NUOVA SERIE

1. Carmela Perago, *Cumulo soggettivo e processo di impugnazione*, 2002.
2. Gabriella De Giorgi Cezzi, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, 2003.
3. Pier Luigi Portaluri, *Poteri urbanistici e principio di pianificazione*, 2003.
4. Francesco Fabrizio Tuccari, *Annullamento dell'atto e processo amministrativo risarcitorio*, 2004.
5. Luigi Nuzzo, *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo nelle Indie spagnole*, 2004.
6. Fernando Greco, *Profili del contratto del consumatore*, 2005.
7. Giancarlo Vallone, *Dalla setta al governo. Liborio Romano*, 2005.
8. Vincenzo Sanasi d'Arpe, *L'amministrazione straordinaria dei grandi gruppi in crisi. Lineamenti giuridici*, 2005.
9. Pietro Lo Iacono, *Autorità regia e potestà confessionale nel pensiero di un giurisdizionalista meridionale. Diego Gatta teorico del regalismo*, 2005.
10. Cristina Vano (a cura di), *Giuseppe Pisanelli. Scienza del processo, cultura delle leggi e avvocatura tra periferia e nazione*, 2005.
11. Marilena Gorgoni (a cura di), *I modelli familiari tra diritti e servizi. Lecce 24-25 settembre 2004*, 2005.
12. Luigi Melica, *Fondamenti costituzionali della coesione europea*, 2006.
13. Maria Luisa Tacelli, *Sessualità e consenso. Ratio peccati e ratio contractus nella disciplina canonistica delle nozze cristiane*, 2006.
14. Marilena Gorgoni, *La circolazione traslativa del possesso*, 2006.
15. *Le nuove forme della pianificazione urbanistica in Puglia*, a cura di Gabriella De Giorgi Cezzi, Salvatore Mininanni e Pier Luigi Portaluri, 2008.
16. Pier Luigi Portaluri, *D'acciaio e di vetro. Razionalismo urbanistico e regolazioni regionali: la Puglia*, 2008.
17. Alessandra Serio, *Il principio di buona amministrazione procedurale*, 2008.
18. Maria Luisa Tacelli, Vincenzo Turchi (a cura di), *Studi in onore di Piero Pellegrino*, in preparazione.

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEL SALENTO
NUOVA SERIE
19

RAPPORTI FAMILIARI E REGOLAZIONE: MUTAMENTI E PROSPETTIVE

a cura di

Manolita Francesca e Marilena Gorgoni

Edizioni Scientifiche Italiane

I contributi raccolti nel presente volume costituiscono lo sviluppo del progetto di ricerca sul tema «*La frantumazione del modello familiare: luci ed ombre*», risultato vincitore nel 2007 del concorso annuale per il finanziamento di progetti esterni di ricerca scientifica bandito dall'Istituto di Studi Politici «S. Pio V di Roma».
La ricerca è stata condotta sotto la responsabilità scientifica delle prof.sse Manolita Francesca e Marilena Gorgoni presso il Dipartimento di Studi giuridici della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento.

Si ringraziano i dott.ri Manila Orlando e Stefania Stanca per l'accurata opera di adeguamento redazionale

FRANCESCA, Manolita e GORGONI, Marilena
Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive
Collana della Facoltà di Giurisprudenza, Università del Salento
Nuova serie, 19
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009
pp. VIII+524; 24 cm
ISBN 978-88-495-1883-2

© 2009 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'ingegno (AIDRO)
Via delle Erbe, 2 - 20121 Milano - tel. e fax 02-809506; e-mail: aidro@iol.it

INDICE SOMMARIO

Dal paradigma giuridico alle declinazioni sociali della famiglia

MARILENA GORGONI, *Le formazioni sociali a valenza familiare* 3

GIOVANNI PELLERINO, *Rappresentazioni del modello familiare nell'evoluzione del sistema giuridico* 23

MANOLITA FRANCESCA, *Famiglia: modello normativo e fatto-convivenza* 55

STEFANO MAGNOLO, *Dell'amore e delle istituzioni* 77

Linee di qualificazione e tecniche di intervento

STEFANO POLIDORI, *Le famiglie non fondate sul matrimonio: ruolo del diritto e tecniche d'intervento del sistema* 125

SIMONA CACACE, *Sposarsi o non sposarsi: questo è il problema. E* tertium non datur 141

MARINA FONTANA VITA DELLA CORTE, *Le unioni civili nel diritto locale* 163

Il matrimonio... e oltre

ANTONIO DE MAURO, *Il rischio di (ri)/(sva)lutazione del matrimonio* 205

STEFANO PARDINI, *La «certificazione» della «convivenza»* 225

CHIARA MANNI, *Rapporto extramatrimoniale: uno sguardo casistico* 241

a) *Formazione spontanea e rapporti personali*

FABIO FORTINGUERRA, *Dei rapporti personali nelle convivenze non matrimoniali* 279

GIOVANNI GIANLEO GRECO, *Gli accordi di convivenza ed i diritti dei singoli nella giurisprudenza* 297

PAOLO SANNA, *Modelli extramatrimoniali e filiazione tra passato, presente e (possibile) futuro* 365

b) *Formazione spontanea e profili patrimoniali*

LILIAN PETRELLI, *Le attribuzioni patrimoniali tra conviventi di fatto: profili qualificatori* 431

FRANCESCA DELL'ANNA MISURALE, *Problemi di tutela della convivente lavoratrice. Le ragioni dell'applicabilità dell'art. 230* bis *c.c. alle unioni di fatto* 463

IGNAZIO TARDIA, *Convivenza e intese patrimoniali di fine rapporto* 483

FERNANDO GRECO, *Le convivenze di fatto e la successione ereditaria* 511

Dal paradigma giuridico alle declinazioni sociali della famiglia

STEFANO MAGNOLO

DELL'AMORE E DELLE ISTITUZIONI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Vite familiari. – 3. Sociologie della famiglia. – 4. Famiglia e società. – 5. Gli individui, la famiglia e lo Stato. – 6. L'amore tra pubblico e privato. – 7. Individuo, famiglia e società. – 8. La personalizzazione dell'amore. – 9. La famiglia del diritto. – 10. Conclusioni.

1. Non è necessario assumere dati scientifici o fare rilevamenti statistici per conoscere la realtà. Non si deve essere necessariamente sociologi per attestare l'esistenza di nuovi modelli familiari. Né è necessario un processo individuale di apprendimento dall'esterno per sapere come organizzare la propria sfera affettiva, o potremmo dire, la propria vita privata. Il sociologo non ha bisogno delle sue competenze specialistiche, né tantomeno deve consultare il codice. E da parte sua il giurista non si deve rivolgere al legislatore, né al sociologo. L'àmbito della famiglia appare, però, insieme, strettamente personale e giuridicamente regolato, socialmente diffuso, ma culturalmente connotato. A tal punto che se, a fronte delle recenti trasformazioni, è legittimo chiedersi perché si decide di formare un nucleo familiare al di fuori del matrimonio, allo stesso tempo sembra ancor piú legittimo interrogarsi sul perché si decide di formare un nucleo familiare all'interno del matrimonio. Da un punto di vista storico è evidente che struttura e funzione della famiglia e considerazione sociale del matrimonio siano cambiate. In relazione alla società contemporanea la diffusione della «famiglia di fatto» sembra potersi considerare nell'ottica di una reazione alla giuridicizzazione di un vincolo che viene definito «naturale». Tuttavia, queste forme di convivenza al di fuori del matrimonio continuano a diffondersi proprio

quando si afferma una tendenza alla degiuridicizzazione ed alla privatizzazione delle relazioni familiari, che rende piú leggero il controllo dello Stato sulle famiglie e fa dell'unione fondata sul matrimonio una scelta per un'opzione sempre meno istituzionalizzata. D'altra parte, lo stesso fenomeno della diffusione di modelli familiari non regolati giuridicamente è interpretabile come una tendenza alla degiuridicizzazione ed alla privatizzazione delle relazioni familiari. La risposta è rilevante in riferimento all'intervento del diritto: quali sono gli interessi meritevoli di tutela? Se, cioè, la regolamentazione giuridica non finisca in fondo per vanificare gli interessi dei destinatari tesi a sottrarsi a forme di regolazione. Oppure se il riconoscimento giuridico dei legami affettivi in forma «tipica» non sia inevitabile per godere pienamente della tutela degli interessi individuali. In fondo la famiglia dovrebbe rappresentare un luogo di confine, per la privatezza della sfera intima, dell'affettività e della sessualità «socialmente ammessa», anche per il legislatore ed il giurista. Forse proprio quel luogo rispetto al quale meglio si avvertiva il senso ottocentesco della separazione tra società e Stato, che la dogmatica giuridica celebrava attraverso l'attribuzione a quei diritti chiamati fondamentali della funzione di proteggere i singoli dallo Stato.

Se in riferimento all'azione, singoli saperi specialistici non sono richiesti, né, si dovrebbe dire, sono auspicabili, in quanto si tratta dell'organizzazione della sfera privata basata su rapporti affettivi (qualcuno potrebbe eventualmente reclamare l'intervento del parroco!), diverso è il caso dei ruoli istituzionali. Non è solo una questione di politica del diritto, ma investe anche il ruolo del giudice e dell'interprete. Sufficiente consapevolezza della realtà può bastare all'attività del giurista nell'accostarsi a tematiche esistenziali? O non sarebbe invece auspicabile che legislatore, giudici e interpreti debbano tener conto di una comprensione dei fenomeni operata da quelle scienze umane cui tradizionalmente appartengono come oggetti di indagine? E come si deve porre il diritto rispetto a temi di rilevanza sociale cosí elevata?

2. Negli ultimi anni si sono affermate nuove forme di organizzazione della vita familiare alternative alla famiglia tradizionale fondata sul matrimonio. La costituzione di nuove strutture familiari rappresenta ormai un fenomeno sempre piú diffuso nei paesi occidentali. Differenze nazionali e culturali non sono irrilevanti riguardo all'origine, alla diffusione ed alla percezione sociale ed istituzionale del fenomeno. I paesi a forte tradizione cattolica, che riescono ancóra a sorprendersi, sebbene con modalità talvolta altamente differenziate, per la diffusione dei matrimoni contratti (solo) civilmente, sembrano avvertire profondamente nel fenomeno della convivenza al di fuori da vincoli religiosi e giuridici un «problema sociale». Per la politica ed il diritto il problema è identificabile non solo come crisi della istituzione matrimoniale, ma anche come necessità di affrontare nuovi «fatti» sociali che collidono con istituzioni profondamente consolidate nella coscienza sociale e nella prassi istituzionale e che richiedono interventi regolativi. Interventi tanto piú urgenti in séguito alla sempre maggiore diffusione del fenomeno e alla diversificazione delle forme della sua articolazione, che ha come conseguenza il coinvolgimento di rapporti piú ampi e differenziati con altri ambiti della vita sociale.

Le ricerche socio-demografiche mostrano un quadro di profonda trasformazione delle famiglie europee dal 1970 in poi[1]. Trasformazioni che sono state spesso ignorate dalle politiche sociali dei maggiori paesi europei. Con lievi differenze tra i vari paesi, alla fine degli anni 80 i dati statistici registravano una diminuzione diffusa e accentuata della nuzialità, associata ad un aumento delle convivenze stabili, che non si concludevano con il matrimonio[2]. L'Italia si discostava invece sensibilmente dalla

[1] Per le comparazioni temporali occorre tener presente l'accresciuta capacità di rilevazione e documentazione, oltre ad un interesse sempre maggiore per i fenomeni. Per la significatività dei dati, i problemi relativi alla definizione delle unità di rilevazione ed ai confronti fra paesi diversi, cfr. C. SARACENO, *Sociologia della famiglia*, Bologna 1996.

[2] Cfr. P. RONFANI, *Verso una degiuridicizzazione e una degiurisdizionalizza-*

media europea relativamente all'aumento assai piú contenuto nel numero dei divorzi e delle nascite fuori dal matrimonio, mentre appariva sensibilmente in crescita il fenomeno della «"famiglia prolungata" del giovane adulto» che vive ancóra nella famiglia di origine[3]. Il fatto che il numero delle famiglie sia aumentato a fronte di una diminuzione dei tassi di nuzialità, non indica una maggiore propensione al matrimonio, né può esser imputato ad una maggiore accessibilità dello stesso, come era avvenuto in passato ma, collegato con un decremento della crescita complessiva della popolazione nei paesi industrializzati «da un lato conferma la tendenza verso la nuclearizzazione della famiglia; dall'altro va messo in relazione con l'allungamento della durata della vita»[4]. A fronte di queste trasformazioni i paesi europei hanno adottato politiche sociali che possono essere collocate all'interno di un quadro ideale che vede come estremi due modelli distinti, uno di tipo «familiaristico», l'altro di tipo «individualistico». Mentre il primo modello si orienta alla considerazione della famiglia in senso tradizionale ed alla insostituibilità della sua funzione nell'àmbito della società, il secondo piú che alla famiglia autonomamente considerata si rivolge ai soggetti che la compongono. È stata rilevata, in generale, una certa difficoltà da parte delle politiche sociali promosse in Europa ad abbandonare un assunto di fondo basato sull'opposizione tra un modello familiare rappresentato dalla famiglia legittima fondata sul matrimonio, o al piú da genitori, anche non sposati, e figli, considerato come «normale», e altri modelli fa-

zione della famiglia?, in V. Pocar e P. Ronfani, *Forme della famiglia, forme del diritto*, Milano 1991, pp. 7-16.

[3] Cfr. P. Ronfani, *o.l.c.* L'espressione è di P.P. Donati. Cfr. inoltre V. Ferrari, *Lineamenti di sociologia del* diritto, *Azione giuridica e sistema normativo*, I, Roma-Bari 1999, p. 300, nota 68: «È ragionevole porre l'ipotesi che, per esempio, le leggi calmieratici dei canoni locatizi influiscano negativamente sull'indice di matrimonialità, per la tendenza dei proprietari a eluderle attraverso la diminuita offerta di locazioni a uso residenziale: sul forte abbassamento del tasso di matrimonialità e di fertilità in Italia ha probabilmente influito decisivamente la legge 295/1978 sul c.d. "equo canone"».

[4] C. Saraceno, *o.c.*, p. 41 s.

miliari, che costituirebbero una degenerazione del primo. In questa ottica tali forme alternative al modello normale rappresentano una patologia[5].

Dati piú recenti confermano le tendenze dei fenomeni precedentemente rilevate. Si confermano in particolare i dati relativi ad un aumento delle convivenze *more uxorio* fra le giovani coppie eterosessuali inversamente proporzionale alla percentuale della popolazione cattolica, e la tendenza da parte di chi sceglie la convivenza prenuziale a rimandare il matrimonio. In tal modo, quest'ultimo viene a perdere la sua funzione di consacrazione dell'inizio di una unione, limitandosi, ormai, a sanzionare la sua esistenza, come ulteriormente dimostrato dall'assenza di natalità che di solito caratterizza le unioni preconiugali. Allo stesso modo, continua ad aumentare il numero delle unioni libere, di lungo periodo, che non si concludono con il matrimonio, dato confermato dall'aumento delle nascite fuori dal matrimonio. Anche rispetto a questi fenomeni ci sono rilevanti differenze tra i paesi dell'Europa occidentale, in genere con una maggiore incidenza nei paesi del nord e, per l'Italia, in alcune regioni settentrionali. Aumenta anche il numero delle convivenze omosessuali, piú fra donne che fra uomini, con una maggiore frequenza nelle grandi città, nelle classi medio-alte e nella popolazione piú secolarizzata[6]. D'altra parte, occorre tener presente che il dato anagrafico non sempre corrisponde ai dati di fatto, soprattutto in relazione alle convivenze al di fuori del matrimonio, e che «questa disomogeneità tra famiglie ufficiali e di fatto (...) può essere la spia di possibili effetti perversi di politiche sociali e fiscali o di provvedimenti amministrativi che, oltre a mancare il proprio scopo, possono produrre una aggravio di attività burocratiche ai singoli e alle famiglie», oltre ad essere «anche un possibile indicatore di comportamenti e modelli culturali ambivalenti, o di difficile composizione: il de-

[5] Cfr. P. Ronfani, *o.c.*, pp. 7-16.

[6] Cfr. A. Bagnasco, M. Barbagli e A. Cavalli, *Elementi di sociologia*, Bologna 2004, pp. 246-249.

siderio di autonomia che si riformula a fronte delle necessità della vita quotidiana, la difficile composizione delle richieste che il mercato del lavoro e il sistema delle professioni rivolge ai singoli con la definizione amministrativa di famiglia, a sua volta difforme da quella legale (...), e cosí via»[7].

3. Tra gli autori che vengono considerati i fondatori della sociologia del diritto, Ehrlich, rilevando «chiaramente il "ritardo" dei sistemi giuridici rispetto ai sistemi sociali su cui si basano (...) precorre (...) la teoria del "ritardo" dell'adattamento socioculturale rispetto alla reale evoluzione sociale che (...), con un termine creato da William F. Ogburn, viene definito come "*cultural lag*"». Con ciò, si legittimava l'intervento della sociologia nella scienza del diritto[8] e, allo stesso tempo, si attribuiva carattere costitutivo allo studio della correlazione diritto-società per l'analisi sociologica del diritto. Lungo una consolidata tradizione disciplinare quella correlazione è stata affrontata in prospettiva storico-evolutiva, differenziandosi in base alla direzione del mutamento ed alla considerazione della società e del diritto. Tale correlazione sarebbe configurabile come l'interazione reciproca tra due variabili, il diritto e la società, una delle quali viene assunta, con una semplificazione idealtipica, come variabile indipendente rispetto all'altra[9]. Secondo un'interpretazione largamente condivisa, tuttavia, in questa interazione reciproca, il diritto sarebbe da intendere allo stesso tempo come fattore e come oggetto di mutamento. In relazione al carattere dinamico dei mutamenti reciproci si è soliti operare una distinzione tra

[7] C. Saraceno, *o.c.*, p. 39 s. Cfr., inoltre, V. Ferrari, *o.c.*, p. 299 s., sull'opportunità di verificare «fino a qual punto, e in quali settori, i mutamenti seguano, o piuttosto precedano, l'intervento del legislatore; fino a qual punto la diminuzione di matrimonialità o di fertilità delle coppie siano correlabili con le politiche di sostegno alle famiglie o ad altre politiche, per esempio in materia di mercato immobiliare; se e fino a qual punto i limiti (per esempio temporali) imposti alla possibilità di divorziare si traducano in una maggiore diffusione delle famiglie di fatto».

[8] R. König, *Diritto*, in Id. (a cura di), *Sociologia*, Milano 1964, p. 94 s.

[9] Cfr. R. Treves, *Sociologia del diritto*, Torino 2002.

teorie in senso lato evoluzionistiche, che impongono una direzione unilineare e progressiva al mutamento, e teorie formali che forniscono schemi di interpretazione senza concettualizzare il mutamento. Senza prendere posizione per l'una o per l'altra impostazione teorica, se si sottrae al concetto di evoluzione ogni giudizio di valore, considerandola invece come trasformazione delle strutture sociali, si può affermare che l'osservazione dei mutamenti reciproci del diritto e della società è indispensabile per descrivere le trasformazioni di quelle strutture come evoluzione.

In particolare, l'àmbito della famiglia mostra una caratterizzazione peculiare dei suoi mutamenti in rapporto ai mutamenti sociali, soprattutto se si guarda alla sua capacità di persistenza nei secoli. Da un lato, in riferimento alla dimensione biologica della procreazione, si è giunti a sostenere la sua limitata capacità di adattamento, ancorata alla evoluzione della specie umana[10]; dall'altro, invece, in riferimento ai continui mutamenti di costume, si può sottolineare l'estrema plasticità della famiglia. Quest'ultima caratterizzazione conduce alla questione della difficoltà del diritto ad intervenire su una realtà in continua trasformazione e del rapporto temporale tra mutamenti sociali e mutamenti legislativi[11].

L'àmbito dell'analisi incentrata sulle forme di regolazione della famiglia non è di pertinenza esclusiva dei sociologi del diritto. Sociologia del diritto e sociologia della famiglia sono autonomi campi disciplinari, che si sovrappongono in relazione alle tematiche che interessano i mutamenti dei modelli familiari e dei modelli regolativi. Nonostante la sollecitazione di Ehrlich, tuttavia, questa sovrapposizione vede soprattutto la sociologia del diritto debitrice nei confronti dei sociologi della famiglia. E questo sia per le origini antiche e l'importanza della famiglia come formazione sociale, che hanno fatto della sociologia della famiglia una delle sociologie speciali piú importanti. Sia anche

[10] Cfr. R. König, *Famiglia*, in Id. (a cura di), *o.c.*, p. 139.

[11] Cfr. V. Ferrari, *o.c.*, p. 299.

per un dato peculiare. Proprio per il suo carattere evoluzionistico, nel senso sopra accennato, la sociologia procede per comparazioni diacroniche. A tal fine, l'elaborazione di indici e la misurazione delle loro variazioni fanno parte dello strumentario storico della sociologia, come anche, evidentemente, il ricorso ad analisi delle forme storiche delle strutture familiari[12]. Appare allora singolare un fatto che caratterizza le due discipline sociologiche interessate ai fenomeni dell'evoluzione dei modelli familiari. Mentre la sociologia della famiglia ha fatto largo uso di indicatori sociali, alla metodologia adottata dalla sociologia del diritto è mancata l'elaborazione di indici e la loro comparazione. Per motivi diversi, l'area del diritto si pone al di fuori delle tendenze che caratterizzano le scienze sociali in generale in merito agli studi comparativi ed alla raccolta di dati. Questo fatto sembra confermare quanto König[13] affermava alla fine degli anni '50 relativamente alla mancanza per la sociologia del diritto di un riconoscimento pari a quello delle altre branche della sociologia, se è vero che, ancóra oggi, si dibatte su questioni di metodo, a scapito della ricerca. Eppure, proprio il particolare campo di indagine relativo ai modelli di regolazione della famiglia sembrerebbe prestarsi piú di altri all'analisi del rapporto tra diritto e mutamento sociale. Nonostante sia stata piú volte ribadita la necessità di operare in questa direzione, ed iniziative in tal senso siano state intraprese non solo negli Stati Uniti, tradizionalmente piú inclini a questo tipo di ricerche, queste iniziative hanno operato in modo episodico e frammentario, anche a causa di facili connotazioni ideologiche, che le esponevano alle convenienze politiche. Di fatto, sono mancate coerenza e sistematicità, necessarie a produrre risultati teoricamente rilevanti. Cosí, la sociologia del diritto, quando ha scelto come oggetto di indagine la famiglia si è avvalsa, da un

[12] Per un'analisi dei mutamenti della famiglia e sul rapporto tra storia e sociologia della famiglia, cfr. M. Barbagli, *Sotto lo stesso tetto. Mutamenti della famiglia in Italia dal XV al XX secolo*, Bologna 1984.

[13] Cfr. R. König, *Diritto*, cit., p. 91 s.

lato, della storia del diritto, dall'altro delle ricerche effettuate nell'àmbito della sociologia della famiglia per procedere a comparazioni sincroniche, ma soprattutto storiche che meglio rappresentano il senso del mutamento del diritto in rapporto al mutamento sociale in generale[14].

4. L'interesse per la famiglia ha trovato nel passato una prima collocazione nella riflessione filosofica soprattutto nell'àmbito della speculazione teorica relativa all'ordine politico e sociale. Una indagine specificamente sociologica della famiglia si afferma a partire dalla metà del XIX secolo, anche se, per giungere ad uno statuto epistemologico esente da giudizi di valore, la sociologia della famiglia ha dovuto attendere gli sviluppi dell'individualismo moderno e dello struttural-funzionalismo. Se si guarda alla evoluzione delle forme di organizzazione della società, è legittimo parlare di una perdita di funzioni della famiglia nella società moderna. Un'affermazione largamente condivisa tra i sociologi, il cui senso deve essere chiarito. Durkheim per primo ha parlato di «"contrazione" della famiglia, sino al gruppo minimo della famiglia coniugale» come una «legge generale dello sviluppo della famiglia», che pur riecheggiando un evoluzionismo ormai desueto, può esser applicata allo sviluppo della famiglia nel mondo occidentale, nell'àmbito di una delle tradizioni della teoria sociologica che concepisce la storia come un processo di crescente individualismo. Dove, tuttavia, individualismo non va piú inteso come una mancanza completa di

[14] Tra gli autori che piú di altri hanno sostenuto l'opportunità di procedere alla raccolta e alla comparazione di indici sul diritto, W. M. Evan propone alcuni indici generali relativi a «sette fondamentali aree del diritto». Nell'area relativa alla famiglia l'autore indica: «livello di favore o sfavore verso il divorzio; (...) livello di eguaglianza di trattamento dei coniugi in tema di diritti di proprietà e di libertà di stipulare contratti»; e nell'area relativa alle successioni: «livello degli interventi statali volti a facilitare o ad ostacolare la trasmissione intergenerazionale delle ricchezze; livello di libertà testamentaria», in V. Ferrari, *o.c.*, p. 297. A questi indici, Ferrari aggiunge, in tema di famiglia: «regime di rapporti patrimoniali tra coniugi; rapporto fra separazione coniugale e divorzio (...); livello di tutela delle famiglie di fatto» (*ivi*, p. 298).

regole, piuttosto come una ridefinizione delle regole, e ciò che si indicava con disintegrazione sociale non va identificato con disorganizzazione sociale, ma va inteso come il prodursi di trasformazioni strutturali rilevanti «per la concezione sia della famiglia che del matrimonio, e in particolare del divorzio»[15]. I classici articolano su questo punto una teoria secondo la quale: «crescente differenziazione sociale conduce a *frameworks* simbolici sempre piú generalizzati che rendono sempre piú necessario rispecificare situazioni, ruoli, attività che si risolvono in esseri umani crescentemente individualizzati»[16]. Ciò che era stato indicato come disintegrazione è la differenziazione, tipica delle società avanzate, di ambiti specializzati, fra i quali anche la famiglia, «che funzionano in modo relativamente indipendente uno dall'altro e che sono anche relativamente autonomi», e nel cui contesto va reintepretata la funzione della famiglia nucleare nella società moderna rispetto a società precedenti[17].

La perdita di funzioni della famiglia non è semplicemente una diminuzione dell'importanza sociale della famiglia. Piuttosto, si tratta di un alleggerimento e, allo stesso tempo, di una intensificazione legati alla nuova forma strutturale, alla concezione e collocazione dell'individuo[18]. Nel 1955 Talcott Parsons pubblica con Robert F. Bales un'importante ricerca, tradotta in italiano con il titolo *Famiglia e socializzazione*[19]. Il testo cerca di chiarire il ruolo della famiglia nella società moderna, tenendo conto che essa appare, per una serie di fattori (legati ad esempio all'aumento dei tassi di divorzio) in crisi. La tesi fondamentale di Parsons e Bales è che la famiglia occidentale si trovi in una situazione di transizione, il che dipende dal fatto che

[15] R. König, *Famiglia*, cit., p. 145. Del resto, aggiunge l'autore alla stessa pagina, «le oscillazioni nella concezione moderna dell'individualismo rispecchiano (...) chiaramente le circostanze esterne in cui si è sviluppata la sociologia della famiglia».

[16] N. Luhmann, *Essays on Self-Reference*, New York-Oxford 1990, p. 107.

[17] R. König, *o.u.c.*, p. 146

[18] Cfr. N. Luhmann, *Sozialsystem Familie*, in Id., *Soziologische Aufklärung*, vol. V, Wiesbaden 2005, pp. 189-209.

[19] T. Parsons e R.F. Bales, *Famiglia e socializzazione*, Milano 1974.

essa non rappresenta piú una unità complessa, in cui si sintetizzano una serie di funzioni. La transizione si risolve in una specificazione funzionale, vale a dire nella acquisizione da parte della famiglia di due funzioni specifiche: la socializzazione dei nuovi membri della società e la stabilizzazione della personalità degli adulti[20]. Questa doppia funzione è possibile solo a patto che si differenzino i ruoli di genere, di modo che alla donna spetti il cómpito di fornire affettività all'interno di una società altrimenti orientata alla neutralità affettiva. In sintesi, l'impostazione di Parsons e Bales mira ad individuare il nuovo ruolo della famiglia, come struttura differenziata all'interno della società contemporanea, la quale, avendo perduto altre funzioni, come ad esempio quella legata alla produzione e al consumo di beni (si pensi alla famiglia contadina) si specializza nella *erogazione di prestazioni di carattere affettivo.*

Da un lato, il ruolo materno si professionalizza, nel senso che alla cura e all'educazione dei figli contribuiscono idee derivanti dalle scienze applicate (pediatria, pedagogia e psicologia infantile): «la madre non si limita ad "amare" i figli, ma cerca anche di comprendere razionalmente natura, condizioni e limiti di tale amore, e i modi in cui certe sue forme devianti possono arrecare danno, anziché beneficio al bambino»[21]. Dall'altro, il legame coniugale non solo stabilizza la personalità dei membri adulti della famiglia, ma fissa anche il confine tra famiglia e altri sistemi della società. La famiglia si presenta come luogo dell'affettività diffusa, il luogo delle prestazioni prive di ricompensa in denaro, il luogo della cura, e tutto ciò senza che nella famiglia nucleare della modernità sia forte come in passato il sostegno della famiglia allargata, dei parenti, delle famiglie di origine: «I coniugi vengono spinti l'uno verso l'altro e, corrispondentemente, il loro legame con i membri delle rispettive famiglie di orientamento (...) risulta indebolito (...). La famiglia di procreazione e, in particolare, la coppia di procreazione si trovano

[20] T. Parsons e R.F. Bales, *o.c.*, p. 22 ss.

[21] T. Parsons e R.F. Bales, *o.c.*, p. 31.

in una situazione "strutturalmente priva di sostegno". Nessuna delle due parti ha un qualsiasi altro parente adulto cui potersi, di diritto "appoggiare per sostenersi" in modo paragonabile a quella che è invece la posizione del coniuge»[22].

Per lo struttural-funzionalismo, la famiglia assume rilevanza sociologica all'interno di una rappresentazione complessiva della società: il soggetto svolge il suo ruolo di padre e marito, accetta dunque un ruolo di genere che è però complessivamente connesso con altri ruoli socialmente rilevanti, in particolare quelli legati alla professione e alla realizzazione economica e lavorativa. I ruoli che all'nterno della famiglia rivestono i diversi componenti, in base all'età e soprattutto al genere, appaiono pertanto come uno degli aspetti della società come sistema complessivo: il rispetto dei ruoli familiari è uno dei prerequisiti del mantenimento della stabilità sociale. In un'ottica di questo tipo, perde di rilievo la questione della separazione tra àmbito della famiglia e àmbito del diritto: il diritto, come sistema di norme, regola un contesto che solo apparentemente è sfera privata.

5. Il punto di incontro tra sociologia della famiglia e diritto di famiglia risiede probabilmente, piú che in una qualche congruenza di carattere teorico e metodologico, nella possibile sovrapposizione di forme della rappresentazione sociale. Il diritto moderno utilizza la retorica del buon padre di famiglia e, in Italia almeno fino alla riforma del 1975, individua nel maschio procacciatore di risorse il capo del nucleo familiare. Talcott Parsons propone una rappresentazione analoga e, descrivendo la biografia normale dell'uomo qualunque, dà valenza teorica a un luogo comune: quello del padre come *breadwinner*:

> «supponiamo di avere un individuo in cui il modello generale di orientamento di valore della realizzazione universalistica, della specificità, della neutralità e dell'orientamento in vista della collettività sia ben stabilito nella struttura della sua personalità fondamentale.

[22] T. Parsons e R.F. Bales, *o.c.*, p. 25 s.

> In primo luogo, essendo un maschio, egli deve apprendere che da un uomo, una volta "cresciuto" in maniera da ricoprire un ruolo professionale, ci si attende che "abbia un posto", che "si guadagni il pane", e molto probabilmente che mantenga una famiglia. Egli deve apprendere che il sistema professionale è ordinato gerarchicamente e che, se egli ha una spiccata ambizione al successo, deve cercare di raggiungere uno dei livelli piú elevati del sistema professionale».[23]

In Parsons, il privato appare come completamento del pubblico, nel senso che i ruoli professionali presuppongono aspettative sociali relative alla posizione del soggetto in seno alla famiglia come procacciatore di risorse. La stessa interconnessione pubblico-privato compare nel diritto di famiglia. Fino alla riforma del diritto di famiglia in Italia, in effetti, la codificazione del 1942 si ispira alla continuità del modello istituzionale, piuttosto che alla realizzazione delle aspettative individuali. Un modello che in parte era stato tratteggiato dalle esperienze giuridiche del secolo precedente. In modo sostanzialmente convergente tra sistemi giuridici continentali e di *common law*, nella tradizione liberale incentrata sulla separazione tra Stato e società si impone un modello di regolazione della famiglia che propone la «famiglia come lo Stato», la sfera privata come la sfera pubblica[24]. I modelli di regolazione dei rapporti familiari di ispirazione napoleonica e vittoriana costruiscono un nucleo fortemente giuridicizzato di relazioni di tipo gerarchico in cui, potremmo dire, il tutto è sovraordinato rispetto alle sue parti: gli individui singoli che lo compongono. La famiglia appare come istituzione, la cui funzione prevale sulla libertà delle scelte individuali e giustifica la strutturazione della sfera intima e affettiva secondo la costruzione di distinte identità giuridiche per i suoi componenti. Il modello familiare del *code* è plasmato sul modello dello Stato, ed assegna alla famiglia una funzione po-

[23] T. Parsons, *Il sistema sociale*, Milano 1996, p. 247.

[24] Cfr. V. Pocar e P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari 2003, pp. 3-30.

liticamente rilevante come fondamento della società civile. La rilevanza pubblica attribuita alla sfera privata e la marcata strutturazione in senso gerarchico dei rapporti familiari finiscono per prevalere sugli elementi fortemente individualistici della famiglia tratteggiata dal codice napoleonico, e sul «modello della famiglia come comunità spirituale e affettiva» del *common law*[25]. Piú evidente nel modello della famiglia vittoriana, la considerazione della famiglia come gruppo intermedio fra gli individui e lo stato, mentre costruisce la famiglia come entità giuridica privata, sembra restia a riconoscere natura eminentemente privatistica al matrimonio. Una sostanziale ambiguità che si ritrova, nei paesi che si ispiravano al *code*, nello sviluppo di una teoria istituzionalistica laica della famiglia e del matrimonio, i quali assumono funzioni di natura pubblicistica: le autonomie individuali sono subordinate al superiore interesse familiare, da cui dipende l'ordine sociale[26].

In effetti, in questi processi è possibile leggere un ulteriore elemento relativo alla considerazione della famiglia che rivela una diversa articolazione del rapporto tra individuo, società civile e Stato, proprio nella nuova strutturazione del rapporto tra sfera pubblica e sfera privata, che si riversa nei diversi processi di codificazione e nella costruzione dello Stato moderno. Dal punto di vista degli interventi e delle istanze di controllo da parte delle istituzioni politiche, religiose e sociali, il matrimonio rappresenta un àmbito di intensa regolamentazione e di conflitti a danno dell'iniziativa individuale. In questo senso, rileva Chiara Saraceno[27], la regolamentazione del matrimonio del codice napoleonico rappresenta il punto di arrivo di un processo di sostituzione del controllo della Chiesa operata dallo stato nazionale soprattutto attraverso lo strumento del contratto e della rilevanza civile degli aspetti patrimoniali ed ereditari. Con il *code* napoleonico, «il matrimonio, contratto tra individui liberi,

[25] Cfr. V. Pocar e P. Ronfani, *o.u.c.*, p. 13.
[26] Cfr. V. Pocar e P. Ronfani, *o.u.c.*, pp. 6-12.
[27] C. Saraceno, *o.c.*, p. 92.

è innanzitutto un contratto patrimoniale, che fonda una precisa gerarchia tra i sessi, in nome, appunto, della unità patrimoniale della nuova famiglia, sulla base del nuovo valore attribuito all'individuo – maschio, possidente. (...) Società di individui-cittadini, la società borghese è innanzitutto società di capifamiglia, ove i maschi sono tendenzialmente svincolati dalla tutela parentale (...), ma le femmine possono esercitare formalmente la propria libertà solo nell'atto del passaggio da una tutela (del padre) ad un'altra (del marito)»[28]. Rapporti che Novalis esprime cosí: «il matrimonio è per la politica quello che la leva è per la meccanica. Lo stato non consta di singoli uomini, ma di coppie e comunità. Le classi del matrimonio sono le classi dello stato: la donna e l'uomo. La donna è la cosí detta parte incolta»[29].

Quella che è stata definita la «doppia anima del codice napoleonico», in fondo, esprime la tensione tra l'emersione e la differente strutturazione della sfera economica, prima essenzialmente domestica, poi sempre piú affidata al mercato ed a relazioni basate sulla fiducia e la reciprocità, e la struttura gerarchica delle relazioni di potere tipica, ormai, solo della organizzazione statale. Qui si profila una reazione alla crisi della famiglia come unità produttiva e allo sviluppo dell'economia monetaria separata dalla politica. Nella famiglia delineata dal *code*, l'individualismo tipico delle relazioni economiche convive con la strutturazione di relazioni di potere dove, tuttavia, il potere del capofamiglia comincia ad essere limitato, laddove il potere dello stato assoluto non aveva invaso la sfera privata ed economica della casa. Nella elaborazione teorica intanto, pur venendo confermata l'importanza attribuita alla famiglia e al ruolo del padre, ormai laicizzato e sempre meno arbitrario, la famiglia non appare piú come uno degli elementi fondamentali dello stato: «la famiglia borghese nasce come famiglia "privata", sottratta a responsabilità pubbliche e insieme con disponibilità di spazi e risorse private, sulla base della creazione e controllo di

[28] C. Saraceno, *o.c.*, p. 95.
[29] Novalis, *Frammenti*, Milano 2001, p. 199.

un capitale privato»[30]. La crisi della famiglia come unità dell'economia domestica, rappresenta la scoperta del mercato e di un tipo di rapporti tra individui, che insieme struttura lo spazio della società civile come sfera dei rapporti sociali che si svolgono spontaneamente e al di fuori della sfera regolativa dello Stato.

La società civile è dunque, primariamente, una sfera distinta dalla sfera politica in quanto presuppone l'evoluzione dei rapporti economici, sancisce la crisi dell'economia domestica, ma anche la separazione della sfera economica dalla sfera politica, resa possibile dallo sviluppo dello stato moderno[31]. Ma la società civile non si esaurisce solo nei rapporti economici. Sin dal suo costituirsi come necessità per l'esercizio della sovranità dello stato assoluto, la società civile sarà lo spazio della libertà, lo spazio privato sottratto al controllo della politica e della religione: «sulle rovine della casa appare la società civile: il mercato è il luogo dove si scambiano le merci, ma possono anche scambiarsi le idee. Nasce una nuova socievolezza umana, (...) e si scoprono nuovi legami fra gli uomini, che possono esser dettati dall'interesse, ma anche scaturire dalla naturale simpatia»[32]. Quella sfera morale secolarizzata in cui si formerà l'istanza critica dell'ordine sociale della società borghese e la politicizzazione della società civile[33]. La concezione hegeliana, che sembra attribuire nuovamente un ruolo fondamentale alla famiglia per la costruzione dello Stato, fa riferimento ad una famiglia che non è piú quella patriarcale legata alla dimensione dell'economia domestica, ma è realtà spirituale fondata sull'amore romantico. In questo modo si sostanzializza la necessità di integrare la distinzione tra sfera pubblica e sfera privata come distinzione fra stato etico e famiglia spiritualizzata, con la dimensione puramente economica espressa dalla società civile. Al di là della formulazione hegeliana, la società civile si pone come àmbito intermedio, tra sfera pubblica e sfera privata, la sfera sociale dei bisogni non solo materiali dell'individuo[34].

[30] C. Saraceno, *o.c.*, p. 177.

[31] Cfr. P.P. Portinaro, *Stato*, Bologna 1999, p. 101 s.

[32] N. Matteucci, *Lo Stato moderno*, Bologna 1993, p. 45.

[33] Cfr. R. Koselleck, *Critica illuminista e crisi della società borghese*, Bologna 1972.

Queste trasformazioni sono parte di uno spostamento, nell'àmbito delle riflessioni teoriche verso una considerazione individualistica della società, la separazione dello Stato dalla società e la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Il riconoscimento giuridico dell'individuo troverà posto nelle codificazioni civili con la figura astratta del soggetto di diritto unico, mentre nelle concomitanti codificazioni del diritto pubblico con i diritti fondamentali si afferma la tutela dei diritti politici e civili del singolo attraverso una limitazione del potere dello Stato, che porterà a considerare lo stato in funzione del cittadino, del singolo individuo[35]. La separazione dello Stato dalla società è funzionale alla rappresentazione teorica di una fase di transizione in cui crescente individualismo si accompagna a crescente differenziazione sociale; è la reazione semantica al passaggio da una struttura ordinata per strati alla società moderna. È dunque, primariamente, l'interpretazione dell'autonomia dell'economia dalla politica, della separazione della proprietà ormai divenuta valore di scambio da un potere che è limitato dal diritto. Non si tratta solo della differenza tra stato di diritto ed economia monetaria. Piuttosto, la distinzione semantica tra stato e società rappresenta la reazione concettuale al mutamento che coinvolge anche altri ambiti della struttura sociale. Dal punto di vista dell'individuo, si tratta della dissoluzione di vincoli particolari e, in questo senso, anche della liberazione del comportamento da legami troppo stretti, compresi quelli tradizionali dell'àmbito familiare, e della mobilizzazione dei vincoli materiali e personali, i primi negoziabili con il denaro, i secondi tramite partecipazioni a ruoli differenziati: familiari, professionali,

[34] N. Matteucci, *o.c.*, p. 39 s.

[35] Cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976.

politici, associativi. Non solo cittadino, «l'uomo deve produrre nel sistema dell'economia, trasmettere cultura, collaborare a numerose questioni pubbliche che non riguardano la politica, condurre una vita in famiglia senza frazionarsi, senza essere lacerato da contrastanti obblighi di comportamento»[36]. Ciò deve essere reso possibile contemporaneamente come separazione dei ruoli e corrispondete specificazione delle relazioni sociali, e come impersonalità dei rapporti sociali orientati a nessi materiali specificati dai diversi contesti[37]. L'unico contesto in cui i contatti si orientano a nessi personali è la comunicazione dell'intimità. Accentuato individualismo della persona e differenziazione sociale devono poter convivere. Questo problema era già stato rilevato dalla teoria sociologica in riferimento all'integrazione, e indicato come «istituzionalizzazione dell'individualismo»[38], cioè come problema delle istituzioni necessarie a garantire un ordine sociale che si basa sull'individuo concreto, sulla diversità di ciò che è individuale e che, con la differenziazione sociale, risulta sempre meno dai suoi ruoli sociali (impersonali), dove invece si manifestano solo suoi caratteri particolari e differenziati[39]. Individualismo della personalità e comportamento impersonale non sono in contraddizione, ma sono resi necessari dalla differenziazione sociale, dalle esigenze funzionali della struttura, mentre l'onere che grava sul comportamento richiede una tutela speciale per la personalità individuale. Luhmann rinviene proprio nei diritti fondamentali l'istituzione sociale che ha la funzione di assicurare l'individualità dell'individuo a fronte dell'affermazione e del mantenimento di una strutturale sociale funzionalmente differenziata[40].

In questo contesto acquista rilevanza la dimensione affettiva e familiare come unico àmbito comunicativo, non residuale, ma necessario, di relazioni sociali personali, ed ha senso la questione posta da Luhmann relativamente alla mancanza di un diritto fondamentale al matrimonio d'amore.

[36] N. Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzione*, Bari 2002, p. 93; cfr. *ivi*, pp. 47-98.

[37] Cfr. N. Luhmann, *o.u.c.*, p. 57 s.

[38] Cfr. T. Parsons, *Il contributo di Durkheim alla teoria dell'integrazione dei sistemi sociali*, in Id., *Teoria sociologica e società moderna*, Milano 1979, pp. 9-36.

[39] Cfr. N. Luhmann, *o.u.c.*, p. 95 s.

[40] N. Luhmann, *o.u.c.*, pp. 96, 97 e 98.

6. Dopo essere stata considerata, tra XVI e XVII secolo, come un pilastro dello Stato, con le trasformazioni che caratterizzano gli inizi dell'Età Moderna, nella riflessione politica, giuridica e filosofica la famiglia, pur conservando la sua struttura, «scompare dal diritto pubblico ed entra nella sfera privata»[41]. In effetti, la questione storica della regolamentazione matrimoniale e familiare «riguarda la stessa organizzazione della società borghese, la sua peculiare distinzione tra sfera pubblica e sfera privata, tra responsabilità pubbliche e responsabilità private, che segna tuttora profondamente il modo in cui pensiamo sia alla famiglia e al rapporto uomo-donna, che al rapporto tra la famiglia e la società e lo stato»[42].

Alla famiglia come sfera del privato va attribuito il carattere della modernità. Si costruisce cosí un modello, debitore del senso comune, che permea di sé le rappresentazioni giuridiche e sociologiche: la famiglia come unità naturale coincide con la famiglia borghese, con i suoi ruoli distinti per genere ed età, uno spazio di supporto reciproco fondato sulle differenze.

Le stesse rilevazioni statistiche dei fenomeni appaiono affette da semplificazioni indotte dal senso comune e da riferimenti amministrativi e giuridici che sempre meno sembrano in grado di definire la natura complessa delle relazioni familiari. Si dovrà quindi tener conto delle semplificazioni nella individuazione dei diversi modelli, del cambiamento della definizione anagrafica dell'unità di convivenza familiare, della variazione delle definizioni di famiglia utilizzate dagli istituti di rilevazione, dei diversi tipi di indagine, delle difformità tra i paesi come ulteriore elemento di espressione di modelli culturali, rilevante an-

[41] N. Matteucci, *o.c.*, p. 37 s.

[42] C. Saraceno, *o.c.*, p. 95.

che sul piano degli interventi in relazione alla scelta del modello di riferimento per le politiche sociali[43].

Per quanto riguarda la situazione sociale relativamente alla declinazione dei rapporti tra uomo e donna, alla considerazione del matrimonio e della sessualità, dai dati emerge una netta «separazione tra sessualità, matrimonio e procreazione, (...) sconvolgendo le sequenze normali e attese solo venti-trenta anni fa. Cosí, da un lato non è piú il matrimonio ad autorizzare la sessualità della coppia, dato che il «mettersi in coppia» oggi è marcato prima dai rapporti sessuali e solo successivamente, e non sempre, dal matrimonio. Dall'altro lato, anche se in misura meno netta, specie in Italia, non basta la procreazione per dare luogo al matrimonio»[44]. In una tendenza emersa da indagini effettuate in Italia negli anni '80[45], a fronte della considerazione del matrimonio come modello di rapporto di coppia per la maggioranza degli intervistati, emergono significative differenziazioni nell'importanza attribuita alla dimensione istituzionale. Se, infatti, si registra un consenso generale sul riconoscimento dell'importanza della dimensione sentimentale, per alcuni solo la dimensione istituzionale del matrimonio può garantire stabilità e serietà: per costoro il rapporto di coppia è subordinato alla procreazione e alla dedizione ai figli. Altri, invece, manifestano in gradi diversi, un atteggiamento piú tiepido nei confronti della dimensione istituzionale del rapporto di coppia: è la dimensione relazionale della coppia che giustifica il suo riconoscimento istituzionale come stabilità e impegno reciproco, solo a patto che non esprima costrizione. Infine, per altri ancóra, il rapporto d'amore sarebbe svalutato o addirittura contraddetto dal matrimonio.

Una caratterizzazione culturale sembra emergere anche dal riferimento giuridico alla famiglia ed al matrimonio. «La prevalenza data al rapporto di coppia rispetto alle dimensioni istituzionali e di responsabilità sociale del matrimonio è stata letta

[43] C. Saraceno, *o.c.*, pp. 37, 38 e 39.
[44] C. Saraceno, *o.c.*, p. 112.
[45] Cfr. C. Saraceno, *o.l.c.*

anche in termini di secolarizzazione: di un venir meno cioè di una dimensione meta-individuale ed anche meta-familiare del matrimonio, che è stato riconosciuto e legittimato dalla stessa evoluzione legislativa. Il nuovo diritto di famiglia del 1975, ad esempio, e prima ancóra la legge che ha introdotto anche in Italia la possibilità di sciogliere il vincolo matrimoniale, in effetti propongono un modello di matrimonio tendenzialmente piú simmetrico (...), piú aperto alla conflittualità e alla negoziazione, e soprattutto non piú irreversibile»[46].

Da questa prospettiva, in Italia la legislazione familiare con la legge sul divorzio del 1970 e la riforma del diritto di famiglia del 1975 e loro successive modifiche, ha accolto princípi caratteristici di ordinamenti piú avanzati, pur nella permanenza di alcuni aspetti precedenti, superando in questo modo il modello della famiglia tradizionale. Ne emerge un modello sostanzialmente eterogeneo, non riconducibile ad un modello istituzionale preciso che si oppone a quello tradizionale. Due aspetti in particolare meritano di essere sottolineati, come esemplificativi del mutamento dei modelli di riferimento e, al tempo stesso, della eterogeneità della scelte legislative: «Se infatti consideriamo, da un lato, le relazioni intrafamiliari sotto il profilo soggettivo ed affettivo, è ragionevole affermare che siano stati sottolineati valori come quelli della corresponsabilità, dell'intimità, della solidarietà, riferibili al modello della cosiddetta "famiglia coniugale intima". (...) Se però, dall'altro lato, guardiamo alla disciplina dei rapporti patrimoniali, è difficile negare che la riforma si sia ispirata a un modello familiare fondato sulla divisione dei ruoli domestici ed extradomestici sulla base del sesso, con evidenti affinità con l'idealtipo della famiglia parsonsiano»[47].

Se si volesse, da una prospettiva socio-giuridica, osservare le trasformazioni giuridiche alla ricerca di elementi di corri-

[46] C. Saraceno, *o.c.*, p. 113.
[47] V. Pocar e P. Ronfani, *Le trasformazioni della famiglia italiana e l'intervento della legge e del giudice*, in Id., *Forme*, cit., pp. 101-116 e p. 106. Cfr. M. Barbagli, *o.c.*, p. 99.

spondenza con il mutamento sociale, si dovrebbe verificare se e in quale misura questa dinamica del rapporto tra sessualità, matrimonio e procreazione, e la molteplicità dei modelli familiari socialmente diffusi abbiano trovato riconoscimento all'interno delle legislazioni europee in materia di diritto di famiglia. Intanto, è da ricordare come la riforma del diritto di famiglia del 1975 rappresenti l'adeguamento, se pure tardivo, sia al dettato costituzionale, sia ai mutamenti dei costumi. Il rilievo pubblicistico della famiglia e del matrimonio, come è stato ricordato, ricompare nel dibattito teorico in relazione alla rilevanza della famiglia non piú come fondamento dello Stato, ma della società civile. Dopo una lunga assenza dai testi costituzionali, la famiglia e il matrimonio entrano nelle costituzioni democratiche dei paesi occidentali riproponendo, fra l'altro, la questione relativa al rapporto tra la sfera pubblica e la sfera privata.

Nonostante il «ritardo» rispetto al riconoscimento della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio e dei suoi fondamenti egualitari dell'art. 29 cost., la riforma italiana ha una valenza innovativa piú marcata rispetto alle legislazioni di altri paesi europei. Sorprende il fatto che l'abbandono del modello familiare gerarchico sia avvenuto sulla base di un convincimento supportato da affermazioni di principio e valutazioni di senso comune in merito al mutamento dei costumi e alla obsolescenza di quel modello, e senza il sostegno di dati sociali e demografici, mentre in Francia, «la riforma del divorzio del 1975 venne preceduta, per iniziativa del legislatore stesso, da vaste indagini conoscitive, cui concorsero giuristi, sociologi, demografi, anche in vista di una previsione dell'efficacia delle possibili soluzioni legislative»[48].

Un ulteriore aspetto sorprendente, è stato rilevato, è rappresentato dal fatto che l'orientamento nei confronti della istituzione matrimoniale si va delineando di pari passo con un contesto normativo, proprio dei paesi occidentali, che mostra una tendenza, come è stata definita alla degiuridicizzazione ed alla

[48] V. Pocar e P. Ronfani, *La famiglia*, cit., p. 31 s.

privatizzazione delle relazioni familiari. Questa tendenza si sostanzierebbe in una trasformazione della legislazione sulla famiglia che, dagli anni Settanta in poi, ha operato favorendo l'autonomia dei componenti della famiglia, poiché non ha proposto un modello normativo preciso delle relazioni familiari, indebolendo cosí anche la supremazia della famiglia legittima, nel rispetto del dovere di solidarietà e del principio di eguaglianza dei coniugi. In particolare, il modello del «divorzio-fallimento», che riconosce lo scioglimento del matrimonio se viene meno l'unione affettiva e materiale dei coniugi, sarebbe espressione di una ridotta volontà di intervenire nella regolazione, in questo caso in relazione al conflitto, rinunciando alla determinazione delle cause del fallimento del matrimonio[49]. Dall'altro lato, tuttavia, negli ultimi anni si sono manifestate intenzioni di intervenire in senso nuovo per regolare situazioni problematiche. È il caso delle proposte di regolazione delle convivenze e delle coppie omosessuali. Complessivamente questi fatti configurerebbero non tanto una rinuncia da parte del diritto al controllo delle relazioni familiari, quanto un cambiamento della modalità del controllo e della tutela che anziché sul rapporto di coppia, sulla famiglia come istituzione, si orienta agli individui che la compongono, pur restando attribuite alla famiglia le funzioni che le sono proprie: l'assenza di interventi sostitutivi non configurerebbe «un'appropriazione da parte del pubblico delle funzioni private»[50]. Senza voler qualificare necessariamente queste trasformazioni, è comunque visibile una certa maggiore flessibilità della legislazione sulla famiglia. Questa tendenza legislativa, insieme all'aumento delle coppie che scelgono di non contrarre matrimonio configurerebbe una «duplice deistituzionalizzazione», un allontanamento dall'istituzione che è proprio tanto dei comportamenti, quanto del diritto. Se si può supporre che nelle residue resistenze alla istituzionalizzazione del rap-

[49] P. Ronfani, *Dalla convivenza prematrimoniale al matrimonio informale*, in V. Pocar e P. Ronfani, *Coniugi senza matrimonio*, Milano 1992, pp. 3-47 e p. 24.
[50] V. Pocar e P. Ronfani, *Le trasformazioni*, cit., p. 114 s.

porto di coppia nei comportamenti della popolazione abbia avuto un ruolo significativo la volontà di evitare l'intervento residuale dello Stato in caso di crisi del matrimonio, piú complesso appare indagare la relazione tra le due tendenze, che potremmo definire giuridiche e sociali, nella diffusione di comportamenti che vedono una convergenza sostanziale nei presupposti su cui si basano i «matrimoni formali» e i «matrimoni informali»[51].

7. Dalla rappresentazione che Parsons e Bales forniscono della famiglia nella società a loro contemporanea emergono almeno due questioni: la prima riguarda la rilevanza funzionale della famiglia, che è conseguenza della sua specializzazione. La famiglia è nucleo insostituibile per il funzionamento della società, ed in questo è, aggiungiamo noi, la sua rilevanza giuridica (dunque l'attenzione che il diritto le tributa). In secondo luogo, se Parsons e Bales appaiono ottimisti rispetto alla capacità della famiglia americana di superare la crisi di transizione dovuta al suo riposizionamento funzionale, forse la crisi endemica della famiglia occidentale dipende proprio dal cambio delle sue funzioni. Se, infatti, la famiglia è il luogo dell'affettività diffusa, ciò è possibile solo a patto che gli individui siano percepiti, in seno alla famiglia, nella loro specificità. I ruoli familiari, infatti, non sono sostituibili, nel senso che essi sono ruoli personali, legati alle specificità caratteriali, ai ricordi, alla condivisione. Ciò accentua la rilevanza dell'individualità, e dunque la rivendicazione delle differenze. È per questo che, per esempio, l'individuo può rivendicare una unione familiare non sancita dal diritto, può insieme al *partner* ribadire la scelta di una convivenza al di là delle norme, di un'unione priva di riconoscimento giuridico. Oppure può rivendicare il diritto al riconoscimento giuridico di un unione (si pensi ai PACS) non prevista dall'ordinamento. La forza della famiglia come spazio privato della realizzazione dei suoi membri, delle loro idiosincrasie, delle loro inclinazioni, alla fine configura una nuova crisi, che non dipende dalla transizione in relazione alle funzioni, ma dal carattere affettivo delle relazioni familiari.

[51] Cfr. P. RONFANI, *o.u.c.*, p. 25, con riferimento al francese L. ROUSSEL per la «duplice deistituzionalizzazione», e a S. PARKER per il concetto di matrimonio informale.

La istituzionalizzazione dell'amore come fondamento del matrimonio è un carattere della società moderna. Per quanto possa essere apparso sorprendente all'epoca della sua affermazione, il matrimonio d'amore è divenuto nel tempo una legittima aspettativa per ciascuno, e, come tale, una forma di rivendicazione di libertà e uguaglianza. Solo nella società moderna l'amore poteva essere pienamente istituzionalizzato come principio di selezione individuale con il carattere di pretesa socialmente legittimata. Come nota Barbagli: «Per lungo tempo il matrimonio non è stato una faccenda personale e privata, nel senso che coloro che si sposavano erano sottoposti ad intromissioni e controlli da parte di altre persone»[52]. Anche l'autonomizzazione della sfera economica dalla casa rientra in questo processo di affrancamento del matrimonio dal controllo sociale e istituzionale: «Non piú unità produttiva, la famiglia sembrava diventata puro luogo degli affetti e dei processi di socializzazione primaria (...) e secondaria (...), secondo la fortunata e influente definizione parsonsiana»[53]. Vi è una sostanziale convergenza tra gli studiosi nel riconoscere che la nascita della famiglia moderna nei paesi occidentali sia da ascrivere a trasformazioni che hanno coinvolto i rapporti affettivi e di potere all'interno ed all'esterno della famiglia nucleare, quali: la liberazione dai controlli della comunità e della parentela; il passaggio dal matrimonio combinato, per interessi economici e sociali, alla libera scelta dei coniugi basata sull'amore; il mutamento del rapporto tra i coniugi e tra questi ed i figli. Non vi è invece la stessa convergenza sui tempi e sull'origine di queste trasformazioni: alcuni, come Shorter attribuiscono al capi-

[52] M. BARBAGLI, *o.c.*, p. 376.
[53] C. SARACENO, *o.c.*, p. 179.

talismo industriale della metà del Settecento la nascita della famiglia moderna, poiché è da questo periodo che i rapporti tra i membri della famiglia sono improntati al sentimento; altri, come Stone, collocano piú indietro nel tempo la nascita della famiglia nucleare moderna, riconducedone le origini alla trasformazione delle relazioni tra individuo e società e delle relazioni affettive[54].

Senza prendere parte per l'una o l'altra posizione, sembra comunque plausibile riconoscere alla nascita dell'individualismo, piú volte ricordata nelle proposte teoriche riportate, una valenza centrale in riferimento ai mutamenti che hanno visto la nascita e la stabilizzazione della modernità.

In un'ottica che voglia rintracciare i princípi-guida attorno ai quali si articola il rapporto tra individuo e società per descrivere il passaggio alla struttura complessiva della società moderna e, in essa, ad una nuova struttura e funzione della famiglia, è possibile osservare la trasformazione del principio di inclusione dell'individuo. Autoreferenza ed eteroreferenza delle operazioni sociali, a livello di quei princípi strutturali, si distinguono in relazione ai criteri di inclusione disponibili con il passaggio ad una nuova forma di organizzazione della società. Con la società moderna, referenze sistemiche (autoreferenze) sostituiscono quelle ambientali (eteroreferenze), tipiche della tradizione. Nelle società della tradizione, l'inclusione avviene attraverso la famiglia di appartenenza (nascita). La famiglia costituiva il riferimento strutturale dell'inclusione in quanto era la nascita a decretare la collocazione sociale come appartenenza esclusiva ad un rango. E solo da questa collocazione l'uomo derivava la sua identità basata direttamente sul principio di differenziazione. Come principio di inclusione la famiglia è la referenza centrale per l'articolazione di tutte le forme strutturali delle società premoderne. Ed è questa referenza concreta, legata all'uomo, a costituire dunque il principio per la costruzione

[54] M. Barbagli, *o.c.*, pp. 246, 247 e 248.

della struttura sociale ed è per questo che la famiglia è fortemente integrata nella struttura delle società premoderne. Con la stratificazione, inoltre, la differenziazione sociale si orienta ai diversi tipi di persone, alla loro diversa «qualità». L'ordine gerarchico di questa struttura è simbolo della conformità all'idea di ordine del mondo: in questo modo, attraverso la mediazione della classe, la famiglia determina le persone conformemente alla rappresentazione dell'ordine, laddove l'individualità ne costituirebbe la negazione[55].

La rappresentazione sociologica della storia come processo di crescente individualismo, può essere vista nel senso che «le società della tradizione dovevano restringere il numero delle possibili combinazioni di ruoli perché le famiglie erano collocate senza ambiguità in un sistema gerarchico di gruppi di *status*. La società moderna non colloca piú le famiglie in questa maniera. La stratificazione ha perso la sua importanza e, di conseguenza, la scelta delle combinazioni di ruoli deve essere lasciata all'individuo»[56]. La concretezza della nascita viene sostituita dall'astrattezza del soggetto come principio della inclusione. E l'individualità, una volta la cosa piú concreta, diviene ora la cosa piú universale dell'uomo[57]. Ed anche la piú astratta, grazie al riconoscimento giuridico dell'uguaglianza, presupposto e conseguenza dell'inclusione universale sulla base del riconoscimento di soggettività uguali. L'uguaglianza viene fissata all'individualità e non piú ai ceti e la forma inclusione/esclusione opera in riferimento agli individui e non piú alle famiglie. Inclusione significa che tutti, fra le altre cose, devono poter formare una famiglia, ma anche poter ricevere un'istruzione, partecipare alla politica, agire in giudizio, scambiare la proprietà con il denaro, e non da ultimo, accedere ai ruoli istituzionali connessi a questi àmbiti. A queste condizioni, si può affermare,

[55] Cfr. N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Francoforte 1998, pp. 912-931.

[56] N. Luhmann, *Essays*, cit., p. 107.

[57] N. Luhmann, *Amore come passione*, Roma-Bari 1985, p. 6 s.

che il soggetto diviene un referente esterno per le operazioni sociali, l'eteroreferenza per l'autoreferenza come principio della nuova forma strutturale. Una forma che rinviene i princípi della articolazione interna della società in rilevanze funzionali sociali (autoreferenze) prive di corrispondenze esterne (eteroreferenze): «ed è per questo che l'orientamento incentrato sull'uomo diventa ora un'ideologia, rilevante in vista dei valori cui dovrebbero ispirarsi i processi sociali»[58]. Da questo punto di vista è legittimo parlare di perdita di funzioni della famiglia, proprio in quanto la famiglia non costituisce piú il criterio di attribuzione delle individualità (distinte), e dunque il principio centrale dell'articolazione in sottosistemi della forma strutturale (differenziazione) e della inclusione dei singoli nella società complessiva.

Tutto ciò non implica che la famiglia non abbia una funzione, o che abbia perso rilevanza nella modernità. È proprio l'individualità resa astratta ad attribuire una funzione del tutto peculiare all'inclusione nel sistema sociale «famiglia». Se, infatti, l'inclusione nei sistemi di funzione della società moderna (diritto, politica, educazione, economia ecc.) si «normalizza» come inclusione universale, che, in linea di principio, è possibile per tutti gli individui, ciò implica che l'individualità non viene piú riconosciuta attraverso riferimenti concreti a questi sistemi, diventando, si potrebbe dire, un fenomeno extra-sociale. La famiglia, come sottosistema della società costituito dall'insieme di tutte le famiglie, rappresenta un àmbito speciale della comunicazione in grado di tematizzare questa forma non abituale di individualità[59]. La sua funzione è quella della piena inclusione dell'individuo come persona, il luogo in cui l'astrattezza del riferimento al soggetto trova la concretezza dell'orientamento

[58] N. Luhmann, *Sistemi sociali*, Bologna 1990, p. 324.

[59] Cfr. R. Stichweh, *Systemtheorie der Exklusion. Zum Konflikt von Wohlfahrtsstaatlichkeit und Globalisierung der Funktionssysteme*, in Id., *Die Weltgesellschaft*, Francoforte 2000, pp. 85-102. Ciò non significa che l'esclusione non sia possibile, solo che essa non è piú regolata centralmente, ma «gestita» da criteri specifici per ogni sistema: cfr. N. Luhmann, *Die Gesellschaft*, cit., *passim*.

esclusivo alla singolarità della persona. Solo la famiglia e nessun altro sistema può includere l'intera persona dei partecipanti, nel senso che al suo interno la comunicazione può e deve tematizzare ogni azione ed esperienza dei singoli partecipanti, tutto ciò, si potrebbe dire, che non è potenzialmente rilevante, ma anche ciò che è rilevante in altri contesti, in quanto riguarda i singoli partecipanti.

8. Se è possibile rintracciare una componente stabile delle trasformazioni descritte, si tratterebbe probabilmente dell'«interesse a forme sociali che siano capaci di tenere conto della crescente individualizzazione della persona e del riconoscimento di questa individualità nei contatti sociali»[60]. Con la società moderna, infatti, si perviene ad una differenziazione piú marcata di sistemi personali e sociali, evidente nel fatto che la singola persona non deve appartenere piú esclusivamente ad un singolo sottosistema, e nella possibilità conseguente di incrementare le relazioni impersonali, mentre le relazioni personali si fanno piú profonde.

Cambiamenti strutturali in direzione dell'autonomizzazione funzionale di sfere, che nelle società tradizionali apparivano diffuse e connesse al rango, sostengono la perdita di funzioni della famiglia, rendendo possibile l'istituzionalizzazione dell'amore come fondamento del matrimonio. In questo modo, infatti, il controllo dei matrimoni, operato dai ceti piú elevati, può essere abbandonato, perché la struttura sociale non richiede, e in buona parte non consente piú il ricorso «ai vincoli familiari (creati con il matrimonio) come pilastri di sostegno di funzioni politiche, religiose o economiche», ma lasciano che si connettano in modo del tutto accidentale: per amore, ad esempio[61]. In questo contesto il matrimonio assume rilevanza non piú come perpetuazione o consolidamento delle famiglie (dinastie), ma come rifondazione della famiglia ad ogni generazione. Il fatto che l'amore

[60] N. Luhmann, *Sistemi*, cit., p. 368.

[61] N. Luhmann, *I diritti fondamentali*, cit., p. 147 s.

possa ora diventare il solo fondamento legittimo della scelta del *partner*, fa della «parentela» un disturbo potenziale, non piú un supporto per il matrimonio e la sua condotta. La insicurezza e il rischio connessi alla scelta del *partner* sono tramutati in certezza soggettiva proprio dalla semantica dell'amore romantico, che funge da «sostituto magico della previsione»[62]. Ora la liberazione del matrimonio da costrizioni sociali e familiari diventa evidente anche dalla sostituzione, nel XIX secolo, della dichiarazione di nascita (o dei natali?) a sostegno della dignità del pretendente (innamorato) tipica del XVI secolo, con il proposito matrimoniale. Una spiegazione supplementare dell'amore che non si riferisce piú al passato (famiglia di origine), ma al futuro (il nuovo nucleo familiare), insieme al collegamento con la sessualità e la procreazione, la felicità individuale e la riproduzione dell'umanità che col tempo corrode la semantica dell'amore romantico come elemento irrazionale, come minaccia alla stabilità e all'ordine, rendendolo conciliabile con il matrimonio e assicurando, in questo modo la combinazione di ordine (famiglia) e libertà (scelta del *partner*)[63].

Tutto ciò se non era sufficiente a garantire l'unità di matrimonio e amore nel tempo, né a spiegare i matrimoni infelici, consente tuttavia una istituzionalizzazione dell'amore che neutralizza la rappresentazione dell'amore romantico, anche a fronte di una diminuita resistenza di fattori religiosi, morali, giuridici e politici, che si traduce, tra l'altro, in una crescente tolleranza per i rapporti sessuali prematrimoniali e in una maggiore accettabilità sociale del divorzio e nel livellamento delle differenze dei ruoli sessuali[64]. L'intimità si basa ormai su una crescente differenziazione tra rapporti personali e impersonali che sono indipendenti dalla stratificazione e, sempre piú plausibilmente, basati sulla uguaglianza dei sessi. Il mutamento della struttura sociale è presupposto e conseguenza di questa autonomizzazione

[62] N. LUHMANN, *Amore*, cit., p. 177.
[63] Cfr. N. LUHMANN, *o.u.c.*, pp. 178-181.
[64] Cfr. N. LUHMANN, *o.u.c.*, pp. 183 s.

di rapporti intimi che pone il problema della loro stabilità su presupposti che non possono essere rinvenuti all'esterno, ma riposano solo su risorse personali che devono essere poste in relazione con l'altro. Non ci sono piú, e si tratta di una acquisizione moderna, garanzie esterne che assicurino il consenso, l'accordo reciproco, la stabilità e la soluzione del conflitto, al di fuori della comunicazione personale: può bastare solo l'amore?

Una risposta a questa domanda può essere tentata separando il problema della differenziazione sociale dei rapporti intimi dalla questione del matrimonio. Questa separazione, come abbiamo visto in precedenza, non è una operazione priva di riscontri con le dinamiche sociali. Volendo distinguere e correlare l'evoluzione della struttura sociale e l'evoluzione semantica, si può osservare come «la semantica dell'amore (...) ha accompagnato la differenziazione dei rapporti intimi, dapprima piuttosto contro il matrimonio come istituzione sociale, successivamente per quanto riguarda il matrimonio come fondazione propria di coloro che si amano»[65]. Attualmente, è proprio questo legame dell'amore con il matrimonio che appare in crisi. Qui tentiamo di chiarire la rilevanza della differenziazione sociale dell'amore come *medium* della comunicazione e del suo rapporto con un àmbito della comunicazione, che comprende anche la famiglia fondata sul matrimonio, ma non si esaurisce con essa, riferendoci a tutti i legami affettivi intimi. Adottando una prospettiva orientata alla teoria funzional-strutturale dei sistemi sociali, infatti, la funzione della famiglia nella società moderna e contemporanea riguarda il sistema di tutte le relazioni intime (*Intimbeziehungen*), poiché fondamentale per la differenziazione di quel sistema è l'orientamento al *medium* dell'amore. Un tale sistema si differenzia nell'àmbito di trasformazioni strutturali che abbiamo sinteticamente riportato che producono complessivamente un cambiamento della forma di differenziazione della società. Indipendenza ed autonomia delle relazioni personali

[65] N. LUHMANN, *o.u.c.*, p. 190.

sono presupposto e conseguenza, in un rapporto circolare che esclude nessi di causalità lineare, di ulteriori differenziazioni, di un nuovo principio di inclusione che, con la celebrazione della figura del soggetto, si orienta agli individui, astrattamente considerati perché uguali, e non piú alle famiglie ed alla loro strutturazione gerarchica. L'individualità degli individui e la frantumazione della razionalità universale in distinte razionalità sistemiche disaccoppia nascita e collocazione sociale, famiglia e percorsi professionali, carriera e legami di parentela (almeno in linea di principio), incrementa, differenzia e separa le inclusioni ed i ruoli, i rapporti personali e i rapporti impersonali e, nel tempo, indebolisce la necessità del matrimonio per l'amore. L'amore è un *medium* simbolicamente generalizzato[66] disponibile per tutta la comunicazione affettiva intima, non solo all'interno del matrimonio. La sua particolarità è proprio quella di offrire *chance* di successo ad una comunicazione di per sé altamente improbabile e di consentire l'autonomia funzionale di un sistema che include tutta la persona (*Vollinklusion*) dei partecipanti, la comunicazione di tutto ciò che è personale, ogni azione ed esperienza interiore. Ciò è dato, al contempo, come possibilità e come «dovere», indipendentemente dall'esistenza di obblighi giuridici, ma proprio in virtú dell'orientamento all'amore come codice comunicativo. È quest'ultimo ad essere decisivo per la chiusura funzionale del sistema e non il matrimonio, e un sistema siffatto comprenderà tutte le relazioni affettive intime. Anche se non tutta la comunicazione familiare è comunicazione intima, e quindi non tutta la comunicazione che si svolge in famiglia è codificata dall'amore, però solo la famiglia e nessun altro sistema può includere la persona. In questo modo il sistema famiglia tratta come normale un comportamento comunicativo deviante rispetto agli altri sistemi, tracciando i confini tra comunicazione intima e comunicazione non intima[67].

D'altra parte è evidente che la piena inclusione della persona costituisce un potenziale fattore di conflitto e che l'amore non garantisce la comprensione reciproca. Anche perciò si preferisce parlare di quel particolare tipo di inclusione come funzione della famiglia ed è necessario distinguere tra essere innamorati e formare una famiglia, ma non altrettanto necessario trattare la differenza tra matrimonio e convivenza. Come è evidente che si diventi dipendenti da queste forme della comunicazione e che l'evitamento richieda una giustificazione. L'inclusione della persona, come inclusione nel sistema sociale, inoltre, non può sostituire le inclusioni negli altri sistemi di funzione, né l'orientamento al codice comunicativo dell'amore può costituire il presupposto per ulteriori inclusioni. Questo è abbastanza evidente se solo si pensa alla natura del tutto particolare della comunicazione affettiva intima. Dal punto di vista del funzionamento dei codici ciò si spiega con il fatto che, un sistema che prevede una molteplicità di codici distinti, ciascuno con una competenza universale e, allo stesso tempo, con una forma molto specifica, può funzionare solo se nei codici binari di tutti i sistemi di funzione sono incorporati meccanismi di blocco (*Sperr*) i quali devono assicurare che le distinzioni siano prodotte solo secondo punti di vista propri dei sistemi di funzione[68]. Con questa caratteristica, la società rinuncia «alle tradizionali protezioni multiple, alle istituzioni multifunzionali, come per esempio la famiglia, che con le sue reti di parentela era responsabile di ogni aspetto della vita del singolo»[69]. La individualizzazione delle relazioni intime e l'indipendenza reciproca delle inclusioni rende meno drammatico rinunciare ad alcune inclusioni e, in particolare alla famiglia ed alla intimità, perché comunque questa non ha conseguenze sulle altre inclusioni e perché, inoltre, dal punto di vista individuale, si può non avere fiducia nell'adeguatezza di questa istituzione nell'àmbito dell'economia complessiva di una condotta di vita in-

[66] Cfr. N. Luhmann, *Die Gesellschaft*, cit., pp. 344-347.
[67] Cfr. N. Luhmann, *Sozialsystem Familie*, cit., pp. 189-206.

[68] R. Stichweh, *o.c.*, p. 90.
[69] N. Luhmann, *Sociologia del rischio*, Milano 1996, p. 96.

dividuale[70]. Non solo per questo aspetto si può affermare che nella società moderna l'esclusione è molto piú integrata dell'inclusione, cosí come, con l'universalizzazione e la specificazione delle codificazioni, la società moderna «incoraggia l'assunzione di rischi all'interno dei sistemi di funzione. Essa abbatte allo stesso tempo le sicurezze, che prima stavano soprattutto nelle famiglie e quindi nelle strutture della stratificazione, e ne lascia le conseguenze ad un'evoluzione che non può essere controllata centralmente»[71].

9. Il riferimento alla famiglia è tale da giustificare atteggiamenti fortemente antitetici con le stesse motivazioni, come dimostra l'attuale dibattito sulle famiglia di fatto e sull'ammissibilità dei matrimoni omosessuali. In precedenza ci si era riferiti alla opportunità di verificare quanto la legislazione relativa alla famiglia fosse stata in grado di tener conto della diffusione di forme alternative alla famiglia tradizionale e della molteplicità delle situazioni di fatto. Se, cioè il diritto avesse accolto princípi alternativi rispetto a quelli dai quali traeva ispirazione il vecchio modello istituzionalizzato della famiglia. Finora sembra che questo non sia avvenuto. Questa scelta, tuttavia, ha configurato l'intera disciplina in modo piú elastico e flessibile, senza proporre un modello alternativo chiaramente delineato, ma suscettibile di adattamento alla molteplicità delle forme dei comportamenti concreti. Tutto ciò non solo non si è risolto in un aumento della nuzialità per le coppie eterosessuali, ma ha visto crescere le richieste di un riconoscimento giuridico per le coppie omosessuali e, corrispondentemente, anche le opposizioni a questo riconoscimento. Privatizzazione e deistituzionalizzazione dei rapporti di coppia da un lato e richieste di riconoscimento giuridico dall'altro rendono evidente la complessità delle relazioni tra diritto e società e la difficoltà di ricomprenderle in schemi causalistici e lineari. In che modo il diritto è in grado

[70] R. Stichweh, *o.l.c.*
[71] N. Luhmann, *o.u.c.*, p. 97.

di rispondere a trasformazioni strutturali? Basta una trasformazione parziale del diritto di famiglia per dar conto di situazioni di fatto molteplici che cambiano radicalmente la rappresentazione sociale dell'intimità? In ultimo, è possibile superare un blocco apparentemente etico, in realtà politico, in relazione al riconoscimento giuridico di situazioni che rifiutano la convenzionalità della famiglia tradizionale, eppure rivendicano riconoscimento, insieme giuridico e sociale? Si tratta evidentemente di domande complesse, a cui si può qui rispondere solo in forma abbreviata, proponendo una connessione tra processi sociali in atto e lentezza della comunicazione politica e giuridica in vista del loro riconoscimento. Con una premessa: il sistema del diritto non descrive il mondo nella sua interezza. Esso distingue il mondo, attraverso il suo codice, tra ciò che è conforme e ciò che è contrario all'ordinamento, ma non può attribuire il carattere dell'irrilevanza giuridica a tutto ciò che non è espressamente previsto[72]. È forse sulla base di queste esclusioni che può prendere forma una rappresentazione coerente del rapporto tra diritto e società.

Come si è visto il passaggio da forme sociali premoderne alla modernità può essere colto anche in relazione alla trasformazione dell'affettività, delle forme della sua articolazione sociale, come del loro riconoscimento giuridico. Per la famiglia, come per altri ambiti della struttura sociale, è possibile individuare differenze nella sua posizione strutturale tra società moderna e contemporanea e società premoderne. Con il passaggio alla modernità, si può parlare, fra l'altro, di una perdita di funzioni rispetto a formazioni sociali premoderne in cui la famiglia era fortemente integrata. Una perdita di funzioni sempre piú accentuata, cui si affianca evidentemente, la diffusione di modelli familiari alternativi alla famiglia tradizionale basata sul matrimonio. Constatare la integrazione e la irrinunciabilità del-

[72] Sul punto v. le ampie riflessioni di P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli 2006, p. 600 ss.

l'istituzione familiare per le strutture sociali premoderne da un lato, la perdita di funzioni della famiglia moderna e la diffusione di modelli alternativi dall'altro, rende plausibile interrogarsi sulla importanza della famiglia per la struttura sociale moderna. Naturalmente, è sempre possibile sostenere che nel corso delle sue trasformazioni la famiglia abbia «ritrovato la sua funzione piú propria che consiste, oltre che nella procreazione, nella formazione della personalità socio-culturale in un gruppo ristretto», una funzione che le deriva «dal fatto di essere un gruppo di persone intimamente legate fra loro, che forma profondamente la personalità umana. Il suo carattere piú rilevante è l'intimità dei membri»[73]; ed è proprio questo carattere che ci interessa analizzare.

In relazione al matrimonio, se teniamo conto della funzione della famiglia cosí articolata, possiamo distinguere due differenti questioni: la prima è la constatazione che il matrimonio, o meglio il riconoscimento giuridico del rapporto di coppia, non è indispensabile per l'attribuzione della funzione sociale della famiglia nella società moderna (e contemporanea), in quanto la funzione in base alla quale si è differenziato un àmbito corrispondente è propria di ogni relazione intima; la seconda questione riguarda la richiesta del riconoscimento giuridico per i matrimoni omosessuali.

Le due questioni possono essere trattate in relazione al problema dell'integrazione, o se si vuole, possono essere viste nella forma inclusione/esclusione. La nostra ipotesi è che, contrariamente a quanto avveniva nelle società gerarchizzate, dove l'appartenenza familiare era in grado di determinare la posizione sociale, l'inclusione nella società moderna, vale a dire la possibilità per i singoli (soggetti, individui, persone) di accedere a contesti di azione cui il riconoscimento giuridico attribuisce la forma di diritti (alla partecipazione politica, all'educazione, all'attività economica, ecc.) non presuppone l'appartenenza ad una

[73] Oltre a costituire «il primo gruppo con cui l'uomo viene a contatto nel corso della vita»: R. KÖNIG, *Famiglia*, cit., p. 146.

famiglia. Questa appartenenza, in altre parole, non costituisce il requisito per altre appartenenze e per l'attribuzione di ruoli lavorativi, professionali ecc. In altri termini, si può essere pienamente inclusi nella società moderna, cioè poter partecipare o ricorrere ai contesti organizzativi in cui si articolano gli ambiti della politica, del diritto, dell'economia, dell'educazione ecc., anche senza formare una famiglia. E questo è possibile perché, da una parte, come abbiamo visto, le funzioni tradizionalmente assegnate alla famiglia non le appartengono piú. Anzi, la sua funzione «sociale» nella modernità diventa possibile solo a patto che la famiglia non rappresenti piú, come nel passato, una istituzione multifunzionale, e dunque non sia piú collegata strettamente, ad esempio, all'esercizio del potere ed alle relazioni economiche.

Il modello tipico della modernità industriale (alcuni direbbero fordista) è rintracciabile, come già accennato, in Talcott Parsons. Parsons aveva proposto una concezione della famiglia come luogo dell'affettività e della socializzazione, in cui il *pater familias* come *male bread-winner* era in grado di trasmettere, grazie alla sua sola appartenenza, la posizione sociale agli altri membri. In una società caratterizzata da un sistema di classi aperte, in cui la mobilità sociale non è preclusa a nessuno, è infatti il ruolo occupazionale del padre che determina la complessiva collocazione sociale dei membri, cosí che, per Parsons, essa «piuttosto che l'individuo, costituisce sotto certi aspetti l'unità di mobilità»[74]. Nel modello parsonsiano, sebbene la vecchie multifunzionalità vengano ormai superate, la famiglia sembra in grado di dare supporto all'identità dei suoi membri, sia nel senso che al suo interno si attivano processi di socializzazione e di supporto reciproco, sia nel senso che il ruolo familiare non è socialmente indifferente (nel senso che essere padri o madri influisce sulla considerazione sociale). I sociologi che a Parsons hanno fatto riferimento piú o meno esplicito, hanno

[74] T. PARSONS, *Il sistema*, cit., p. 197.

messo in evidenza come il ruolo occupazionale (legato alla professione) e quello familiare costituiscono fulcri di orientamento nell'attribuzione delle identità sociali[75].

La società contemporanea sembra dissolvere entrambi i riferimenti stabili: da un lato, il ruolo occupazionale viene precarizzato, e non sembra piú in grado di garantire «biografie normali»; contemporaneamente, la famiglia fa sempre piú riferimento a scelte individuali differibili, revocabili, o evitabili. In conseguenza, alla famiglia compete ormai un àmbito (privato) che è reso possibile dalla piena istituzionalizzazione dell'amore nella società, che diventa, in primo luogo fondamento del matrimonio. L'amore non è piú percepito come elemento di instabilità e disordine, ma è pienamente istituzionalizzato a livello sociale. Il che libera la scelta del *partner* da altri fattori, che possono comunque pesare, ma non sono piú indispensabili.

La libertà di scelta dei *partner* della comunicazione, poiché di questo si tratta, la disponibilità e mobilità dei contatti sociali, quando si orienta all'amore riguarda un àmbito particolare della comunicazione, la sfera della comunicazione intima. L'intimità, il luogo dell'affettività, dove ciò che è «personale» può (e deve) diventare tema della comunicazione. In questo modo, la funzione sociale non può piú essere intesa solo in relazione alla famiglia, ma è propria di tutte le relazioni intime. Cosí, se è l'amore a caratterizzare ed orientare questo àmbito, tutte le forme piú o meno stabili di relazioni intime hanno la stessa valenza sociale, indipendentemente dal loro riconoscimento giuridico. Il matrimonio, ormai non è richiesto.

Diversa rilevanza ha invece il riconoscimento dell'amore come fondamento del matrimonio, e la mancanza di un diritto fondamentale al matrimonio d'amore, se si guarda alla questione dei matrimoni omosessuali. Avevamo già posto in risalto come, nel corso della storia, la famiglia fosse prima scomparsa dal diritto pubblico, e poi riconosciuta nelle costituzioni moderne,

[75] Cfr. R. MERTON, *The Role Set: Problems in Sociological Theory*, in *British Journal of Sociology*, 1957, 8, p. 113.

senza che il matrimonio d'amore abbia trovato una formulazione esplicita come diritto fondamentale in considerazione della sua funzione sociale e, forse, per rafforzare in questo modo l'importanza della libertà di scelta dei singoli[76]. Anche se, da un punto di vista funzionale, finora questa mancanza non sembra aver costituito un problema: l'istituzionalizzazione dell'amore come fondamento del matrimonio e la regolazione giuridica del matrimonio e della famiglia delle codificazioni moderne hanno avuto la funzione, perfezionata nel corso del tempo, di tutelare un àmbito sovraindividuale come sfera di rapporti autonomi rispetto ad altri àmbiti di articolazione della struttura sociale moderna.

Il problema di un diritto al matrimonio d'amore emerge solo di recente, in primo luogo, perché storicamente non vi è stato un riconoscimento giuridico della possibilità di contrarre matrimonio tra individui dello stesso sesso analogamente a quanto è avvenuto per le coppie eterosessuali. Se è una conquista moderna, come è in effetti, la possibilità di contrarre matrimonio come esercizio di una libera scelta individuale (di due individui) che può essere (anche) giustificata solo in base al legame affettivo, allora le richieste avanzate in questo senso dai movimenti omosessuali si pongono in controtendenza rispetto al diminuito interesse delle coppie etero verso la giuridificazione dell'affettività in quanto quella possibilità è a loro da sempre preclusa. Come sono precluse le conseguenze legate anche al riconoscimento sociale dell'unione e le possibilità di essere riconosciuti giuridicamente come coniugi. Posto che il riferimento all'affettività non potrebbe porre sensatamente una differenza rilevante in relazione al genere dei *partner*, qui diventano in-

[76] Non si tratta di una provocazione: se si tiene presente la rilevanza sociale di quella acquisizione, largamente riconosciuta anche nel suo trattamento giuridico e, rileva LUHMANN, paragonabile nei suoi effetti all'affermazione del mercato, il mancato riconoscimento nelle costituzioni di un diritto fondamentale corrispondente sembra potersi spiegare solo in relazione al fatto che «l'interesse ad intromettersi nella celebrazione dei matrimoni è piú basso che per le decisioni economiche»: N. LUHMANN, *I diritti*, cit., p. 148.

vece rilevanti le possibilità di altre inclusioni proprio in quanto, potremmo dire, l'astrattezza del soggetto non funziona, non garantisce l'inclusione.

10. La società moderna inaugura l'idea secondo la quale il soggetto sia la base dell'ordine sociale. Le sue scelte, giustificate dalla ragione, sembrano responsabili del complessivo ordine del mondo. Il diritto configura l'individuo razionale come soggetto giuridico, dotato di libertà d'azione e di capacità giuridica. Si tratta di un soggetto astratto, de-qualificato socialmente, nel senso che il diritto elimina le *scorie irrazionali del sociale*, dunque le differenze, configurando il soggetto sulla base di un'uguaglianza solo formale. Se lo stesso ordine sociale trova nel soggetto razionale del diritto la sua base di legittimazione, a maggior ragione la sfera privata, l'ordine che al suo interno si costituisce, viene demandata ai singoli e alle loro scelte. Il modello di regolazione della famiglia sottrae questa sfera alla necessità di tutela nei confronti dello Stato, perché è realizzato *sul* modello dello Stato: ordine pubblico e ordine privato si sovrappongono. Nell'assetto capitalistico, i diritti dei singoli componenti devono convivere con la dipendenza economica dal capo-famiglia, l'unico uomo economico razionale, funzionale alla rappresentazione della società, ormai separata dallo Stato. Si garantisce la possibilità di scelta del matrimonio, libera e autonoma da parte dei contraenti, si stabilisce la naturalità del potere patriarcale, ma non i contenuti della relazione. Non c'è bisogno di garantire costituzionalmente il diritto ad una vita privata affettivamente gratificante nel senso che si demanda al soggetto la scelta razionale di realizzare la propria biografia stabile anche come realizzazione di un percorso biografico che per l'adulto prefigura la formazione di un'unità familiare. La sola famiglia ammessa è quella tradizionale, al cui interno la sessualità appare regolata, anche sulla base della subordinazione femminile. La sfera del matrimonio appare cosí omologa alla società: c'è una autorità (quella del *pater familias*) cosí come ruoli distinti per genere.

Nei modelli familiari piú recenti è possibile individuare un passaggio verso una marcata democratizzazione dei rapporti. Nell'adeguarsi alla previsione costituzionale ed al mutamento dei costumi e degli stili di vita, il diritto di famiglia riformato in Italia nel 1975 presenta una struttura fortemente innovativa per quegli anni, che riconosce la parità dei coniugi e la sostanziale de-gerarchizzazione delle relazioni. Si rende manifesta in questo modo una trasformazione della funzione che al matrimonio e alla famiglia attribuivano i sociologi alla Parsons. La famiglia non funge piú solo da strumento di socializzazione primaria e da sostegno del soggetto. Diventa l'àmbito di sviluppo e di consolidamento delle relazioni intime. Ciò implica una anarchia di fondo che dipende dal fatto che le relazioni intime, basandosi sul sentimento, sono per l'appunto anarchiche, transitorie. Manca la base stabile del patriarcato. Mancano ruoli di genere ben definiti. Manca la volontà di procreare, di trasmettere nome e patrimonio alle future generazioni. O meglio, tutto questo può esserci, ma può anche non esserci. Cessa l'omologia tra relazioni familiari e forma del potere dello Stato. È forse per questo che da piú parti si richiedono processi di giuridificazione, di tutela giuridica delle scelte individuali, di legittimazione degli stili di vita. L'innovatività della riforma sembra tuttavia arrestarsi nell'interpretazione dell'art. 29 della Costituzione che vede la famiglia fondata sul matrimonio come l'unico modello «naturale», in quanto pone un problema di legittimazione dei modelli di famiglia alternativi che si sono affermati negli ultimi anni: la naturalità è carattere che nega il dato storico-culturale della nascita e dell'affermazione di quel modello. Se il riconoscimento dei diritti della famiglia è funzionale alla sua tutela come entità autonoma, dove l'omologia con la sfera statuale si rinviene nella democratizzazione dei rapporti, la qualifica di società naturale per la sola famiglia fondata sul matrimonio finisce per sancire l'indifferenza della sfera privata rispetto alla società civile e la sua subordinazione alla sfera pubblica. Contro questa interpretazione, si è ormai fatta strada una concezione che non considera la famiglia come istituzione por-

tatrice di interessi sovraordinati rispetto a quelli dei singoli. La famiglia ha rilievo, anche giuridico, se e in quanto le riesce di sviluppare la personalità dei soggetti coinvolti, nel rispetto di valori costituzionali legati all'uguaglianza, alla democrazia, alle libertà soggettive[77]. In questo senso, la famiglia si presenta come necessariamente omologa al contesto ideologico della società contemporanea, nel senso che i rapporti familiari «non si possono sottrarre – *data l'unitarietà dell'ordinamento* (corsivo mio) – ad un giudizio di meritevolezza, ad un confronto con i valori fondamentali del sistema giuridico vigente, con il suo ordine pubblico»[78]. Il che implica un controllo piú articolato dello Stato all'interno della famiglia, in quanto si prevede che l'intervento istituzionale si verifichi ogniqualvolta le relazioni familiari contraddicano princípi costituzionali relativi ai diritti individuali e alle libertà soggettive. L'intervento pubblico è dunque legittimato se e in quanto finalizzato al valore ineliminabile della dignità dell'uomo. In questo modello, il soggetto ha diritti che gli derivano dalla sua soggettività, ma che possono essere esercitati in quanto membro di una famiglia. Si tratta di un modello che, dal punto di vista sociologico, rimodula lo schema struttural-funzionalista, rafforzandone l'elemento egualitario.

Questo modello è in grado di prospettare una soluzione alla questione della regolazione delle relazioni familiari non basate sul matrimonio. Nel senso che, nel rispetto dei valori summenzionati, non ne decreta l'irrilevanza giuridica, ma riconoscendone la peculiarità rispetto alla famiglia basata sul matrimonio, dà rilievo alle motivazioni di quella scelta. Si riconosce la libera scelta come autonomia, nel rispetto dei valori dell'ordinamento, dove invece l'affermazione di una sua irrilevanza giuridica finirebbe per elevare a dogma l'esclusività della famiglia fondata sul matrimonio. Allo stesso tempo, è possibile, sulla base della rilevanza non esclusiva di quest'ultimo modello, riconoscere il valore del matrimonio, differenziando questa scelta

[77] Cfr. V. Pocar, e P. Ronfani, *La famiglia*, cit., pp. 33, 34 e 35.
[78] Cfr. P. Perlingieri, *La persona e i suoi diritti*, Napoli 2005, pp. 369-375.

da altre che ne prescindono: senza escludere a priori scelte, che manifestano comunque una volontà di sottrarsi alla istituzionalizzazione, come giuridicamente irrilevanti, ma graduandone la rilevanza e, dunque, l'inclusione. Una inclusione che sembrerebbe prospettabile anche per le convivenze omosessuali, alle quali, comunque, andrebbero riconosciuti contenuto e funzioni atipiche[79].

Diversa è la questione, ancóra piú radicale, della richiesta di riconoscimento giuridico del matrimonio omosessuale.

Una recente pronuncia della Corte Suprema della California ha abolito una legge referendaria che vietava i matrimoni omosessuali, riconoscendone la incostituzionalità. La motivazione si basa sulla considerazione che, da un lato le unioni civili non siano sostituti accettabili per il matrimonio, dall'altro che non si può sostenere l'interesse dello Stato al mantenimento della definizione tradizionale del matrimonio. La legalizzazione del matrimonio omosessuale riapre la questione relativa al riconoscimento del matrimonio come diritto civile (fondamentale, umano, universale). Se si guarda alla evoluzione storica di quel nucleo di diritti, sostanzialmente soggettivi, la considerazione della famiglia come soggetto di diritti sociali è espressione di un nuovo rapporto tra Stato e società, oltre ad indicare, piú in generale, una trasformazione della società. Tuttavia, i diritti sociali della famiglia non si riferiscono al suo momento fondativo, ma all'unione già in essere. Essi sono una diretta espressione dello sviluppo sociale e la loro crescita un indicatore della rapidità delle trasformazioni della società, al pari della specificazione dell'individuo non piú considerato come soggetto di diritti generale ed astratto, ma biologicamente e socialmente connotato.

Se si osserva la famiglia in relazione al suo momento costitutivo ci si accorge che in luoghi e in epoche differenti, si assiste ad un processo di generalizzazione del diritto e del sog-

[79] Cfr. P. Perlingieri, *o.u.c.*, pp. 483-498.

getto giuridico anche in relazione al matrimonio. Le differenze di genere diventano sempre piú le uniche differenze naturali ammesse come base dell'unione. L'elemento regolativo ha a che fare con la distinzione di genere tra maschio e femmina e con l'atto che sancisce legalmente l'unione, si tratta dunque di regolazioni esterne al matrimonio, in quanto ne sono alla base. C'è in realtà anche una forma di regolazione in tema di diritto successorio, ma questo attiene alla coppia solo nella prospettiva della sua dissoluzione. C'è anche una regolazione della separazione e, dove esiste come istituto giuridico, del divorzio, ma anche questo attiene alla regolazione della dissoluzione della coppia[80]. Qui il diritto sembra intervenire quando cause naturali o relazionali impediscono alla coppia l'auto-realizzazione della razionalità insita nell'unione[81]. Lo spazio familiare va regolato solo come adeguamento giuridico alle differenze rilevanti che appaiono insieme naturali e razionali. È possibile, in un'epoca relativamente recente, per esempio in America, consentire giuridicamente matrimoni misti. Si configura cosí un diritto radicale alla scelta: differenze naturali, etniche e religiose sono irrilevanti, dunque ammesse come base dell'unione. A questa generalizzazione del soggetto corrisponde un processo di rimaterializzazione del diritto e dei soggetti, nel senso che il diritto deve inserire nelle sue formulazioni delle specificazioni legate alle scelte individuali ed agli *status* (convivenze al di fuori del matrimonio, unioni civili, patti di convivenza, matrimoni tra persone dello stesso sesso). È solo a queste condizioni che si

[80] Sulla capacità di intervento del diritto sulle dinamiche relazionali della coppia, legate alla dissoluzione del rapporto, alle sue patologie, sembra illuminante anche qui ciò che PERLINGIERI rilevava a proposito della tutela dei diritti del minore, relativamente alla formazione ed alla sensibilità dei giudici minorili, spesso provenienti dalle sezioni penali e fallimentari: «il fallimento della famiglia è ben altra cosa»; oppure, con una rilevanza ancóra piú estesa, in relazione agli avvocati: «l'avvocato della famiglia è il divorzista, il separazionista, quello che vive sul fallimento della famiglia, sul momento patologico della famiglia»: *o.u.c.*, p. 304.

[81] «Tutte le famiglie felici si assomigliano fra loro, ogni famiglia infelice è infelice a suo modo»: L. TOLSTOJ, *Anna Karenina*.

può immaginare un processo di costituzionalizzazione di un diritto alla scelta di relazioni intime, in coincidenza con una iperindividualizzazione dei soggetti e alla richiesta che le scelte individuali ricevano garanzie di tipo giuridico. Generalizzazione e rimaterializzazione del diritto potrebbero apparire processi in contraddizione, nel senso che, nell'ipotesi di un riconoscimento costituzionale della libertà di scelta i soggetti che ad essa fanno riferimento sono privi di connotazioni (biologiche, etniche, culturali). In realtà, soprattutto nel dibattito italiano intorno ad ipotesi di riconoscimento delle c.d. unioni civili, permangono le distinzioni, che si fondano sul valore (reale o fittizio) riconosciuto alla famiglia tradizionale, e dunque un riconoscimento surrogato (anche a livello normativo) di forme alternative al modello. Tant'è che il dettato costituzionale e le dichiarazioni dei diritti reputano superfluo indicare la clausola della differenza di genere come base del matrimonio, cosí come le formulazioni della Chiesa sul riconoscimento dei diritti umani non fanno riferimento al matrimonio come base dell'unione familiare: essi sono, per cosí dire, dati culturalmente presupposti. Che la sociologia abbia mostrato che esistono, e assumono sempre maggiore rilevanza, modelli alternativi alla famiglia tradizionale non è ovviamente una buona ragione perché il diritto si uniformi ai fatti. Ma ciò non è nemmeno una buona ragione per considerare questa mancata uniformità una dimostrazione della naturalità ed eticità delle unioni tradizionali. Un diritto generalizzato al matrimonio d'amore smantella vecchie certezze e pregiudica equilibri politici e convinzioni etiche. La sua possibile formulazione, e il suo riconoscimento in altri luoghi, dimostra però che i modelli del nostro ragionamento, insieme politico e giuridico, non sono fondati né sulla naturalità del matrimonio tradizionale, né sulla irrazionalità di forme ad esso alternative.