

RIFLESSIONI SULLO STATO ATTUALE
DEL DIRITTO DI FAMIGLIA IN GRECIA

di

Georgios Dascarolis

e

Johannes Strangas

Professore emerito dell' Università
Democritea di Tracia

Professore ordinario dell' Università
Panteion di Atene

I.

La prima componente del titolo della presente Relazione –vale a dire l'espressione «Riflessioni»– accenna che la presentazione ossia l' analisi dello stato attuale del Diritto di Famiglia in Grecia, argomento della presente Relazione, non viene fatta prevalentemente da un angolo che viene designato –secondo una diffusa terminologia¹– come quello della dogmatica giuridica, bensì attraverso un' approccio multipolare –e segnatamente da un punto di vista giusfilosofico, sociologico e antropologico (nel senso kantiano²)–, il quale cerca di mettere in rilievo (con la brevità che impone il limite di tempo, a cui è sottomessa la presente Relazione) la fisionomia particolare e la problematica speciale del Diritto di Famiglia ellenico. Il che risponde, a nostro avviso, in modo

¹ Il termine «dogmatica giuridica» viene impiegato per designare l'occuparsi del diritto vigente di volta in volta *hinc et nunc* (venendo analizzato *de lege lata*) e quindi in opposizione, da un lato, alla «politica giuridica» (in quanto occuparsi del detto diritto *de lege ferenda*) e, dall' altro lato, alla filosofia del diritto (in quanto occuparsi delle condizioni di possibilità della correttezza giuridica). V. STRANGAS *Kritik der kantischen Rechtsphilosophie*, 1988 p. 534/535 –ove vengono avanzati anzi dubbi (nella nota 18) a proposito della compatibilità del termine in questione con la natura della scienza del diritto.– Sulle diverse teorie relative alla funzione della scienza giuridica dogmatica v., per tutti, W. KRAWIETZ *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis*, 1978 p. 220 e s. (e segnatamente anche la nota 142).

² Si intende qui l' «Anthropologie in pragmatischer Hinsicht», 1798¹, 1800².

piu adeguato al tema generale del Simposio Europeo in questione («La famiglia in Europa»), il cui sottotitolo («Fondamenti - Esperienze - Prospettive») esprime in maniera incontestabile l'orientamento verso una trattazione multipolare della famiglia, e quindi anche come oggetto del Diritto di Famiglia.

L'approccio giusfilosofico mira a segnalare e superare le controversie riguardo alle condizioni di possibilità della retta conoscenza dei principi giuridici fondamentali, relativi alla famiglia e alle altre forme eventualmente concepibili di convivenza che sta in rapporto con la procreazione ossia con la possibilità di essa, come pure mira a dedurre, a partire dai detti principi giuridici fondamentali, doveri e diritti soggettivi rispettivi. Ora, dalla natura di dette condizioni di possibilità in quanto contenuto di conoscenza *a priori* pura³ consegue che sul piano di esse non vi è, in linea di principio, questione di differenziazione tra diversi paesi ossia popoli (salvo –se mai– rispetto al quesito relativo all'allinearsi o non del Diritto di Famiglia dell'uno o dell'altro paese al contenuto di dette condizioni di possibilità).

Questione di tale differenziazione vi è invece sul piano dell'approccio antropologico, il quale mira precisamente a mettere in rilievo il rapporto di dipendenza dell'eventuale peculiarità di qualche regolamentazione nazionale del Diritto di Famiglia con il particolare carattere (etico) –conosciuto o conoscibile– del popolo ossia della nazione di cui si tratta di volta in volta⁴.

Ed infine, l'approccio sociologico⁵ –pur tenendo conto anche dei risultati dell'approccio giusfilosofico e di quello antropologico– mira ad accertare fattori sociali che agiscono sull'emanazione ossia sull'applicazione delle

³ A proposito della conoscenza filosofica in quanto conoscenza *a priori* pura v., per tutti, J. STRANGAS, Φιλοσοφία τοῦ Δικαίου, Τόμος 1, 1999 p. 15 e s., 23 *passim*.

⁴ Per la nozione del carattere di un popolo ossia di una nazione v., per tutti, KANT, Anthropologie in pragmatischer Hinsicht² p. 295 e s..

⁵ Si intende qui soprattutto l'indirizzo positivistico della Sociologia.

regolamentazioni del Diritto di Famiglia, come pure a valutare gli effetti che comportano eventualmente le disposizioni vigenti del Diritto di Famiglia sulla conformazione della vita sociale (e segnatamente di quella che si connette con la famiglia e con le altre forme eventualmente concepibili di convivenza che stanno in rapporto con la procreazione ossia con la possibilità di essa).

Dato tuttavia che i tre modi di approccio (giusfilosofico, antropologico e sociologico) costituiscono in ultima analisi riflessioni a proposito delle regolamentazioni legislative –istituite ossia istituibili– del Diritto di Famiglia e che noi siamo chiamati ad esporre in particolare le regolamentazioni del Diritto di Famiglia ellenico vigenti, quali vengono osservate, daremo dapprima brevemente uno sguardo sulle modificazioni legislative operate nell' ambito del Diritto di Famiglia in Grecia.

II.

Dopo la rivoluzione greca contro il giogo turco e in particolare dopo la fondazione del nuovo Stato ellenico si è inevitabilmente posto il problema delle disposizioni applicabili su litigi civili. Ora, valutando anche il desiderio, espresso dal clero, di una continuità spirituale rispetto all' Impero bizantino, la reggenza bavarese –che esercitava i poteri e doveri del re Ottone fino alla sua maggiore età– ha emanato il Decreto Reale del 23 Febbraio/7 Marzo 1835, in virtù del quale fino alla promulgazione di un Codice Civile sarebbero valse «le leggi dei nostri imperatori bizantini, le quali sono contenute nell' Exabiblos di Armenopoulos». L' «Exabiblos» o «Procheiron» è l'opera di Constantinos Armenopoulos, che è vissuto nel XIV secolo a Salonico ed è stato «custode delle leggi» e «giusdicente»; redatta nell' anno 1345, l' Exabiblos contiene un

riassunto dei Basilica (legislazione di Leone il Saggio) e costituisce una delle principali codificazioni greche del periodo della dominazione turca⁶.

Con la formulazione citata del Decreto Reale del 23 Febbraio/7 Marzo 1835 veniva soddisfatta una delle due occorrenze, che doveva soddisfare la nuova legislazione civile da emettere nel nuovo Stato appena costituito –vale a dire la (predetta) occorrenza della la continuità spirituale rispetto all’ Impero Bizantino–. L’altra occorrenza –vale a dire l’occorrenza di accesso e adesione all’evoluzione scientifica più recente nell’ ambito del diritto civile– ha potuto essere soddisfatta attraverso l’interpretazione scientifica e segnatamente attraverso l’interpretazione giudiziaria della disposizione in questione, con l’ ammissione che l’ Exbiblos, in quanto riassunto, non era in grado di coprire tutto il settore dei rapporti sociali che avrebbero bisogno di regolamentazione e comportava dunque il ricorso ai Basilica e –tramite quest’ultimi– alla legislazione giustiniana (che godeva già –come è noto– di un’ importante elaborazione interpretativa innovatrice da parte della scienza giuridica tedesca⁷).

Il regime legislativo così conformato nell’ ambito del diritto civile ha persistito in sostanza fino all’ anno 1946, a partire dal quale viene precisamente applicato il Codice Civile del 1940 (la cui iniziale decorrenza, fu rinviata a causa della Seconda Guerra Mondiale, e che, nell’ anno 1946, era stato sostituito per alcuni mesi con il cosiddetto «Codice Civile Ellenico» di 1945), introdotto a partire dell’ anno 1947 anche nel Dodecanneso. Nel frattempo erano stati redatti da Commissioni appositamente istituite Progetti di Codice Civile ed inoltre erano

⁶ V. E. MICHELAKIS Επισαγωγή ες τὸ δίκαιον καὶ εἰς τὴν πίστιμην τοῦ δικαίου, 1968 p. 84, N. PAPANTONIOU Γενικὸς πρὸς τὸ στικὸν δίκαιον, 1983³ § 14 p. 68.

⁷ V. N. PAPANTONIOU, *ibidem* (con ulteriori riferimenti bibliografici).– Per questo motivo i Manuali di Windscheid, Dernburg et Regelsberger –rappresentanti illustri della scienza giuridica tedesca– sono stati tradotti in greco e venivano usati ampiamente tanto per l’insegnamento universitario che per la pratica giurisdizionale.

state promulgate dagli organi legislativi del nuovo Stato Ellenico disposizioni speciali, tra le quali vengono qui menzionate⁸ –in quanto concernenti (direttamente o indirettamente) il Diritto di Famiglia– quelle della L. ΤΙΑ/1856 («Legge Civile Ellenica») «Sulla promulgazione, gli effetti, e l' applicazione delle leggi in assoluto», quelle della L. ΧΠΘ/1861 «Sui minori, la loro tutela, emancipazione e curatela», quelle della L. ΧΙΖ/1861 «Sui matrimoni misti» quelle della L. 2228/1920 «Sul divorzio», la L. 1340/1918 «Sull' alienamento di beni immobili dotali» ecc. e quelle del Decreto Legislativo del 1927 «Sullo stato civile dei figli fuori matrimonio». Inoltre, in alcune regioni della Grecia, che non erano state ancora incorporate nel nuovo Stato Ellenico, furono promulgati Codici Civili locali: Il Codice Civile Ionico dell' anno 1841 –redatto in sostanza sulla base del Codice Civile Francese–, il Codice Civile Samiaco dell' anno 1899 –redatto sulla base del Progetto greco del 1874– ed il Codice Civile Cretese dell' anno 1903 –redatto sulla base del Codice Civile Tedesco e del Progetto greco del 1874–⁹.

Ora, anche dopo l' entrata in vigore del Codice Civile del 1940 furono promulgate, riguardo al Diritto di Famiglia, disposizioni emendatrici, tra le quali vengono qui menzionate le più recenti e importanti:

- Decreto Legislativo 610/1870 «Sull' adozione di minori fin' all' età di diciotto anni».
- Legge 987/1979 «Sulla restituzione di beni immobili dotali in caso di scioglimento del matrimonio e su alcune altre disposizioni».
- Costituzione del 1975, che prevede nell' art. 4 § 2, che «Greci e Greche

⁸ V., per tutti, I.Z. KARAKATSANIS, Νεώτεροι Πολιτικοί Νόμοι 1927⁴ pp. 5 e s., 506 e s., 485 e s., 494 e s., 502 e s. e 532 rispettivamente.

⁹ V. brevemente E. MICHELAKIS, op. cit. p. 85, K. VAVOUSKOS Πυχηλιρδλον Πολιτικοί Δικαίου 1977² p.21/22.

hanno diritti e doveri uguali», e nell' art 116 § 1, che «Disposizioni vigenti che contravvengono all' articolo 4 § 2 rimangono in vigore fino alla loro abolizione attraverso legge, ma al più tardi fino al 31 Dicembre 1982».

- Legge 1250/1982 «Sull' istituzione del matrimonio civile».
- Legge 1329/1983 sanzionante, in quanto Codice, il Progetto di Legge «Applicazione del principio costituzionale dell' uguaglianza tra uomini e donne».
- Legge 2447/1996 sanzionante, in quanto Codice, il Progetto di Legge «Adozione, tutela e delega di un minore, aiuto giudiziario, cura giudiziaria di affari altrui e disposizioni affini sostanziali, processuali e transitorie».
- Legge 3089/2002 «Aiuto medicale nella procreazione umana».

Sulla base delle disposizioni emendatrici appena menzionate, l' immagine dell' attuale Diritto Ellenico di Famiglia può essere riassunto nel modo seguente :

1) Viene garantito, sotto l' aspetto dei diritti soggettivi e della protezione legale, la piena uguaglianza dei due sessi nel matrimonio (compresa la soluzione del problema del cognome della moglie come pure la soluzione del problema dei rapporti patrimoniali dei due sposi –venendo abolito l' istituto della dote–).

2) Nel diritto del divorzio il cosiddetto principio della colpa (Verschuldensprinzip) cede il posto a favore del cosiddetto principio del dissesto (Zerrüttungsprinzip) –nel senso che alcuni motivi di divorzio previsti già nella legislazione antecedente come motivi di colpa, vengono ormai concepiti come presunzioni di dissesto.

3) La patria potestà venne sostituita con la «cura dei genitori», che costituisce un dovere e diritto (Pflichtrecht)¹⁰, e di cui portatori sono in comune entrambi i genitori.

4) Il diritto soggettivo di ogni individuo di procreare viene considerato

¹⁰ A proposito della nozione di dovere e diritto (Pflichtrecht) v. STRANGAS, Kritik der kantischen Rechtsphilosophie, p. 409 (con ulteriori riferimenti bibliografici).

tutelato dall' art. 5 § 1 della Costituzione, il quale garantisce il libero sviluppo della personalità.

5) In virtù delle recenti regolamentazioni legislative ci sono sette tipi di famiglia (vale a dire sei tipi istituiti dal legislatore *expressis verbis*¹¹ ed un settimo tipo che può teoricamente dedursi attraverso un' interpretazione –comunque contestata– di disposizioni legali connesse):

i) Le famiglie legittime (cioè quelle che sono fondate su matrimonio –religioso o civile, secondo la preferenza degli sposi–).

ii) Le cosiddette famiglie naturali (cioè quelle che sono fondate su un' unione libera di due persone di sesso differente) –sulle quali una parte della dottrina e della giurisprudenza cerca di applicare per analogia, rispetto ad alcune questioni, le disposizioni legali che regolano la famiglia legittima).

iii) Le famiglie che scaturiscono da adozioni compiute di volta in volta da due adottanti (i quali devono, secondo la legge, essere coniugi).

iv) Le quasi famiglie che sono basate su deleghe di minori.

v) Le famiglie monoparentali (cioè quelle, in seno a cui i figli convivono con un solo genitore, sia in seguito alla morte dell' altro genitore sia in seguito alla detrazione dell' altro genitore dalla cura dei genitori sia in seguito al divorzio o alla separazione *de facto* dei coniugi sia in seguito alla dissoluzione di una cosiddetta famiglia naturale, sia in seguito all' adozione effettuata da una sola persona adottante o alla morte dell' altro congiunto adottante sia in seguito alla procreazione di una madre non sposata e vivente sola).

vi) Le famiglie con figli nati per mezzo di inseminazioni artificiali (le quali costituiscono ormai l' oggetto di regolamentazione della L. 3039/2002).

vii) Famiglie con coniugi ossia compagni dello stesso sesso, le quali non

¹¹ V. più estesamente P. AGALLOPOULOU, Les différents types de familles contemporaines selon le droit hellénique in: Revue hellénique de droit international 55 (2002) p. 23-40.

vengono tuttavia riconosciute finora dalla legislazione e dalla giurisprudenza come legittime, ma a favore delle quali si potrebbe ormai teoricamente effettuare un' argomentazione a partire dalla formulazione di disposizioni della L. 3089/2002¹².

III.

Le disposizioni legali e costituzionali sopra citate non rendono tuttavia superfluo il ricorso a riflessioni filosofiche. Oltre alle riflessioni filosofiche che consistono prevalentemente in un' analisi critica di nozioni che sono implicate dalle disposizioni in questione –come per es. della predetta nozione di dovere e diritto (Pflichtrecht), in cui estensione rientra precisamente la cosiddetta cura dei genitori– c' è bisogno di riflessioni filosofiche *suppleendi vel corrigendi juris civilis gratia*. Nella presente Relazione cercheremo di mettere in rilievo alcune riflessioni dell' ultimo tipo (la cui enumerazione é puramente indicativa, vale a dire non esaustiva):

1) Il problema della natura giuridica dei singolari materiali genetici –vale a dire dello sperma (conservato autonomamente), degli ovuli (conservati

¹² Contro una tale argomentazione interpretativa v. G. DASKAROLIS Παρατηρήσεις Ππειτα Ππ τιν νμο περ ποβοηθουμνης ναπαραγωγς (v. 3089/2002) in: Χρονικ διωτικου Δικαου Δ (2004) p. 200.– Indipendentemente comunque dell' eventualità di dette derivazione interpretativi dell' essere permessi matrimoni tra omosessuali, VIDALIS συνταγματικ διασταση τς ξουσας στ γμο κα στν οκογενεια, 1996 p. 73 e s. si dichiara a favore dell' essere permesso del matrimonio tra omosessuali, sulla base di un' argomentazione a partive dalla Costituzione di 1975 e dalla legislazione emendatrice (sopra citata) che fu promulgata in applicazione della Costituzione. Contro questa opinione v. Efi KOUNOUGHERI-MANOLEDAKI, Οκογενειακ Δκαλο I, 2003³ p. 65, che segnala inoltre (nella nota 2) l' occorrenza di una regolamentazione legislativa speciale su questo argomento.– Come un caso eccezionale, in cui l' unione libera di persone dello stesso sesso costituirebbe il punto di riferimento di una regolamentazione legislativa sul piano normativo, può essere considerata la concezione –avanzata da alcuni autori (che vengono citati da Efi KOUNOUGHERI-MANOLEDAKI, loc. cit. p. 528 nota 102) tramite l' interpretazione di disposizioni legali– dell' unione libera del predetto tipo (che esiste parallelamente al matrimonio) come ragione di cessazione degli alimenti; tale eccezione però costituisse in ultim' analisi un' *exceptio quae format regulam* (poiché non comporta il riconoscimento dell' unione libera di persone dello stesso sesso come legale).

autonomamente), degli ovuli fecondati fuori dal corpo femminile ma non introdotti ancora nell' utero di qualche donna e degli ovuli fecondati fuori dal corpo femminile, ma in seguito impiantati nell' utero di una donna–, cioè il problema se detti materiali costituiscono oggetti di diritto (vale a dire cose) o rientrano nell' estensione della nozione di soggetto di diritto, è un tema di controversie scientifiche¹³, che abbisogna –nella misura in cui riguarda concetti giuridici fondamentali (cioè *a priori* puri)– di trattazione giusfilosofica, ed anzi indipendentemente dal fatto che il legislatore greco (comune) abbia preso posizione a favore della differenziazione tra ovulo fecondato, avente compiuto una «vita» di 14 giorni ed ovulo fecondato, non avente compiuto una «vita» di 14 giorni (il quale sembra venire considerato dal legislatore (comune) –al pari dello sperma conservato autonomamente e dell' ovulo non fecondato– come oggetto di diritto); in effetti –oltre ad ogni conseguenza della trattazione giusfilosofica del problema in questione per lo sforzo di affrontarlo *de lege ferenda*– in seno alla dottrina attuale della metodologia del diritto è indiscutibilmente accettata *de lege lata* anche un' interpretazione *contra legem*¹⁴, sia che essa emerga come interpretazione conforme alla Costituzione, sia che essa poggi su considerazioni che oltrepassano le disposizioni costituzionali stabilite¹⁵. I redattori della presente Relazione si dichiarano –quantunque con qualche variazione riguardo alla motivazione¹⁶– a favore dell' opinione, secondo cui a partire dalla sua

¹³ V. G. DASCAROLIS, loc. cit. p. 196 e s.

¹⁴ V. p. e s. K. LARENZ Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1975³ p. 377 e s., 384 e s..

¹⁵ Nella misura cioè in cui vi è qui questione dell' estensione di diritti fondamentali, si deve tener conto di ciò che venne esposto dal secondo dei due redattori altrove (J. STRANGAS, Riflessioni sulla distinzione fra diritti fondamentali e diritti non fondamentali in : «Nuovi diritti dell' età tecnologica» (a cura di F. Riccobono), 1991 p. 178 e s., 181 e s.).

¹⁶ V., da un lato, G. DASKAROLIS, loc. cit. p. 196/197 et, dall' altro lato, J. STRANGAS, Les implications philosophiques de la notion de sujet de droit in: Archives de philosophie du droit 34 (1989) p. 130e s., 135 e s. –dai quali suluppi può essere precisamente concluso che, nella misura in cui l'ovulo fecondato contiene un germe di libertà che può evolversi in una persona, esso costituisce un soggetto di diritti soggettivi–.

fecondazione l'ovulo è ormai da considerare (e quindi da proteggere) come soggetto di diritto.

2) Come osserva G. RADBRUCH¹⁷, il Diritto del matrimonio è stato il campo di controversie tra due principali concezioni filosofiche opposte (che appaiono tuttavia con singolari variazioni), vale a dire tra la concezione individualistica del matrimonio (individualistische Eheauffassung) –la quale concepisce il matrimonio sulla base dell' immagine di un rapporto contrattuale (che viene stipulato dagli sposi)– e la concezione transindividualistica del matrimonio (überindividualistische Eheauffassung) –la quale concepisce il matrimonio sulla base del concetto dello stato di matrimonio (Ehestand), in cui adentrano coloro che stipulano il matrimonio–. La classificazione, che viene espressa attraverso la differenziazione (pur utile, dal punto di vista della descrizione del relativo settore) in questione tra le due concezioni menzionate, costituisce ovviamente un modo particolare di emergenza della tesi fondamentale di RADBRUCH¹⁸, secondo cui «Es gibt im ganzen Bereich der Erfahrungswelt nur drei Arten von Gegenständen, die absoluter Werthhaftigkeit fähig sind: menschliche Einzelpersonlichkeiten, menschliche Gesamtpersonlichkeiten, menschliche Werke. Wir können nach Maßgabe dieser ihrer Substrate drei Arten von Werten unterscheiden: *Individualwerte*, *Kollektivwerte* und *Werkwerte*». Il ricorso a questi tre tipi di valori viene compiuto tramite l'idea dell' opportunità (Zweckmäßigkeit), con la quale è precisamente da riempire l'idea di giustizia, intesa da lui in modo puramente formalistico. La concezione puramente formalistica della giustizia è però –come è stato messo estesamente in rilievo altrove¹⁹ (dal secondo dei redattori della presente Relazione)– incapace di

¹⁷ G. RADBRUCH (-Erik WOLF), Rechtsphilosophie 1963⁶ § 20 p. 251 e s..

¹⁸ G. RADBRUCH (-Erik WOLF), op. cit. § 7 p. 147 e.s..

¹⁹ J. STRANGAS Die Billigkeit und ihr Standort im Rechtssystem, 1976 p. 192 e s..

resistere ad una seria critica ed anzi costituisce un mezzo di prova evidente a proposito del fatto che non è stata intrapresa una derivazione puramente *a priori* dei concetti giuridici fondamentali. Conseguenza inevitabile di ciò è che si tenta –invece di tale derivazione– di ascrivere un carattere assoluto a delle relazioni (quali costituiscono precisamente i cosiddetti valori²⁰) e perfino aventi una derivazione empirica. Il che sembra appunto accadere anche nel caso della contrapposizione tra la cosiddetta concezione individualistica del matrimonio e la cosiddetta concezione transindividualistica del matrimonio. Come punto di partenza della concezione individualistica del matrimonio sembra di fungere da G. RADBRUCH la concezione tradizionale del contratto come coincidenza di manifestazioni di volontà²¹ –mentre se come punto di partenza serve la concezione del contratto come idea della coesistenza, conforme al diritto, di due arbitri (*coexistentia rationalis arbitriorum*)²², non vi è questione di opposizione alla concezione transindividualistica del matrimonio, la quale tuttavia a sua volta non possiede la legittimazione di contestare il ruolo delle manifestazioni di volontà di coloro, che procedono all' unione di matrimonio, in quanto forme di emergenza della libertà di entrambi. Ed in questa prospettiva, la concezione –espressa dal secondo dei redattori della presente Relazione– del contratto come idea della coesistenza, conforme al diritto, degli arbitri di entrambi i contraenti appare come la sintesi (nel senso hegeliano), in cui sono da sopprimere (*aufheben*) e da conservare (*aufbewahren*) –come tesi e antitesi rispettivamente–

²⁰ V. Evang. PAPANOUTSOS, *Πθλκ* 1970³ p. 332 e s., 338, J. SRANGAS, op. ult. cit. p. 180/181.

²¹ Ciò sembra risultare in modo chiaro dalla combinazione degli sviluppi di G. RADBRUCH (-Erik WOLF) op. cit. § 20 p. 250, 252 e s. intorno al matrimonio con i SUOI sviluppi (op. cit. 19 p. 244, 245 e s.) intorno al contratto.

²² Formulata dapprima –dal secondo dei due redattori della presente Relazione– nello studio «Privatautonomie und Freiheit der Person» in: *Revue hellénique de droit international* 24(1971) p. 287 e s.. V. ormai anche STRANGAS *Kritik der kantischen Rechtsphilosophie* p. 85 e s., 88 e s. (ma anche p., 546 e s. –da cui risulta che l'autore distacca ormai la concezione in questione del contratto dalla cosiddetta etica dell' intenzione (Gesinnungsethik)–).

la concezione individualistica e la concezione transindividualistica del matrimonio²³.

3) La contrapposizione tra concezione individualistica e concezione transindividualistica del matrimonio assume una nuova manifestazione nell'affrontare il problema dell'essere o no permessa l'inseminazione *post mortem*. In questo punto le opinioni dei due redattori della presente Relazione divergono:

- Il primo dei redattori considera²⁴ che l'assenso alla legittimità dell'inseminazione *post mortem* costituisce l'emanazione di una concezione individualistica che non tiene conto dell'interesse dei figli sotto l'aspetto dello sviluppo della loro personalità; e, di conseguenza, si dichiara a favore del divieto –isituito già dai legislatori francese, svizzero e tedesco– di tale inseminazione.

- Il secondo dei redattori invece considera, che l'assenso alla legittimità dell'inseminazione *post mortem* non costituisce *sine alio* un'adesione ad una concezione individualistica, purché ci siano manifestazioni di volontà dei due genitori aventi così deciso, le quali rientrino *in toto* nell'estensione del concetto del contratto come idea della coesistenza, conforme con il diritto, degli arbitri dei contraenti²⁵ (poiché, per la stessa ragione, per cui non si può imporre a nessuno di generare figli, non si può parimenti proibire di generarne –la sua libertà

²³ A questa conclusione sembra di convergere effettivamente anche G. RADBRUCH (–Erik WOLF) op. cit., nella misura in cui, da un lato, nell'Indice delle materie (p. 87 e s.) fa cenno di «rapporto dialettico tra la concezione individualistica, la concezione transindividualistica e la concezione transpersonale del diritto» e, dall'altro lato, alla p. 154 osserva: «Es ist also nur die Betonung eines Gliedes in einem geschlossenen Ringe, nicht die Durchbrechung dieses Ringes, wenn bald die Einzelpersönlichkeit, bald die Gesamtpersönlichkeit, bald die Werkkultur als der Endzweck des individuellen und kollektiven Lebens angesprochen wird. Die drei möglichen Rechts- und Staatsauffassungen ergeben sich aus der Betonung verschiedener Elemente eines unteilbar Ganzen».

²⁴ G. DASCAROLIS, loc. cit. p. 199/200.

²⁵ Quando in particolare esse rientrano in detta estensione, a questo quesito non si può dare una risposta univoca. Ogni volta comunque che viene constatato che le rispettive volontà dei genitori naturali furono mature e non influenzate da fuori ed anzi tra detti genitori esistevano legami forti di comunicazione e d'amore, secondo l'opinione del secondo redattore sarebbe difficile di negare –in modo motivato ossia fondato– che le relative manifestazioni delle loro volontà rientrino nell'estensione del concetto in questione di contratto.

venendo eccessivamente limitata–).

IV.

Altre riflessioni filosofiche poi, che concernono il matrimonio, sembrano oltrepassare i confini ristretti della filosofia del diritto.

G. RADBRUCH²⁶ sostiene p. es. che «compito della Filosofia del diritto può essere soltanto mostrare, come il diritto può e deve affrontare la fattispecie naturale e sociale del matrimonio, considerandola come data», mentre «il sottomettere questa fattispecie perfino ad una critica, sarebbe il compito di una filosofia sociale del matrimonio». Contro questa presa di posizione si possono però far valere delle obiezioni essenziali:

i) La contrapposizione radicale così compiuta tra «Filosofia sociale» e «Filosofia del Diritto» è di dubbia consistenza, tanto più che non viene fornito un criterio fondato (e segnatamente –poichè si tratta di una distinzione filosofica– dedotto trascendentalmente, cioè concluso puramente *a priori*) per la distinzione tra i due tipi di Filosofia in questione, ed anzi allorché la «Filosofia Sociale» costituisce uno solo dei numerosi «compagni», con i quali si presenta insieme, nella relativa bibliografia, la «Filosofia del Diritto» (mentre come altri «compagni» figurano la «Filosofia dell' Economia», la «Filosofia dello Stato» e la «Politica (filosofica)»²⁷).

ii) Il matrimonio rivela inoltre degli aspetti che lo rendono oggetto dell' etica filosofica, della biologia ed infine –tramite queste ultime– anche della Filosofia della storia²⁸.

²⁶ G. RADBRUCH (–Erik WOLF), op.cit. § 20 p. 248.

²⁷ Cfr. per esempio la bibliografia citata da K. LARENZ Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 1931 p. 110 e s. e segnatamente le opere di Fr. Berolzheimer, J. Binder, L. Nelson e W. Fauer.

²⁸ Cfr. p. es. KANT Mutmaßlicher Anfang der Menschengeschechte in: Berlinische Monatsschrift, 1786 p. 1 e s., 38 e s..

iii) Quegli aspetti ulteriori –importanti– del matrimonio certamente condizionano la conformazione della "comunione matrimoniale», ma quest'ultima reca anche l'impronta del diritto stesso, come viene evidenziato soprattutto attraverso la questione sollevata se ed in qual misura sono da riconoscere tramite regolamentazioni giuridiche parallelamente ossia equivalentemente, nei confronti del matrimonio, le cosiddette unioni libere (la quale questione sono chiamati a risolvere di volta in volta i legislatori del Diritto di Famiglia).

Sarebbe quindi più esatto dire, che la conformazione dei rapporti tra i due sessi –compreso il matrimonio– rivela anche aspetti che oltrepassano l'ambito della filosofia del diritto e rientrano in altri ambiti filosofici.

Appunto sotto questo angolo si deve anche affrontare filosoficamente il problema, molto discusso, della scelta tra il cosiddetto matrimonio civile ed il matrimonio religioso. Ora, per quanto la chiesa (in quanto ente depositario della religione) è da concepire –secondo ciò che sostiene il secondo dei redattori della presente Relazione²⁹– come il *principium factitivum morale*, il quesito intorno al matrimonio religioso deve essere lasciato al campo dell'Etica (in quanto etica religiosa) e dunque non essere regolamentato attraverso disposizioni di *jus cogens* (statale). Dal che consegue precisamente che la facoltà, fornita dal legislatore ellenico a partire dell'anno 1982, di scegliere tra il cosiddetto matrimonio civile ed il matrimonio religioso si allinea con la ben fondata distinzione filosofica tra diritto e morale).

D'altra parte il modo, con cui un popolo fa uso della sua facoltà giuridica di contrarre o non matrimoni religiosi, costituisce un tratto che precisa il carattere

²⁹ J. STRANGAS I rapporti tra fondamentalismo religioso ed esperienza giuridica in quanto modo di emergenza del problema dei rapporti tra morale e diritto in: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto LXXV (1998) p. 448.

(morale) di questo popolo³⁰. Ora, per quel che concerne il carattere (morale) del popolo ellenico, ci limitiamo qui a ripetere quanto venne esposto dal primo dei redattori della presente Relazione altrove³¹ (quale viene qui tradotto) :

«Per quel che concerne i valori morali del popolo ellenico, non si deve dimenticare –pur nel rispetto della libertà delle convizioni individuali (libertà che scaturisce anch'essa dai valori in questione), e tenuto conto dell' uniformità religiosa quasi totale di questo popolo– che la sua morale è influenzata dalla dottrina cristiana e segnatamente dalla dottrina della Chiesa Ortodossa, che è un fattore principale per la formazione del tessuto morale della società greca. Il popolo ellenico, malgrado l' azione che hanno esercitato ed esercitano in diversi modi su esso eventi, costumi, prese di posizione e considerazioni filosofiche, conserva in gran parte nella sua coscienza l' influsso della dottrina della Chiesa Ortodossa, non soltanto a livello teorico ossia ideologico bensì al livello che si manifesta nel vissuto. Il che del resto è apparso dalla risposta popolare di fronte al sistema disgiuntivo di compimento del matrimonio, cioè di fronte alla possibilità di scegliere tra cosiddetto matrimonio civile e matrimonio religioso –ove era davvero impressionante la preferenza espressa a favore del matrimonio religioso».

La preferenza in questione costituisce al contempo una lezione di sociologia del diritto, che mette in evidenza il fatto che le vere forze e tendenze sociali vengono registrate in modo autentico (e –in questa misura– si rinforzano anzi), quando il comportamento sociale da studiare non viene imposto tramite regolamentazioni giuridiche con carattere di *jus cogens*. In questo senso sono stati totalmente smentiti i timori della Chiesa Greca, secondo cui l' istituzione

³⁰ A proposito della nozione di carattere di un popolo v. sopra nota 4.

³¹ G. DASKAROLIS, loc. cit., p. 194.

della facoltà legale di compiere matrimoni civili avrebbe lasciato in disparte il matrimonio religioso.