compagni-sentenza-a-torino-S6oLwAYJ7Lg1aypQNjsBCM/pagina.html>); Il Corriere della Sera – Roma del 1.03.2016 ("Adozioni gay, sì del tribunale a una coppia di donne: ognuna diventerà madre della figlia dell'altra", articolo disponibile al link: http://roma.corriere.it/notizie/cronaca/16_marzo_01/tribunale-minorenni-si-ad-adozione-2-bambine-una-coppia-donne-8734773c-dfb5-11e5-86bb-b40835b4a5ca.shtml)

³ Sul caso si veda, *ex multis*, E. Crivelli, *Gli accordi di maternità surrogata tra legalità e affettività*, in G. Ferri, *La democrazia costituzionale tra nuovi diritti e deriva mediale*, Napoli, 2015, p. 121 ss.

2. Un cammino a ritroso: la fecondazione eterologa introdotta per sentenza

Nel nostro ordinamento sono note le scelte che la giurisprudenza ordinaria e costituzionale ha compiuto, andando in rotta di collisione con le scelte legislative. Nell'aprile di due anni fa, a seguito di diverse ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale da parte dei Tribunali di Milano, Firenze e Catania, è stata emessa la sent. nr. 162/2014, con la quale la Corte ha rimosso il divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge nr. 40/2004⁴.

Tale legge aveva già subito in passato diversi tagli, sempre ad opera della giurisprudenza costituzionale e dei giudici ordinari, tagli che ne avevano pesantemente compromesso l'impianto valoriale. Tale opera di riscrittura della legge si completa con la sentenza ricordata che introduce una pratica profondamente diversa da quelle previste dal legislatore: e, infatti, nel passaggio dalla fecondazione omologa, consentita, a quella eterologa (ammessa per valutazione di incostituzionalità del relativo divieto) non si assiste solo ad un mutamento quantitativo, un cambiamento di aggettivi – si potrebbe dire –, ma si entra in un campo nuovo, quello dello scollamento tra l'origine genetica dell'essere umano e il processo biologico della sua generazione, con ciò introducendo una modifica di amplissima portata sia giuridica sia antropologica.

La problematicità di un simile cambio di paradigma è apparsa da subito chiara ai più attenti osservatori: l'ampiezza, la genericità e anche la molteplicità delle formulazioni con cui i giudici hanno identificato le posizioni giuridiche da cui sarebbe derivata l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa hanno costituito oggetto di un acceso dibattito, non solo circa il fondamento giuridico (identificato nella sentenza ora nel cd. diritto ad essere genitori, ora in quello relativo alla estensione del concetto di salute), ma anche inerente alle conseguenze pratiche del nuovo processo riproduttivo, a cominciare dai costi dello stesso, non previsti in sede di finanziamento della sanità in quanto non ricompresi nei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie dovute ai cittadini⁵.

Anche sul piano pratico, dunque, il tema è di rilievo, ma lo è ancora di più sul piano giuridico e su quello etico⁶.

Sul piano giuridico, la problematicità della scelta di depenalizzazione compiuta dai giudici è riconducibile, essenzialmente, alla mancata chiarezza sul fondamento costituzionale della stessa; la sentenza cumula infatti in sé varie posizioni: in alcuni passi essa si orienta a definire la posizione sog-

⁴ I commenti alla decisione citata nel testo sono stati numerosi. Tra gli altri, cfr. L. D'Avack, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in "Diritto di Famiglia e delle Persone", 3, 2014, p. 1005 ss.; S. Tonolo, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*, in "Riv. Dir. Internaz.", 4, 2014, p. 1123 ss.; L. Riscato, *La Corte costituzionale supera le esitazioni della Cedu: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa (nota a C. cost. 10 giugno 2014 n. 162)*, in "Riv. It. Dir. Proc. Pen.", 3, 2014, p. 1487 ss.; A. Morrone, *Ubiscientiaibiura. A prima lettura sull'eterologa*, in www.forumcostituzionale.it; C. Tripodina, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere (nota a C. cost. 10 giugno 2014 n. 162)*, in "Giur. cost.", 3, 2014, p. 2593 ss.

⁵ Critico nei riguardi dell'eccesso di controllo operato dalla Corte che avrebbe invece dovuto attenersi ad una valutazione della non irragionevolezza anche chi condivide, sul piano dei valori di fondo, la scelta della Corte Costituzionale stessa la quale sarebbe andata questa volta oltre i propri poteri. Non così in passato in cui il bilanciamento operato dalla Corte è stato più moderato e più attento alle ragioni che fanno capo alla tutela dell'embrione. Ad esempio, nella sent. 347/1988 e poi in quella molto distruttiva n. 151 del 2009 la Corte ribadisce che la produzione di embrioni deve essere confinata allo stretto necessario. V. Patroni-Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, Rivista AIC, n. 3/2015

⁶ Non è questa la sede per esporre i molti problemi pratici che la sentenza ha sollevato, a partire dalla mancanza di gameti disponibili e dalla regolamentazione a cui la pratica avrebbe dovuto essere sottoposta; essi sono intuibili e sono, in estrema sintesi, la conseguenza ultima, in termini di tempo, di un processo di rivoluzione biotecnologica che ha radici profonde e lontane nel tempo, di cui forse si sta perdendo traccia ma che è utile ricordare. Ancora in estrema sintesi, queste le date salienti del processo: 1944: prime osservazioni al microscopio dell'unione tra i due gameti; si inizia a studiare la fisiologia della riproduzione, la genetica, embriologia; 1983: l'IVF (*in vitro fertilisation*) diviene pratica comune, il feto viene osservato in utero e, sempre in utero, si possono fare diagnosi e curare malattie, i feti possono vivere fuori dall'utero anche se sono piccolissimi (6 etti).

gettiva dei cittadini come una *libertà* (quella di accedere senza vincoli – ma anche senza interventi del settore pubblico – a tutte le tecniche disponibili per realizzare la propria legittima e costituzionalmente protetta aspirazione ad avere figli⁷), altrove ne parla invece come di una facoltà che discende da un diritto *sociale*, in particolare dal diritto alla salute⁸. Ne consegue un'incertezza sulle conseguenze giuridiche: se infatti i giudici avessero compiuto una chiara scelta di campo a favore della libertà di autodeterminarsi ex artt. 2, 3 e 13 Cost., allora la scelta dei potenziali genitori non avrebbe necessitato di alcun sostegno o intervento del sistema pubblico, soprattutto per quanto riguarda il finanziamento; visto che, invece, essi, nel prosieguo del loro ragionamento, hanno decisamente virato verso una omologazione della metodica vietata (fecondazione eterologa) a quella permessa (fecondazione omologa), in nome del diritto alla salute e del principio di eguaglianza anche sostanziale, si è di fatto imposta, senza soluzione di continuità, la necessità di intervenire a predisporre i mezzi per dare attuazione alla sentenza⁹.

In buona sostanza e anche un po' semplificando, la fecondazione eterologa oggi deriva, per il nostro ordinamento, dal diritto alla salute e dalla necessità di trattare coloro che sono affetti da sterilità in modo eguale, sia che tale limite fisiologico derivi da un tipo di problemi "curabili" con fecondazione omologa sia che esso necessiti della cura, più radicale, indentificata nella pratica della fecondazione eterologa.

Basta questo fondamento a giustificare un così radicale cambio di paradigma nella concezione della filiazione, da sempre considerata rigorosamente vincolata alla continuità genetica dei genitori con i figli?

3. Diritto alla salute o autodeterminazione procreativa?

Per rispondere alla domanda, può essere interessante riandare al passato, alle prime riflessioni relative alla libertà procreativa e al controllo della procreazione – intesa come insieme di concepimento, gravidanza, parto ed educazione – reso possibile dai progressi scientifici e tecnologici.

La dottrina statunitense in materia costituisce un interessante punto di riferimento per comprendere i mutamenti radicali che questi cambiamenti hanno introdotto nella mentalità comune e, quindi, nella concezione del senso di un ordinamento quando si occupa di tale materia; essa contiene infatti molte considerazioni evocative delle nuove concezioni che andavano emergendo fin dai primi anni Ottanta e che saranno portate a compimento nei decenni successivi¹⁰.

Le radici del nuovo pensiero sulla procreazione è stata, secondo questa linea di pensiero, la costituzionalizzazione, operata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel corso degli Anni Settanta della libertà di uso dei contraccettivi e del diritto all'aborto, i quali possono essere considerati l'inizio – necessario ma non sufficiente – della libertà della donna di avere pieno controllo rispetto al proprio corpo. Sempre secondo tali autori, tuttavia, la libertà di non concepire e di non partorire non sono l'unico aspetto della riproduzione umana meritevoli di tutela. L'altra faccia della medaglia della li-

⁷ Si legge nella sentenza: «la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare» (p.to 6, Considerato in diritto).

⁸ Afferma la Corte: «è certo che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio *partner*, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell'accezione che al relativo diritto deve essere data» (p.to 7, Considerato in diritto).

⁹ Si tratta – per fare un brevissimo cenno di taglio comparatistico – della stessa differenza che sussiste tra le due sponde dell'Oceano in materia di interruzione volontaria della gravidanza, là lasciata al libero mercato in nome del diritto alla privacy della donna, qui invece ricondotta, fin dalla nota sentenza del 1975, all'art. 32 Cost., da cui consegue la necessità che il sistema sanitario offra alla donna una prestazione utile ad affrontare il suo caso. Sul diritto ad ottenere una prestazione da parte del Servizio Sanitario Nazionale, cfr. C.E. Gallo e B. Pezzini, *Profili attuali del diritto alla salute*, 1998, Milano; R. Ferrara, *Salute (diritto alla)*, in "Dig. disc. pubbl.", 1997, pp. 535-538. Sulla non automaticità del rapporto tra cura disponibile e diritto alla salute, cfr. A. Rovagnati, *La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, in www.gruppodipisa.it.

¹⁰ Per tutti e come rappresentante più radicale di questa nuova linea di pensiero si veda J. A. Robertson, *Procreative liberty and the control of conception, pregnancy, and childbirth*, in *Virginia Law Review*, 69 Va. L. Rev. 405, 1983.

bertà riproduttiva consiste, o meglio consisterebbe, nella libertà positiva di *avere* una gravidanza e di *avere* dei figli. Affermazioni come la seguente sono ricorrenti: «Freedom to have sex without reproduction does not guarantee freedom to have reproduction without sex; full procreation freedom would include both the freedom not to reproduce and the freedom to reproduce when, with whom and by what means one chooses»¹¹. La cd. libertà procreativa non sarebbe dunque solo una libertà negativa, tale per cui i pubblici poteri devono rimuovere ostacoli all'esercizio di tale libertà quali le sanzioni penali che stigmatizzano come immorali certi comportamenti; occorre che si affermi, al contrario, anche la corrispondente libertà positiva, che in passato era stata parzialmente limitata dallo Stato con norme ora espunte anch'esse dall'ordinamento (la punizione dell'adulterio – come violazione del dovere connesso allo stato di coniuge – o la sterilizzazione obbligatoria dei ritardati mentali o dei condannati per reati di tipo sessuale), ma che va assumendo tutt'altra dimensione.

Ora, ci si può chiedere come mai la libertà positiva di procreare sia venuta alla ribalta. Questo è accaduto, secondo questa linea di pensiero, in primo luogo perché le donne, entrate a pieno titolo nel mondo del lavoro, hanno risignificato il loro essere determinate dal ruolo di gestanti, hanno postposto nel tempo le gravidanze, e hanno dato quindi un nuovo valore alla gravidanza stessa, bene divenuto *scarso* e, per stare alle leggi di mercato, anche ben più prezioso; in altre parole, le donne, pienamente inserite nel mondo del lavoro, sarebbero ormai orientate non semplicemente alla “produzione” di figli ma anche alla produzione di figli con determinate caratteristiche a loro gradite (ad es. figli sani) da cui deriva la necessità di controllare tale produzione. Tale nuova concezione non è monopolio delle donne; anche gli uomini, potendo ricorrere alla fecondazione artificiale, possono non solo acquisire il gamete partner ma anche decidere a quale gestante far produrre la propria prole. In sostanza, la dimensione positiva della procreazione consisterebbe non solo nella libertà di – ma anche nel diritto a – procreare secondo proprie decisioni¹².

Occorre ora fare un secondo passaggio, non meno rilevante di questo primo. Esso consiste nell'operare alcune separazioni nell'ambito del processo procreativo come conseguenza delle acquisite capacità della scienza di manipolare il concepimento, la gravidanza e il parto e, infine, l'educazione della prole. Viste separatamente, esse divengono fasi distinte che possono a loro volta avere soggetti agenti diversi, che intervengono o che si autoescludono, a loro piacimento, rispetto a ciascuna di esse. Chi fosse, ad esempio, impossibilitato a procreare perché sterile potrebbe rinunciare alla generazione di tipo tradizionale per poi superare il proprio limite tramite la fecondazione artificiale; altri, non volendo impegnarsi nell'educazione dei figli, potrebbero essere portati a soddisfare il proprio desiderio di procreazione senza che questo comporti il dovere di allevare i figli così generati; in sostanza – per usare le parole del nostro autore «although these three components [generare, gestire e partorire, allevare] combine to create a powerful experience, however each of them has personal value and meaning independent from the other»¹³. E, pertanto, anche un donatore di gameti può trarre, sul piano soggettivo, un significato per la propria esperienza umana dal mero fatto di generare, senza poi alcun impegno a gestire la gravidanza e ad allevare il prodotto della gene-

¹¹ J. A. Robertson, *Procreative liberty and the control of conception, pregnancy, and childbirth* op. cit. p.1

¹² Il passaggio dalla “libertà di” al “diritto a” è spesso senza soluzione di continuità e viene alla ribalta nel momento in cui si profila la possibilità di un intervento legislativo sulla materia, intervento percepito come di per sé lesivo del diritto stesso. Ovviamente, tutti questi passaggi sono presupposti, senza che si provi ad individuarne la ragione; si dà invece per scontato che l'intervento legislativo di regolazione sia l'antitesi del diritto, il che riduce l'ordinamento a fattore di mera compressione della libertà che induce ad una lotta per l'emancipazione dalla norma. Il che è più che logico, date le premesse. Si legge, ad esempio, nel testo citato alla nota precedente, p. 2: “The growing ability of scientists to manipulate conception and pregnancy will give women and men greater control over their reproductive lives” ... senonché questo avrebbe portato (l'Autore scriveva nel 1983) anche a problemi morali e politici e si sarebbe assistito a richieste di regolamentare questi processi limitandone l'uso o l'accesso. Occorre studiare dunque il problema sotto forma dell'estensione del diritto a procreare in senso positivo (si è già passati dalla libertà positiva di procreare al diritto “positivo” a procreare – *a positive right to procreate*) perché occorre che vi sia coerenza tra le nuove tecniche riproduttive e la tradizione umanistica della nostra cultura. Sembra un passaggio neutro ma la concezione sottostante è già una presa di posizione contro i tentativi di limitare l'azione umana, se la scienza lo consente. A riguardo si veda O.C. Snead, *Science, Public Bioethics, and the Problem of Integration*, in *UC Davis Law Review*, n. 5/2010, vol. 43.

¹³ J. A. Robertson, *Procreative liberty and the control of conception, pregnancy, and childbirth*, op. cit., p. 2.

razione. Come argomentazione a sostegno di questa tesi si invoca – come accade anche da noi – la presenza dell’istituto dell’adozione in cui si assiste ad un’analogia distinzione tra chi genera e chi alleva, senza che questo fatto generi scompenso sociale.

Si legge ancora, infatti: «Each aspect of reproduction can thus be a separate source of fulfillment and significance closely related to that provided by the other aspects»¹⁴.

Entrambi questi elementi – il nuovo ruolo della donna nella società e la possibilità di separare le diverse funzioni relative alla procreazione – sono stati dunque considerati la via di accesso del libero mercato rispetto alla procreazione stessa, con argomenti a volte semplicistici e comunque incapaci di cogliere tutta la delicatezza, la problematicità e la natura stessa del processo procreativo, il quale diventa quasi un puzzle ricombinabile a piacimento dall’utente, senza un disegno che ne determini le reciproche relazioni. Si pensi ad esempio alle intime connessioni che si creano nel corpo femminile tra il feto e la madre, le percezioni, i sentimenti, i vincoli che iniziano a formarsi e che si compiono poi con quel complesso processo di conoscenza che è il partorire, il dare la vita, il dare il figlio alla luce. O al legame spesso non consapevole tra i figli e i genitori, in cui gioca certamente la sicurezza che deriva dal sapersi da questi originati, sicurezza che sta spesso alla base della soluzione degli inevitabili conflitti che la relazione genitori e figli porta con sé.

Tutto questo, nel radicalismo liberale che si vuole affidare al libero mercato della procreazione in nome di un nuovo diritto di libertà, inteso come libertà di scelta tra le mille opportunità e combinazioni rese possibile dalla scienza e dalla tecnologia, non ha spazio, non ha valore né viene dunque considerato. Di conseguenza, tutto diviene possibile, anche affermare che, nella vita di famiglia, come uno è libero di scegliere il marito così deve essere lasciato libero dalla legge umana e dalla legge divina di scegliere il figlio; e come nella vita di coppia uno si plasma, si adatta all’altro, così anche il figlio può essere plasmato secondo i desideri di chi lo genera, senza che si crei alcun timore nell’interferire con il patrimonio identitario, affettivo e cromosomico dell’altro.

4. Parcellizzazione dei processi procreativi e perdita di significato del matrimonio tradizionale.

La scomposizione del processo procreativo nelle sue diverse fasi segna, in un certo senso, il trionfo dell’individualismo libertario e delle logiche del mercato, ma smaschera ad un tempo i limiti della concezione paternalistica dei diritti, spesso compressi dal potere pubblico solo in nome di una morale comune. Se si considera, ad esempio, tutto il diritto di famiglia proprio della concezione pre-costituzionale, si può agevolmente notare come esso non fosse rivolto al pieno sviluppo della persona umana – come reciterà la nostra Costituzione all’art. 2 e poi nel Titolo II, Pare prima della stessa – ma semplicemente a mantenere principi morali funzionali alla conservazione del patrimonio o, peggio ancora, a ideologie totalitarie. Un buon esempio di innovazione, in questo settore, è stata la svolta determinata dal personalismo costituzionale, con articoli che mirano da un lato a garantire a tutti i componenti della famiglia (esemplarmente moglie e marito) la stessa eguaglianza nei diritti e, ad un tempo, non lasciano in ombra la dimensione doveristica propria dei legami famigliari, che viene estesa al di fuori della famiglia legittima, ricomprendendo in un solo contesto e, di nuovo, sul piano dell’eguaglianza, anche i figli nati fuori dal matrimonio. Una visione integrale, come si vede, le cui potenzialità resteranno per lo più inesplorate di fronte al dilagare della visione libertaria, come si è visto ampiamente per quanto riguarda la procreazione.

Per questo motivo, può essere utile, dopo aver riflettuto sui processi procreativi, proseguire nel discorso coinvolgendo quanto sta all’origine della procreazione secondo la visione tradizionale, vale a dire il matrimonio e la famiglia; per far questo, un punto di partenza può essere rinvenuto in un lavoro di alcuni giuristi americani dal titolo, icastico, *Che cosa è il matrimonio?*¹⁵

Tale libro ha riproposto all’attenzione degli studiosi il tema del matrimonio e della famiglia secondo un punto di vista originale. Cogliendo l’occasione del dibattito in corso negli Stati Uniti relati-

¹⁴ *Ibidem*, p. 3.

¹⁵ R. George, S. Girgis, R. T. Anderson, *What is Marriage? Man and Woman. A Defence*, Encounter Books, 2012.

vamente al problema del matrimonio omosessuale, poi risolto dalla nota sentenza *Obergefell v. Hodgen* della Corte Suprema a favore della legittimità costituzionale dello stesso, ma già ampiamente discusso nel caso *Windsor* e in tutti quei casi che avevano posto l'attenzione al tema nell'ambito dell'ordinamento californiano, i nostri autori si propongono di compiere una riflessione sulla natura del matrimonio. Va detto, da subito, che essi non intendono muoversi nell'ambito della discussione relativa all'estensione dell'istituto alle coppie omosessuali, ma vogliono invece soffermarsi proprio sulla natura del matrimonio stesso, spostando dunque l'attenzione dall'uno all'altro tema e sostenendo che sia etero sia omosex concepiscono il matrimonio in modo sostanzialmente analogo, assai diverso dalla concezione tradizionale/coniugale la quale viene rimpiazzata da quella che essi stessi definiscono come una concezione *revisionista*. Si potrebbe dire che essi mirano, in estrema sintesi, a mettere in rilievo la profonda differenza che sussisterebbe tra il matrimonio *degli antichi* e quello *dei moderni*, ben oltre la discussione in atto relativa al matrimonio omosessuale. L'impostazione del libro è, pertanto, interessante e nuova; contrariamente a quanti contrappongono la famiglia naturale fondata sul matrimonio alle cd. "nuove famiglie" cui dare o non dare un riconoscimento giuridico identico o solo analogo, ma sempre di natura pubblicistica, lo scritto si dedica ad identificare la natura e le differenze dei due tipi di unioni, prima sul piano della concezione e poi sul piano giuridico.

5. La concezione del matrimonio degli antichi e dei moderni

Volendo mettere a fuoco, sulla scia di quanto hanno fatto Girgis, George e Anderson le caratteristiche dei due diversi modelli, nel testo palesemente – e talora anche un po' forzatamente – messe in netta contrapposizione, è interessante notare come la concezione coniugale considera il matrimonio come primariamente una promessa di fedeltà conseguente ad un atto di volontà, che viene poi suggellata dall'atto sessuale al quale segua, in maniera non programmata, la generazione della prole e la sua crescita. Quest'ultima è resa possibile – o quantomeno facilitata – dalla presenza delle due figure parentali, unite nella loro diversità strutturale, ciascuna con le sue caratteristiche intrinseche che, entrate nella sfera del luogo familiare come luogo di condivisione di vita, testimoniano come sia possibile essere intrinsecamente diversi eppure capaci di dar vita ad un soggetto unitario sociale nuovo, la famiglia. Matrimonio come patto tra i due, patto di eternità e di reciproco amore, univoco e fedele e famiglia come luogo di accoglienza dei figli, ma anche dei due coniugi stessi. Dopo essersi solennemente scambiati le promesse matrimoniali, gli sposi costruiscono intorno al talamo nuziale la casa (l'indirizzo della casa comune di cui al codice civile) e si riconoscono uniti tra loro e insieme ai figli nella formazione sociale che porta lo stesso nome (il nome di famiglia, che sappiamo tuttavia essere messo in crisi da più parti oggi, nel nostro ordinamento).

Si tratta, come si può agevolmente comprendere, di una concezione omnicomprensiva, totalizzante: ogni aspetto dell'esistenza viene infatti ricompreso nell'esperienza matrimoniale e coniugale visto che dal sentimento di amore che sorge tra due persone e le lega affettivamente si dipanano una serie di atti e di attività concrete volte a costruire e costituire il contesto familiare come contesto determinato da un compito di natura personale (che riguarda cioè le persone coinvolte nella relazione), ma anche di natura sociale (si creano legami di parentela, si può conservare nel tempo il patrimonio familiare arricchendolo, si affermano e conservano valori, tradizioni, specificità di approcci che vanno poi a confluire nella società tutta).

Non è chi non veda come questa visione sia quanto mai lontana dalla situazione attuale, che ha invece messo in primo (ed unico...) piano i sentimenti e le passioni, pur conoscendone la fallacia; non a caso, a crollare sul piano giuridico è stata in primo luogo l'indissolubilità matrimoniale, ovviamente non conciliabile con una visione liquida delle relazioni e con la ormai diffusa consapevolezza della problematicità di affermare relazioni definitive in contesti familiari divenuti di difficile gestione o persino luoghi di violenza. E, ancora, non è chi non veda quanto improponibile sia la visione tradizionale stessa se slegata dalla sua origine culturale e religiosa che ne faceva da collante e le

attribuiva significato salvifico se non su questa terra almeno in quella eternità a cui l'uomo si concepiva destinato.

Che senso ha pertanto riandare a tali concezioni? Può servire una simile riflessione a riaprire il dibattito e a ridire, con parole nuove, concetti ancora utili alla società plurale e secolarizzata?

La risposta non è scontata. Si può infatti agevolmente ritenere che non valga la pena riproporre concezioni e che basti regolamentare gli aspetti concreti delle diverse forme di matrimonio e di famiglia. E tuttavia, se si guarda la situazione generale in cui versano matrimonio famiglia e procreazione/educazione, è evidente che lo sgretolamento delle leggi non è dovuto solo ad una sorta di malevolenza del legislatore ma ha cause più profonde, che poggiano nel profondo della cultura del persone e dei popoli e che sarebbe miope non voler analizzare adeguatamente.

Uno di questi fattori è certamente una estensione abnorme del valore dell'eguaglianza a scapito del riconoscimento fertile delle differenze. Lo si è visto per quanto riguarda la procreazione, forse il fatto naturale in cui la differenza tra il maschile e il femminile è più macroscopica; lo si può registrare anche in materia di matrimonio. E, infatti, se ci si interroga – ad esempio – su quale sia l'interesse dello Stato a regolamentare il matrimonio (a differenza di altre relazioni sociali, quali l'amicizia, che restano estranee a interventi normativi) quello che spesso si sente dire o si legge nelle sentenze è che l'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali deriva da un volontà del potere pubblico di non discriminare tra diversi tipi di relazioni amorose, tutte volte a soddisfare il bisogno di felicità che alberga nel cuore di tutti gli uomini e che massimamente si realizza quando la dimensione affettiva della persona trova un compimento in un altro da sé. In altre parole, visto che il matrimonio è orientato alla realizzazione affettiva, non può essere riservato ad un solo tipo di relazioni sessuali. Ci si sta muovendo, in questo campo, per dare realizzazione ad un diritto, il diritto al matrimonio, che lo Stato è chiamato a garantire come lo è nei confronti di tutti gli altri diritti di libertà, non frapponendo con proprie leggi limiti al suo esercizio. L'assonanza con la questione prima esaminata della procreazione è pertinente. Lo Stato, dunque, avrebbe interesse a includere anche le coppie omosessuali nel matrimonio per non incorrere nella ingiustizia di compiere una discriminazione sulla base del sesso nell'attribuzione di un diritto.

Di segno opposto a questo è il bene che lo Stato tutelerebbe garantendo il monopolio del matrimonio alle coppie eterosessuali, cui si connette pertanto una concezione coniugale del matrimonio stesso; infatti, se si pensa al matrimonio (tradizionale/coniugale) come una relazione “omnicomprensiva” (questa la tesi di George), essa comporta che l'unione degli sposi, fisica e mentale, iniziata attraverso il consenso e sigillata attraverso l'atto sessuale, realizzi quell'apertura alla vita tramite la quale si apre la possibilità della generazione; a sua volta, la generazione richiede la condivisione della vita domestica che, come tale, si realizza nella famiglia. Matrimonio, famiglia e generazione realizzerebbero dunque quel collegamento che giustifica la regolamentazione pubblica in nome dell'interesse pubblico al proseguimento ordinato della specie e alla stabilità generale delle relazioni sociali, le quali trovano nella famiglia il loro fulcro e il loro archetipo. E, infatti, è nel matrimonio tradizionale (“coniugale”) che si realizza il massimo della stabilità; si legge infatti nel testo che qui si commenta: «unendo gli sposi secondo modalità che comprendono tutti gli aspetti dell'esistenza, il matrimonio richiede oggettivamente anche un impegno totale (totalizzante) ovvero permanente ed esclusivo; l'unione “omnicomprensiva” – che possiede certamente un grande valore in sé – ha un così forte legame, un legame intrinseco con il benessere dei figli, che ne fa *un bene pubblico* che lo Stato dovrebbe riconoscere e supportare¹⁶».

Appare evidente, in queste riflessioni, che vi è una centralità nel matrimonio tradizionale della questione procreativa (v. anche sent. 138/2010), ma che essa è altrettanto rilevante per lo Stato quanto la natura del vincolo in questione che, essendo totalizzante, coniuga perfettamente la stabilità familiare al vincolo affettivo tra i coniugi impegnati nella realizzazione di un bene sociale quale è la fa-

¹⁶ Questa stessa concezione si ritrova puntualmente enunciata in J. Finnis, *Law, Morality, and Sexual Orientation*, in “Notre Dame Law Review”, 69 (1994), pp. 1049, 1066; *Marriage: A Basic and Exigent Good*, in “The Monist”, 91 (Giugno/Ottobre 2008), pp. 388-2406.

miglia nel suo complesso, a cui essi si dedicano totalmente e non solo in funzione dei figli. In questo senso la tesi qui propugnata è interessante: noi sappiamo bene, infatti, che la procreazione naturale è stata messa in crisi dalle nuove tecnologie riproduttive; non è più solo il matrimonio eterosessuale ad avere il monopolio della generazione. Benché la generazione richieda sempre la fusione del maschile e del femminile, le nuove tecnologie riproduttive permettono di realizzare tale fusione senza che vi sia il legame esclusivo tra i possessori dei gameti e i soggetti che generano; altrimenti detto, oggi i gameti non sono necessariamente di provenienza genitoriale e si può divenire genitori senza che sussista il legame inscindibile tradizionale tra gamete, genitore e figlio.

È sufficiente questo a riprodurre in altri tipi di coppie quella dimensione tradizionale (coniugale) che è propria del matrimonio tradizionale? Vi sono ragioni che suggeriscono di mantenere alla dimensione tradizionale la qualifica specifica di matrimonio?

6. Un cambio di paradigma socialmente indiscusso

È evidente che alla domanda posta tutto concorre a dare una risposta negativa: se stabile, orientato alla vita e organizzato secondo forme di vita familiare, qualsiasi tipo di relazione affettiva può essere – laicamente – considerato un matrimonio. Ma a essere in gioco non è solo una questione legata alla generazione; occorre anche e soprattutto tenere presente che le relazioni in sé sono cambiate ed è su questo che occorre portare l'attenzione; in questo senso le tesi dei nostri autori, che certamente hanno un orientamento di tipo tradizionale non sempre adeguato alla odierna cultura, hanno invece il pregio di portare l'attenzione alla relazione in sé, alla sua natura, ai suoi scopi e alle sue caratteristiche. In altre parole, il matrimonio tradizionale/coniugale non è più compreso nel suo valore e può quindi essere considerato come ampliabile – pur con diverse forme – alle relazioni omosessuali a motivo del crollo del tipo di relazione che lo ha per secoli supportato. Chi concepisce oggi un patto di fedeltà eterno ed esclusivo tra due persone che si dedicano totalmente l'una all'altra “finché morte vi separi”? Benché da alcuni desiderabile e per certe concezioni – perlopiù di natura religiosa – vincolante, tale visione delle relazioni umane pare uscita dall'orizzonte dell'esperienza né pare interessante riprenderla in considerazione come possibile e anche augurabile. La natura pervasivamente liquida delle relazioni nella nostra società rende infatti difficile comprendere un tipo di matrimonio fondato sulla stabilità indiscussa nella sua natura ultima e sulla esclusività della relazione sessuale. Essendo divenuto incomprensibile, l'ordinamento – sulla scorta della evoluzione sociale – vi si è progressivamente dissociato: divorzio sempre più breve e progressiva irrilevanza dell'obbligo di fedeltà (fino alla sua definitiva scomparsa nelle nuove leggi che regolamentano le unioni civili) ne sono il segno più evidente. L'archetipo persiste giuridicamente (si pensi ai continui richiami al matrimonio contenuti nelle leggi più recenti), ma l'oggetto che esso entra a regolamentare (la relazione matrimoniale di tipo tradizionale/coniugale) ha cambiato natura divenendo uno strumento di realizzazione affettiva che ha senso finché questa soddisfazione permane; e l'estensione degli affetti alle scelte generative non sono la conseguenza naturale dell'affetto stesso, ma una forma di completamento dell'affetto poste in essere solo se desiderate e desiderate secondo certe caratteristiche che devono diventare quelle del figlio che si è cercato.

7. Cosa si perde escludendo la concezione tradizionale/coniugale del matrimonio dallo spazio pubblico?

Prima di concludere queste note, si può ritornare al testo che ha guidato fin qui la presente riflessione, per porre l'attenzione – come esso fa sia nell'introduzione sia nello sviluppo dei capitoli – alla conseguenze positive che, secondo gli autori, deriverebbero dalla concezione tradizionale e che, forse, possono essere ancora riconosciute importanti almeno da una parte della società plurale in cui siamo immersi, ma che in fondo può e deve riguardare l'intera compagine sociale, almeno come elemento di cui tener conto, da cui non prescindere, per un utile discorso pubblico

In primis, va ricordato che la concezione tradizionale del matrimonio lo concepirebbe come una unione fisica, sentimentale ma anche *spirituale*, elemento ultimo il cui significato andrebbe anch'esso rivisitato, alla luce di una concezione non solo della coppia ma soprattutto e prima di ogni altra cosa della persona; per quanto usurata possa sembrare la parola, che giunge ai nostri orecchi come proveniente da epoche remote, essa conserva in sé – si può dire – un fascino ultimo, capace di risvegliare il senso di un *oltre* che è lo stesso che distingue la persona dal mero sostrato fisico ed emotivo che ne è parte integrante ma non esaustiva.

Il matrimonio tradizionale, oltre che spirituale (o forse proprio perché tale), tende ad essere *effusive*, a uscire da se stesso per generare quell'ente altro dai due generatori che è la famiglia, famiglia che giustamente non viene definita dall'ordinamento, essendo “naturale”, cioè riconosciuta come non fondata dalle norme che la regolano anche da chi si riconosce in una visione non immediatamente religiosa della vita (citando Girgis e altri si può dire che «marriage is a *natural* bond that society or religion can only “solemnize”»). Il che sta anche a suggerire che il matrimonio sarebbe per sua natura immediatamente fecondo, traducendosi da subito in quello spazio familiare che è uno spazio creato dalla unione dei due sposi ma *aperto alla vita*, come recita anche il Catechismo della Chiesa Cattolica o, come si potrebbe parafrasare, capace di accoglienza non solo dei figli ma i molti che intorno alla famiglia vivono ed agiscono. E, in questo senso, non si tratterebbe solo di una apertura procreativa ma anche una apertura alla generazione di un nuovo pezzo di socialità.

8. Conclusioni

Vi sono certamente altri motivi su cui fondarsi per tenere viva una concezione alternativa del matrimonio. Se è vero che ridefinire il matrimonio in termini di mera unione sentimentale potrebbe portare alla scomparsa della concezione originaria, creando una sorta di pensiero unico sul matrimonio stesso, è anche vero che tale pensiero rende difficile vivere la relazione di coppia. In altre parole, se scompare sul piano culturale l'idea che il matrimonio sia di più di una relazione affettiva dominata dal sentimento, una volta che questo fosse esaurito, come riprendere e rivivere il senso della relazione iniziata? Come l'esperienza insegna, passare da una relazione meramente sentimentale ad una che trova motivazioni in altre caratteristiche della persona (un affetto maturato nel tempo, la stima per capacità scoperte nel corso della convivenza, il senso di gratitudine per il bene ricevuto, un ampliamento degli interessi dovuto al rapporto con il partner, la presenza di figli ecc) non è impossibile e non va affatto escluso a favore del libero mercato degli affetti (del tutto analogo al libero mercato della generazione). Se sopravvive, come esperienza socialmente rilevante, una concezione omnicomprensiva del matrimonio stesso, può diventare possibile per una relazione superare momenti di aridità che si presentassero ma che, a volte, scompaiono così come si sono presentati. In altre parole, se sussiste – accanto al modello dominante – un modello alternativo, pur recessivo, una relazione nata come esito delle emozioni può trasformarsi in qualcosa che va oltre le emozioni stesse e che tende a durare nel tempo, facendo scoprire alla coppia altre dimensioni del proprio essere insieme. In un certo senso, dunque, è bene che tale concezione resti presente, affinché essa possa essere un fattore che favorisca – se accettato – un passaggio di stato da una all'altra concezione. E sarebbe certo interessante chiarire, anche sul piano culturale, a che modello di matrimonio ci si riferisce quando lo si contrae: posto infatti che il matrimonio sia un atto della volontà libera, a che aderisce la volontà una volta che essa dice sì alla scelta matrimoniale? Una pluralità chiara di concezioni sarebbe certamente un aiuto a vivere con maggiore consapevolezza le scelte che si prospettano a chi si accinge a formare una famiglia; di qui anche la possibilità di ripensare, in termini olistici, anche la questione della procreazione contro la tecnicizzazione parcellizzante che domina nelle nostre società occidentali, prevalentemente orientate al consumo.

Per concludere, possono le concezioni tradizionali e le concezioni libertarie continuare a convivere? La risposta a questa domanda è certamente positiva e fa da contraltare a certe visioni tradizionaliste, orientate al passato, le quali sostengono che le nuove concezioni revisioniste tenderebbero a sostituire la visione tradizionale. In questo modo, però, si tende a sottolineare un elemento di timore e un

atteggiamento di tipo difensivo, mentre affermare liberamente che la convivenza è possibile e che potrebbe essere anche conveniente comporta partire da una posizione di forza, di chi non deve negare l'altra per sopravvivere e continuare ad essere un elemento della socialità dei nostri territori. La visione tradizionale del matrimonio, della famiglia e della filiazione vive di vita propria e non è condizionata dal riconoscimento sociale o, men che meno, da quello giuridico. Essa ha proprie radici, riconducibili a quel fondamento personalista che era proprio della nostra Costituzione e che può continuare ad essere identificabile in essa, senza che con questa si voglia negare cittadinanza ad altri che cercano, liberamente, proprie strade di compimento. La ricerca libera del proprio compimento essendo – come insegna la Costituzione Americana – il fondamento di tutte le libertà, che sia davanti a Dio (*in God we trust*)¹⁷ o che da esso prescindano.

¹⁷ Sul fondamento religioso della pur laica e liberal cultura americana v. L. P. Vanoni, *Modelli di laicità comparati: i simboli religiosi nello spazio pubblico*, in L. Violini, *Temi e problemi di diritto pubblico comparato*, Maggioli Editore, 2014, p. 123 ss.