



## Manlio Miele

(ordinario di Diritto canonico ed ecclesiastico nell'Università degli Studi di Padova, Facoltà di Giurisprudenza)

### *Bonum coniugum e profili civilistici*<sup>1</sup>

**SOMMARIO:** 1. Introduzione: influenze napoleoniche sul modello matrimoniale italiano. Il portato dell'art. 29 della Costituzione - 2. La questione della definizione del matrimonio. Mutamento della sensibilità generale e ricollocazione dell'istituto matrimoniale e familiare: dal bene del gruppo al bene degli individui - 3. I capisaldi evolutivi del diritto matrimoniale e familiare italiano dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. L'importanza della riforma della filiazione - 4. La problematica della definizione del matrimonio nel Diritto canonico. Variazioni, antiche e recenti, sul rilievo dell'amore coniugale - 5. Doverosità giuridica e doverosità morale dell'amore nel matrimonio canonico. Evoluzione del magistero in corrispondenza alla crisi dell'istituto matrimoniale - 5.1. Variazioni terminologiche - 5.2. La qualificazione della coabitazione dei divorziati risposati - 5.3. La qualificazione della coabitazione di coppie dello stesso sesso - 6. Influenze e intersezioni tra concezione canonica e concezione civile del vincolo reciproco derivante dal matrimonio - 6.1. Incrocio di sviluppi in tema di errore sulla qualità - 6.2. Incrocio di sviluppi in tema di amore nel coniugio - 7. Su talune conseguenze canonico-pastorali.

#### **1 - Introduzione: influenze napoleoniche sul modello matrimoniale italiano. Il portato dell'art. 29 della Costituzione**

Il titolo di questo scritto sembrerebbe, a prima vista, poco tradizionale rispetto agli argomenti classici del diritto canonico matrimoniale; cercherò, pertanto, di definire meglio l'ambito nel quale intenderei muovermi. In particolare, per quanto riguarda i "profili civilistici", terrei a precisare che farò riferimento soprattutto all'ordinamento civile italiano. Devo pensare in effetti, da un lato, che la comparazione con un ordinamento secolare, con quanto esso dice in tema di affetti matrimoniali e di doveri coniugali reciproci, potrebbe forse tornare di una qualche, sia pur minima, utilità per l'identificazione degli stessi concetti canonici; dall'altro, che questa comparazione debba essere necessariamente limitata dal punto di vista geografico, così che il modello occidentale, o europeo continentale – o, ancor

---

<sup>1</sup> Il contributo, non sottoposto a valutazione, riproduce il testo della relazione tenuta il 3 dicembre 2015 a Roma, presso l'Arcisodalizio della Curia romana, ed è in via di pubblicazione presso la collana di Studi giuridici della Libreria Editrice Vaticana.



più specificamente, europeo mediterraneo – non venga troppo generalizzato. Papa Francesco, nel suo discorso di conclusione della XIV assemblea generale ordinaria del sinodo sulla famiglia (24 ottobre 2015), esprimeva, con altre parole, questa esigenza di attenzione analitica, e, in relazione agli incontri sinodali, osservava:

“al di là delle questioni dogmatiche ben definite dal Magistero della Chiesa – abbiamo visto anche che quanto sembra normale per un vescovo di un continente, può risultare strano, quasi come uno scandalo, per il vescovo di un altro continente; ciò che viene considerato violazione di un diritto in una società, può essere precetto ovvio e intangibile in un'altra; ciò che per alcuni è libertà di coscienza, per altri può essere solo confusione”<sup>2</sup>.

Sulla scia di un contributo del 1988 di Guido Alpa, cercherei di evidenziare non solo assonanze e dissonanze, sovrapposizioni e divergenze<sup>3</sup>, ma anche eventuali interferenze – sul tema del *bonum coniugum* e dell'amore coniugale – tra il modello matrimoniale canonico e quello civile, italiano in particolare, interferenze pur possibili in forza della costruzione concordataria del matrimonio canonico trascritto<sup>4</sup>.

Va subito detto che il modello matrimoniale civile italiano non è isolato o svincolato, nell'ambito del suo processo di secolarizzazione<sup>5</sup>, da una tradizione giuridica e culturale più ampia; questa tradizione si rifà, fondamentalmente, al matrimonio costruito dal codice civile napoleonico<sup>6</sup>, e ciò vale fin dal 1865, anno in cui veniva emanato il codice civile italiano

---

<sup>2</sup> PAPA FRANCESCO, *Discorso a conclusione dei lavori della XIV assemblea generale ordinaria del sinodo dei vescovi*, 24 ottobre 2015, in *Il Regno documenti*, 2015/34, p. 2.

<sup>3</sup> G. ALPA, *Matrimonio civile e matrimonio canonico: due modelli a confronto*, in *Politica del diritto*, 19 (1988), p. 321 ss. Cfr. anche M. RIONDINO, *Bonum coniugum e giuridicità nel matrimonio canonico*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 38 (2009), pp. 2048-2091.

<sup>4</sup> Si veda la bibliografia in G. DALLA TORRE, *Il matrimonio tra diritto e legge. Sondaggi nella storia*, in M. Tinti (ed.), *Famiglia e diritto nella Chiesa* (Studi giuridici 107), LEV, Città del Vaticano 2014, p. 39, nota 1.

<sup>5</sup> Cfr., ad esempio, B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Un contrat entre l'homme et la femme? Quelques points à travers l'histoire en Occident*, in D. Fenouillet, P. de Vareilles-Sommières (ed.), *La contractualisation de la famille*, Économica, Paris, 2001, pp. 17-38; IDEM, *Apport du droit canonique à la construction du modèle occidental du mariage*, in C. Bontems (ed.), *Mariage/Mariages*, PUF, Paris, 2001, 41-56.

<sup>6</sup> A. BETTETINI, *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 1996, p. 19. Cfr. anche: P. UNGARI, *Il diritto di famiglia in Italia dalle costituzioni giacobine al codice civile del 1942*, il Mulino, Bologna, 1970; D. LOMBARDI, *Storia del matrimonio*, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 193-202.



unitario. Con esso, nell'Italia unita, dopo la parentesi napoleonica<sup>7</sup>, veniva introdotto un matrimonio civile e nel contempo veniva negato qualunque effetto civile ai matrimoni religiosi (cattolici e non). Tra altre cose, sul matrimonio i tre codici civili – napoleonico, italiano del 1865 e italiano del 1942<sup>8</sup> – hanno in comune un aspetto assai significativo. Intendo alludere al fatto che in tutt'e tre non si dà una definizione esplicita di matrimonio; ciò porta necessariamente a riflettere sul perché di un tale silenzio. Esso certamente non fu il frutto di una scelta casuale. Portalis aveva una sua idea definitoria di matrimonio; esso era

“un impegno col quale uno si dà interamente, col corpo e col cuore”<sup>9</sup>, o anche “la società dell'uomo e della donna che s'uniscono per perpetuare la loro specie, per aiutarsi con reciproco soccorso a sopportare il peso della vita, e per condividere il loro comune destino”<sup>10</sup>.

La scelta della reticenza su una definizione di matrimonio, nella nostra tradizione codificatoria civilistica, rispondeva originariamente a diverse esigenze. Rispondeva, ad esempio, alla necessità di onorare la concezione individualistica della libertà personale, una concezione che, almeno teoricamente, impediva il riconoscimento dell'esistenza di poteri privati sulle persone<sup>11</sup>. Essa, poi, evitava al codificatore di – per così dire – contaminarsi esplicitamente con la tradizione giuscorporalista di derivazione canonistica, le cui tracce però si intravedevano nel mantenimento dei doveri di fedeltà, obbedienza e coabitazione<sup>12</sup> e in una generale visione che esprimeva analogie col diritto di proprietà<sup>13</sup>.

Ma nel mondo del diritto ogni determinazione normativa diventa negazione e non enunciare espressamente, a livello normativo scritto, quali siano gli elementi essenziali del concetto di matrimonio (a partire,

---

<sup>7</sup> Cfr. **M. DE GIORGIO**, *Raccontare un matrimonio moderno*, in **M. BEER et alii**, *Storia del matrimonio*, a cura di M. De Giorgio, C. Klapisch-Zuber, Laterza, Bari, 1996, pp. 319-320.

<sup>8</sup> La parte relativa al matrimonio entrò in vigore il 1° luglio 1939, col R.d. 12 dicembre 1938, n. 1852.

<sup>9</sup> Vedi **M.S. TESTUZZA**, *Matrimonio e codici. L'ambiguo statuto della corporeità*, in *Quaderni fiorentini*, 42 (2013), p. 285, nota 24.

<sup>10</sup> **M.S. TESTUZZA**, *Matrimonio e codici*, cit., p. 293.

<sup>11</sup> **M.S. TESTUZZA**, *Matrimonio e codici*, cit., p. 299.

<sup>12</sup> **M.S. TESTUZZA**, *Matrimonio e codici*, cit., pp. 295-304. Sulla dottrina giuscorporalista, cfr. **E. DIENI**, *Tradizione “juscorporalista” e codificazione del matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1999.

<sup>13</sup> Così **F. VASSALLI**, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Studi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1960, III, 2, p. 615, nota 1.



ovviamente, dal fatto che esso è un contratto, sia pure “sentimentale”<sup>14</sup>) significa rinviare, per la loro determinazione, a una fonte o a fonti diverse. Arturo Carlo Jemolo lo faceva intendere chiaramente fin dalle prime pagine del suo trattato generale sul matrimonio: esso può essere percepito nella sua essenza o perché il diritto positivo (secolare o confessionale) ne dà la definizione o perché si rinvia a “una scuola del diritto naturale”<sup>15</sup>. Inutile che io vi dica come, in uno Stato laico e secolarizzato, che in ciò segue la società odierna, sia altamente impervio ricorrere *sempre e immediatamente* al diritto naturale. Il card. Kasper, nella sua relazione al Concistoro del 20-21 febbraio 2014<sup>16</sup>, su questo punto è chiarissimo e, in ciò, egli segue quanto il card. Ratzinger diceva già anni fa circa l’inefficacia, nella modernità laica e pluralista, del semplice richiamo al diritto naturale<sup>17</sup>. Fondamentale nell’identificare la norma basilare per cui non si deve fare il male agli altri; nell’offrire una base comune di interazione e di collaborazione con tutti gli uomini (credenti o no); nel percepire immediatamente come inaccettabili situazioni di prepotenza se non di violenza nell’ambito dei rapporti familiari<sup>18</sup>, in sostanza, nel concretare il principio del rispetto della dignità di ogni persona, nella sua immediatezza il diritto naturale come tale potrebbe apparire meno utile nel qualificare quelle situazioni concrete nelle quali si deve rispondere all’interrogativo fondamentale così delineato: “che cosa, nel rapporto tra uomo, donna e figli, corrisponde al rispetto della dignità dell’altro?”<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> S. RODOTÀ, *Diritto d’amore*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 109.

<sup>15</sup> A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, 3<sup>a</sup> ed., Utet, Torino, 1957, pp. 4-5.

<sup>16</sup> Relazione pubblicata in W. KASPER, *Il vangelo della famiglia* (Giornale di teologia, 371), Queriniana, Brescia 2014.

<sup>17</sup> J. HABERMAS, J. RATZINGER, *Ragione e fede in dialogo*, a cura di G. Bosetti, Marsilio, Venezia, 2005, pp. 74-76. Cfr. anche L. SENTIS, *Vérité et tolérance. Le problème posé par la Déclaration de 1789*, in *Nouvelle revue théologique*, 128 (2006), pp. 428-443, nonché S. DIANICH, *La Chiesa di fronte alla laicità dello Stato*, in IDEM, *Diritto e teologia*, Dehoniane, Bologna, 2015, pp. 325-345.

<sup>18</sup> Il card. Kasper ricorda le ipotesi della poligamia, dei matrimoni forzati, delle violenze domestiche, del machismo, delle discriminazioni tra coniugi, della prostituzione, delle disfunzioni nei rapporti patrimoniali e salariali: W. KASPER, *Il vangelo della famiglia*, cit., p. 14.

<sup>19</sup> W. KASPER, *Il vangelo della famiglia*, cit., p. 14. Sulle difficoltà che il diritto naturale incontra in sede applicativa, nelle società democratiche moderne, si veda anche: COMMISSIONE TEOLOGICA INTERNAZIONALE, *Alla ricerca di un’etica universale: nuovo sguardo sulla legge naturale*, 2008-2009, in *Il Regno documenti*, 54 (2009), pp. 525-552. Anche per tale documento, l’odierno è un “contesto nel quale il riferimento a valori oggettivi assoluti universalmente riconosciuti è diventato problematico” (n. 8), sicché appare necessario il riferimento a principi generali. La legge naturale, infatti, “afferma in



In Italia, lo stesso riferimento dell'art. 29 della Costituzione a un concetto di "società naturale" – dove la naturalità, si badi, definisce la famiglia e non il matrimonio –, è piuttosto controverso nella sua interpretazione<sup>20</sup>. Riferire la famiglia al diritto naturale, e dire nel contempo che alla sua base c'è un istituto la cui strutturazione deriva dal dato normativo positivo, non sembrerebbe tecnicamente appagante<sup>21</sup>. In effetti, ben guardando la storica esposizione di Portalis sul titolo quinto del *Code*, ci accorgiamo che il suo riferimento costante e insistito alla fonte del diritto naturale, non concerne la famiglia ma il matrimonio come tale<sup>22</sup>. Nel Discorso preliminare al primo progetto egli aveva detto espressamente che

“siamo convinti che il matrimonio, preesistente al cristianesimo, e a tutte le leggi positive, che scaturisce dall'origine della nostra stessa

---

sostanza che le persone e le comunità umane sono capaci, alla luce della ragione, di riconoscere gli orientamenti fondamentali di un agire morale conforme alla natura stessa del soggetto umano e di esprimerlo in modo normativo sotto forma di precetti o di comandamenti. Tali precetti fondamentali, oggettivi e universali, sono chiamati a fondare e a ispirare l'insieme delle determinazioni morali, giuridiche e politiche che regolano la vita degli uomini e delle società” (n. 9). D'altra parte «oggi la Chiesa cattolica invoca la legge naturale in quattro contesti principali. In primo luogo, dinanzi al dilagare di una cultura che limita la razionalità alle scienze positive e abbandona al relativismo la vita morale, insiste sulla capacità naturale che hanno gli uomini di cogliere con la ragione “il messaggio etico contenuto nell'essere” e di conoscere nelle loro grandi linee le norme fondamentali di un agire giusto conforme alla loro natura e alla loro dignità. La legge naturale risponde così all'esigenza di fondare sulla ragione i diritti dell'uomo e rende possibile un dialogo interculturale e interreligioso in grado di favorire la pace universale e di evitare lo “scontro delle civiltà”» (n. 35).

<sup>20</sup> In tempi ben anteriori alle trasformazioni culturali degli anni '60, Jemolo aveva esaminato l'art. 29 della Costituzione secondo un paradigma puramente programmatico: **A.C. JEMOLO**, *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, a cura di L. Scavo Lombardo, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 228-232. Si vedano poi: **C. GRASSETTI**, *Famiglia (diritto privato)*, in *Novissimo digesto italiano, Appendice, 3*, Utet, Torino, 1982, pp. 638-640; **O. FUMAGALLI CARULLI**, *Innovazioni legislative e giurisprudenziali sulla famiglia*, in **CENTRO INTERNAZIONALE STUDI FAMIGLIA**, *Primo rapporto sulla famiglia in Italia*, a cura di P. Donati, Edizioni Paoline, Milano, 1989, pp. 285-289; **A. RUGGERI**, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 27 (2007) 4, pp. 751-767, e **A. RENDA**, *Il matrimonio civile. Una teoria istituzionale*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 30-45.

<sup>21</sup> Su questo punto si vedano le osservazioni di **R. BIN**, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 10 (2000), p. 1066. Cfr. anche **C. BERGONZINI**, *sub art. 29*, in S. Bartole, R. Bin (ed.), *Commentario breve alla Costituzione*, 2<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 2008, pp. 302-303.

<sup>22</sup> Cfr. l'“Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage, formant le titre V du code civil” in **J.-É.-M. PORTALIS**, *Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil*, a cura di F. Portalis, Parigi, 1844, 162-208, specialmente pp. 163-164.



persona, non sia né un atto civile né un atto religioso, ma un atto naturale che ha attirato l'interesse dei legislatori, e che la religione ha santificato"<sup>23</sup>.

Probabilmente, la struttura stessa dell'articolo 29 risente di compromessi attuati in sede di Assemblea costituente<sup>24</sup>. Si dice che questi compromessi si sarebbero verificati intorno alla preesistenza della famiglia allo Stato e non circa il fondamento di essa sul diritto naturale<sup>25</sup>, ma le due idee appaiono strettamente connesse. Infatti, come sembra dimostrare un intervento di La Pira, se si nega che unica fonte dei diritti sia lo Stato, lo si fa per riferirsi alla fonte del diritto naturale; La Pira esplicitamente ammetteva che definire la famiglia come "società naturale" o "società di diritto naturale" era sinonimia<sup>26</sup>.

Nella realtà, si evidenzia una certa asimmetria tra la naturalità della famiglia e i molteplici, e contrastanti, caratteri che possono discendere dalla positività giuridica del matrimonio, a cominciare dalla sua indissolubilità o dissolubilità<sup>27</sup>; tra matrimonio indissolubile e matrimonio dissolubile, in

---

<sup>23</sup> **J.-É.-M. PORTALIS**, *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile* (Ius Commune Europaeum e Sistemi Italo-Francofoni, 1), a cura di R. Calvo, ESI, Napoli 2013, p. 48.

<sup>24</sup> Si veda la ricostruzione di **V. CAPORRELLA**, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell'art. 29 e il dibattito alla Costituente*, in *Storicamente. Laboratorio di storia*, [http://storicamente.org/famiglia\\_costituzione\\_italiana](http://storicamente.org/famiglia_costituzione_italiana) (accesso: 16 febbraio 2016). Sul "carattere compromissorio" della disposizione cfr. **M. SESTA**, *Manuale di diritto di famiglia*, 5ª ed., Cedam, Padova, 2013, p. 9.

<sup>25</sup> **A. RUGGERI**, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, cit., 755, nota 13.

<sup>26</sup> «Sin dall'inizio dei lavori della Sottocommissione, nella stesura della Costituzione, si è detto che la fondamentale preoccupazione è quella di negare la teoria dei "diritti riflessi", che fu il fondamento dello Stato fascista. Lo Stato fascista, infatti, aveva come suo fondamento la teoria giuridica che tutti i diritti sono creati e concessi dallo Stato, che può ritirarli in qualunque momento. Negando questa teoria, si vuole affermare che lo Stato non fa che riconoscere e tutelare dei diritti anteriori alla Costituzione dello Stato, che sono diritti dei singoli, diritti delle società o comunità naturali. Con una dichiarazione come quella proposta, ci si ricollega alla cosiddetta tradizione giuridica occidentale che da Aristotile, attraverso il Cristianesimo, è arrivata fino a oggi. Affermando che la famiglia "è una società naturale" – oppure "di diritto naturale", secondo la proposta del Presidente – si afferma che la famiglia è un ordinamento giuridico e che lo Stato non fa che riconoscere e proteggere questo ordinamento giuridico anteriore allo Stato stesso». Così **G. LA PIRA**, in *Atti dell'Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione*, seduta 6 novembre 1946, p. 345.

<sup>27</sup> Onde lo stesso La Pira sosteneva l'inserzione nella Costituzione dell'indissolubilità del matrimonio: "Indipendentemente dal principio religioso dell'indissolubilità del sacramento, la sua proposta è basata sul fatto che effettivamente gli studi più recenti di cattolici e non cattolici nel campo biologico, fisiologico e sociologico, hanno dimostrato sempre più come il principio dell'indissolubilità sia corrispondente alla struttura e alle finalità che il matrimonio si propone di raggiungere. A questo motivo di carattere razionale



effetti, la differenza sta nella stessa fattispecie causale<sup>28</sup>. L'articolo 29 della Costituzione così, che comprende e matrimonio e famiglia, può essere interpretato con modalità diverse e talora antitetiche. Si potrebbe pensare, ad esempio, che in Italia una famiglia e relazioni familiari possano esistere solo sul fondamento del matrimonio. Ma non è così e il coordinamento tra l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>29</sup>, la legge 10 dicembre 2012 n. 219 e il susseguente decreto legislativo n. 154 del 2013, ha sanzionato compiutamente quanto, parzialmente, prefigurava Giuseppe Carraro già nel 1975: che in Italia può esistere una famiglia senza matrimonio. All'epoca, questa constatazione era moderata dalla distinzione tra famiglia legittima e famiglia naturale<sup>30</sup>; oggi, l'eguaglianza giuridica di

---

ne aggiunge uno di carattere legislativo, nel senso che sia l'attuale legislazione russa che molte altre Costituzioni moderne, si sono orientate verso l'affermazione del principio della indissolubilità del matrimonio. Perciò, per ragioni scientifiche, legislative e storiche, ritiene che tale principio debba essere affermato nella Costituzione italiana, se si vuole veramente costruire una società nella quale non valga più il principio individualistico, ma quello della responsabilità sociale. Per quanto sia stato affermato che non si farà cenno al divorzio né nella Costituzione, né nella futura legislazione, è dell'avviso che bisogna dare al legislatore una indicazione che limiti la sua volontà in questo campo": *ivi*, seduta 7 novembre 1946, p. 359.

<sup>28</sup> Così **A. TRABUCCHI**, *Istituzioni di diritto civile*, 22<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 1977, pp. 264-265.

<sup>29</sup> Questo articolo, come noto, sembra distinguere, nel senso di separare, il diritto di sposarsi dal diritto di costituire una famiglia: cfr. **M. SESTA**, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 2.

<sup>30</sup> **L. CARRARO**, *Note introduttive agli articoli 100-112 Nov.*, in L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi (ed.), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 1977, I, 2, pp. 654-656. L'interessante tentativo di distinguere tra una "famiglia naturale legittima" (fondata sul matrimonio) e una "famiglia naturale" (illegittima?), operato da **A. RENDA**, *Il matrimonio civile. Una teoria istituzionale*, cit., p. 68, nota 160, sembra muoversi quasi esclusivamente sul piano terminologico; ma, su questo piano, va rilevato che la citata riforma della filiazione inserisce tutti i figli (nati all'interno o fuori del matrimonio) in una famiglia unitariamente configurata dall'art. 315-bis cod. civ., per il quale "il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni. Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti. Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano. Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa". Questa famiglia è la propria famiglia: cfr. **R. CARRANO**, *La revisione sistematica del codice e i nuovi rapporti tra matrimonio e filiazione*, in C.M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, Cedam, Padova, 2015, pp. 45-47. L'illazione che dal "diritto all'amore" del figlio deriverebbe un dovere di celebrare il matrimonio, ulteriore rispetto a quello puramente morale (*ivi*, 50, nota 29), non sembrerebbe trovare fondamento nel diritto positivo. Sul



tutti i figli, nel matrimonio o fuori di esso, determina una nuova identità della famiglia<sup>31</sup>, con ciò approdandosi a una “pluralità di modelli familiari”<sup>32</sup>. Sul punto si ritornerà.

## 2 - La questione della definizione del matrimonio. Mutamento della sensibilità generale e ricollocazione dell’istituto matrimoniale e familiare: dal bene del gruppo al bene degli individui

Per tornare alla definizione di matrimonio nel codice civile vigente, va ribadito che la sua assenza fu sostanzialmente voluta dal legislatore codiciale italiano, sia ottocentesco che novecentesco<sup>33</sup>. A essa si tentò di porre rimedio durante i lavori di riforma del diritto di famiglia, agli inizi degli anni '70, con la proposta di un art. 83 *bis*, per il quale

“il matrimonio si costituisce con la volontà, legittimamente espressa davanti ad un competente ufficiale dello stato civile di un uomo e di una donna, che abbiano i requisiti fissati dalla legge, di prendersi reciprocamente in marito e moglie”<sup>34</sup>.

La proposta, però, naufragò, e i tentativi di desumere una definizione del matrimonio dalla legge sul divorzio, oltre che un po’ paradossali, rivelano tutta la loro incertezza<sup>35</sup>. Dunque, l’assenza di definizione giustifica interpretazioni opposte, e ciò sia in ambito dottrinale che giurisprudenziale. La mancata esplicitazione *diretta* del codice civile circa la differenza di sesso

---

rilievo dell’art. 315-*bis*, si veda **F. PATERNITI**, *Lo status costituzionale dei figli*, in <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/05/PATERNITI.pdf> (accesso: 16 febbraio 2016), pp. 66-69.

<sup>31</sup> “Tutti i figli sono uguali, ma la famiglia è alla ricerca di una nuova identità”: così **V. CARBONE**, *Riforma della famiglia: considerazioni introduttive*, in *Famiglia e diritto*, 20 (2013), p. 228. D’altra parte, se dal Parlamento italiano verrà tradotto in legge il c.d. disegno di legge Cirinnà, a oggi approvato dal Senato, si attribuirà alle parti dell’unione civile il potere di concordare “tra loro l’indirizzo della vita familiare”: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/319392.pdf> (accesso: 16 febbraio 2016).

<sup>32</sup> Così **M. SESTA**, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., pp. 3-4.

<sup>33</sup> Si cfr. **F. FINOCCHIARO**, *Matrimonio (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, 25, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 808-809. Da notare che un’eguale osservazione (mancata definizione) era stata riferita da Jemolo alla famiglia: cfr. **A.C. JEMOLO**, *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, cit., p. 223.

<sup>34</sup> **F. FINOCCHIARO**, *Matrimonio (diritto civile)*, cit., loc. cit.

<sup>35</sup> Cfr. **F. SANTOSUOSSO**, *Il matrimonio. Libertà e responsabilità nelle relazioni familiari*, Utet, Torino, 2011, p. 13, nota 9.





nel coniugio, fatti salvi alcuni elementi interpretativi secondari<sup>36</sup>, e un rilievo del Tribunale rimettente, per il quale “nell’ordinamento vigente, il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è né previsto né vietato espressamente”<sup>37</sup>, avevano fatto così ribadire alla Corte costituzionale che

«l’istituto del matrimonio civile, come previsto nel vigente ordinamento italiano, si riferisce soltanto all’unione stabile tra un uomo e una donna ... In sostanza, l’intera disciplina dell’istituto, contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula la diversità di sesso dei coniugi, nel quadro di “una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio” ... Nello stesso senso è la dottrina, in maggioranza orientata a ritenere che l’identità di sesso sia causa d’inesistenza del matrimonio, anche se una parte parla di invalidità»<sup>38</sup>.

La Cassazione però, nel 2012, andava oltre, e, nell’interpretare la stessa sentenza della Corte costituzionale, diceva che

«se nel nostro ordinamento è compresa una norma – l’art. 12 della CEDU appunto, come interpretato dalla Corte Europea –, che ha privato di rilevanza giuridica la diversità di sesso dei nubendi nel senso dianzi specificato... ne segue che la giurisprudenza di questa Corte – secondo la quale la diversità di sesso dei nubendi è, unitamente alla manifestazione di volontà matrimoniale dagli stessi espressa in presenza dell’ufficiale dello stato civile celebrante, requisito minimo indispensabile per la stessa “esistenza” del matrimonio civile, come atto giuridicamente rilevante – non si dimostra più adeguata alla attuale realtà giuridica, essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire “naturalistico”, della stessa “esistenza” del matrimonio»<sup>39</sup>.

Nel 2015, poi, la stessa Cassazione, sui matrimoni celebrati all’estero tra persone del medesimo sesso, escludeva “la contrarietà all’ordine pubblico

---

<sup>36</sup> Come quelli desumibili dall’art. 87, n. 3, codice civile, che in tema di impedimenti da parentela e affinità si riferisce a “zio” e “zia”, e soprattutto dall’art. 107 codice civile, che parla di “marito” e “moglie”. L’argomento lessicale potrebbe portare a conclusioni antitetiche nel caso di altre disposizioni, come nota **A. MANIACI**, *La carta dei “di.co.”: un sesquipedale bluff*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), maggio 2007, e in *I contratti*, 15 (2007), pp. 693-694.

<sup>37</sup> Cfr. il n. 1 del “ritenuto in fatto” della sentenza citata nella nota seguente.

<sup>38</sup> Sent. 15 aprile 2010, n. 138, in *Giurisprudenza costituzionale* 55 (2010), p. 1623.

<sup>39</sup> Cassazione, sent. 15 marzo 2012, n. 4184, in *Il diritto di famiglia e delle persone* 41 (2012), p. 733.



del titolo matrimoniale estero pur riconoscendone l'inidoneità a produrre nel nostro ordinamento gli effetti del vincolo matrimoniale"<sup>40</sup>.

La realtà è che non ci sono dubbi sul fatto che, negli anni di composizione del codice civile del 1942, non potesse essere più lontana dalla mente del legislatore fascista l'idea che il matrimonio potesse non riguardare due persone di sesso diverso; e ciò vale anche per il Costituente in rapporto all'art. 29 della Costituzione, indipendentemente dal significato che, giuridicamente, si voglia attribuire, sul punto, al silenzio<sup>41</sup>. E se questo si dice comunemente, l'affermazione deve essere accompagnata dall'osservazione per cui, se così pensava il legislatore, certamente l'opinione pubblica dell'epoca non era diversa. La dottrina, dal canto suo, esprimeva questo comunissimo sentire con la qualificazione giuridica di inesistenza, e non di invalidità, data al matrimonio eventualmente celebrato tra due persone dello stesso sesso; per Francesco Degni, che scrive nel 1929, il matrimonio tra due persone dello stesso sesso "è il nulla"<sup>42</sup>.

Se dal 1939 torniamo all'opinione pubblica dell'oggi, certo non è facile ricostruire univocamente i dati statistici relativi alle opinioni degli italiani sul matrimonio e sulla struttura familiare<sup>43</sup>; un'indagine attraverso la rete risulterebbe contraddittoria, soprattutto per quanto riguarda la diversità di sesso nel matrimonio, dal momento che, sull'indissolubilità, l'Istituto nazionale di statistica ci consente di trarre alcune conclusioni<sup>44</sup>. In tal caso poi, procedendo per cerchi concentrici, sarebbe doveroso che ci occupassimo pure di che cosa ne pensino coloro che in Italia si professano cattolici e – ma la cosa diventa più difficile – di quali convinzioni abbiano

---

<sup>40</sup> Cassazione, sent. 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Il diritto di famiglia e delle persone* 44 (2015), p. 497. Nel frattempo, la Corte costituzionale, con la sentenza 11 giugno 2014, n. 170, aveva ritenuto in diritto che «la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che "stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso"» (sentenza n. 138 del 2010), in *Giurisprudenza costituzionale*, 59 (2014), p. 2701.

<sup>41</sup> Cfr. **S. RODOTÀ**, *Diritto d'amore*, cit., p. 107.

<sup>42</sup> **F. DEGNI**, *Del matrimonio*, 2, Marghieri-Utet, Napoli-Torino, 1929, p. 133.

<sup>43</sup> Qualche indicazione recente in **S. SALVINI, D. VIGNOLI**, *Convivere o sposarsi?*, il Mulino, Bologna, 2014.

<sup>44</sup> Per il 2014 si veda <http://www.istat.it/it/archivio/173316> (accesso: 16 febbraio 2016); tra altre notazioni, vi si dice che "i matrimoni più recenti durano sempre meno. Le unioni interrotte da una separazione, dopo 10 anni di matrimonio, sono quasi raddoppiate passando dal 4,5% dei matrimoni celebrati nel 1985 all'11% osservato per le nozze del 2005". Si veda anche **R. VOLPI**, *Non è una semplice crisi. Gli ultimi dati Istat sul matrimonio*, in *L'Osservatore romano*, 16-17 novembre 2015, p. 4. Altri dati in P. Donati (ed.), *La relazione di coppia oggi. Una sfida per la famiglia*, Erickson, Trento, 2012.



gli stessi investiti di uffici pastorali<sup>45</sup>. Andando poi fuori d'Italia, sarebbe assai interessante fare un esame delle risposte che, da tutto il mondo cattolico, sono giunte alla segreteria del sinodo conseguentemente ai sondaggi che il Pontefice aveva disposto preliminarmente alla celebrazione dei due recenti sinodi sulla famiglia. Una qualche idea, peraltro, noi possiamo averla grazie a quegli episcopati che decisero di pubblicare i risultati di quei sondaggi<sup>46</sup>.

Il secondo aspetto – le convinzioni diffuse presso i titolari di uffici pastorali – meriterebbe una ricerca approfondita, a partire, ad esempio, da un attento esame degli interventi avutisi nei medesimi due recenti sinodi episcopali e comparandoli con gli stessi dibattiti nell'Aula conciliare, circa cinquant'anni fa, in occasione della redazione dei passi della *Gaudium et spes* dedicati al matrimonio e alla famiglia<sup>47</sup>. E ciò senza voler tornare troppo indietro nel tempo, ad esempio all'enciclica *Arcanum* di Leone XIII (1880) o alla *Casti connubii* di Pio XI (1930). Quest'ultima richiamava la prima in un passo significativo (forse un presentimento?) nel quale si aveva cura di sottolineare che le disposizioni della legge divina, naturale e positiva, riguardanti il matrimonio, "non possono andar soggette ad alcun giudizio umano e ad alcuna contraria convenzione, nemmeno degli stessi coniugi"<sup>48</sup>. Pio XI, per la verità, attribuiva alla struttura essenziale della famiglia – si badi, per diritto divino – la configurazione gerarchica interna che esigeva

---

<sup>45</sup> Per rimanere in un ambito limitato, si veda il risultato di 52 questionari giunti alla redazione della rivista *Il Regno*, provenienti "prevalentemente dal nord Italia", in vista del sinodo del 2015: **M.E. GANDOLFI**, *Verso il Sinodo 2015. Le risposte alle 46 domande. Lessico familiare. Ampie consonanze e nuove piste di riflessione*, in *Il Regno attualità*, 60 (2015), pp. 228-230, e, precedentemente, **IDEM**, *In ascolto. Prime sintesi e riflessioni a partire dai questionari arrivati in redazione*, in *Il Regno attualità*, 59 (2014), pp. 5-7.

<sup>46</sup> La Conferenza episcopale tedesca, ad esempio, pubblicò un *Riassunto delle risposte pervenute dalle (arci)diocesi tedesche* (cfr. *Il Regno documenti* 59 [2014], 162-172). Altri documenti informativi dello stesso tenore provennero dalle Conferenze austriaca e svizzera (in *Il Regno documenti* 59 [2014], 241-248), belga, francese, giapponese (ivi, 290-307).

<sup>47</sup> Cfr. **V. FAGIOLO**, *Essenza e fini del matrimonio secondo la Costituzione pastorale "Gaudium et spes" del Vaticano II*, in **AA. VV.**, *L'amore coniugale* (Annali di dottrina e giurisprudenza canonica 1), Città del Vaticano, 1971, pp. 57-102. Si cfr. anche **G. TURBANTI**, *Un Concilio per il mondo moderno. La redazione della costituzione pastorale "Gaudium et spes" del Vaticano II*, il Mulino, Bologna, 2000, *passim*, nonché F. Gil Hellín (ed.), *Gaudium et spes*, in **PONTIFICIA UNIVERSITAS SANCTAE CRUCIS**, *Concilii Vaticani II Synopsis in ordinem redigens schemata cum relationibus necnon patrum orationes atque animadversiones*, 4, LEV, Città del Vaticano, 2003, *passim*. Cfr. anche **J. GRANADOS**, *Un insegnamento di luce: il magistero pontificio sul matrimonio e la famiglia a partire dal Vaticano II*, in M. Tinti (ed.), *Famiglia e diritto nella Chiesa*, cit., pp. 22-26.

<sup>48</sup> Cfr. **PIO XI**, lettera enciclica *Casti connubii*, 31 dicembre 1930, in *Enchiridion delle encicliche*, 5, Dehoniane, Bologna, 1995, p. 591 (AAS, 22 [1930], p. 541).



di presentare la funzione del marito in termini di potestà e quella della moglie e dei figli in termini di soggezione<sup>49</sup>. Il linguaggio dell'esclusione di ogni "contraria convenzione", su matrimonio e famiglia, ne riflette una concezione, anche secolare, istituzionalistica; in essa, entrambi sono contrassegnati da un rifiuto della "rilevanza dell'autonomia delle persone", con il conseguente loro riferimento alla sfera del diritto pubblico<sup>50</sup> di uno Stato che, su di essi, incide come "Stato interventista"<sup>51</sup>.

Ora è rilevante notare, in questa sede, come, per una tale visione, l'accento venisse indubbiamente posto più sul bene della famiglia che non sul bene degli individui che la compongono, ossia i coniugi e i figli, in una concezione per la quale era predominante "l'interesse oggettivo della famiglia come situazione organica primaria cui sono subordinati e funzionalizzati gli interessi meramente privati dei singoli"<sup>52</sup>. Dopo un'evoluzione storico-giuridica costante, il rilievo pubblicistico del matrimonio come "seminativo degli Stati, la fonte e l'origine della società civile e il fondamento delle famiglie che compongono le repubbliche"<sup>53</sup> diventa totale, «sia per lo Stato sia per la chiesa che non a caso nel Novecento adotta questa visione della famiglia come "cellula" della società ...»<sup>54</sup>.

Sembrerebbe che il passaggio dall'accentuazione dell'uno bene (della collettività familiare) a quella dell'altro (dei singoli componenti), sia uno degli aspetti più rilevanti nel mutamento intervenuto – a livello di mentalità, di costume e conseguentemente di normazione – in rapporto agli

---

<sup>49</sup> "Quanto poi al grado e al modo di questa soggezione della moglie al marito, essa può essere varia secondo la varietà delle persone, dei luoghi e dei tempi; anzi, se l'uomo viene meno al suo dovere, appartiene alla moglie supplirvi nella direzione della famiglia. Ma in nessun tempo e luogo è lecito sovvertire o ledere la struttura essenziale della famiglia stessa e la sua legge da Dio fermamente stabilita": **PIO XI**, lettera enciclica *Casti connubii*, 31 dicembre 1930, in *Enchiridion delle encicliche*, cit., p. 607 (AAS, 22 [1930], pp. 549-550).

<sup>50</sup> Cfr. **S. RODOTÀ**, *Diritto d'amore*, cit., pp. 25-26.

<sup>51</sup> Così **D. LOMBARDI**, *Storia del matrimonio*, cit., p. 223.

<sup>52</sup> **A. BETTETINI**, *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., p. 9.

<sup>53</sup> Così Jean Bodin cit. da **A. MELLONI**, *Amore senza fine, amore senza fini*, il Mulino, Bologna, 2015, p. 37.

<sup>54</sup> **A. MELLONI**, *Amore senza fine, amore senza fini*, cit. Si cfr. anche **R. NEBULONI**, *I Francofortesi: pro e contro la freddezza borghese*, in A. Colombo, C. Quarta (ed.), *Il destino della famiglia nell'utopia*, Dedalo, Bari, 1991, pp. 285-307, nonché **P. GINSBORG**, *Famiglia Novecento. Vita familiare, rivoluzione e dittature, 1900-1950*, Einaudi, Torino, 2013, pp. 205-321.



istituti del matrimonio e della famiglia (almeno) nell'ultimo mezzo secolo<sup>55</sup>. Questa notazione sarebbe gravemente incompleta se non osservassimo come il mutamento abbia interessato, ovviamente in misura diversa e sul fondamento di principi diversi, sia la concezione secolare che quella canonica del matrimonio<sup>56</sup>. Penso che tutti siano d'accordo su questa constatazione, direi abbastanza empirica, visto che è sufficiente, in ambito civile, ricordare la riforma del diritto di famiglia del 1975 e, in ambito canonico, il passaggio dal *Codex* del 1917 a quello del 1983.

Il discorso si fa più complesso quando si tratti di ricostruire i fondamenti ideali posti alla base di una trasformazione tanto rilevante. Per il diritto secolare, generalmente si parla di progressiva attrazione della famiglia e del matrimonio dalla sfera pubblicistica a quella privatistica<sup>57</sup>, nonché di "deistituzionalizzazione e contrattualizzazione del matrimonio"<sup>58</sup>. Questa trasformazione, negli ordinamenti statuali specialmente occidentali, sembra strettamente connessa all'innegabile valorizzazione dell'individuo; sottolineo, non della persona, ma dell'individuo<sup>59</sup>. Con tale precisazione si accompagna l'interrogativo se la

---

<sup>55</sup> D. LOMBARDI, *Storia del matrimonio*, cit., p. 236, parla di "degiuridicizzazione del matrimonio e della famiglia". Sulle "tendenze evolutive comuni" nell'Europa occidentale, si veda soprattutto P. RONFANI, *Il diritto di famiglia in Europa*, in M. BARBAGLI et Alti, *Storia della famiglia in Europa, Il Novecento*, a cura di M. Barbagli, D.I. Kertzer, Laterza, Bari-Roma, 2005, pp. 203-223.

<sup>56</sup> A. MELLONI, *Quand le catholiques parlent de "famille". Répercussions historiques et métamorphoses sémantiques au XX<sup>e</sup> siècle*, in A. Becker, F. Gugelot, D. Pelletier, N. Viet-Depaule (ed.), *Écrire l'histoire du christianisme contemporain. Autour de l'œuvre d'Étienne Fouilloux*, Éditions Karthala, Paris, 2013, pp. 331-345.

<sup>57</sup> Cfr. G. LO CASTRO, *Tre studi sul matrimonio*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 43-46. Si cfr. A. DONATI, *La famiglia tra diritto pubblico e diritto privato*, Cedam, Padova, 2004, specialmente pp. 151-279.

<sup>58</sup> A. BETTETINI, *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., p. 21. Per l'Autore tali processi risultano particolarmente evidenti in questi "momenti dell'esperienza giuridica...: l'uguaglianza e l'unità della famiglia; la sempre maggior rilevanza (giuridica e sociale) delle relazioni familiari di fatto; la cessazione del vincolo di coniugio mediante divorzio".

<sup>59</sup> Cfr. F. DE SINGLY, V. CICCHELLI, *La famiglia contemporanea: riproduzione sociale e realizzazione dell'individuo*, in M. BARBAGLI ET ALII, *Storia della famiglia in Europa, Il Novecento*, cit., pp. 429-478. Questa distinzione, in fondo, sembra rappresentare un motivo culturale di fondo della *Carta dei diritti della famiglia*, a partire dalla lettera a) del preambolo, per cui i "diritti della persona, anche se espressi come diritti dell'individuo, hanno una fondamentale dimensione sociale, che trova nella famiglia la sua nativa e vitale espressione": vedi SANTA SEDE, *Carta dei diritti della famiglia*, 22 ottobre 1983, in Pontificio Consiglio per la famiglia (ed.), *Enchiridion della famiglia*, Dehoniane, Bologna, 2000, pp. 507-520. Sull'evoluzione culturale nel frattempo intervenuta, o proseguita, cfr. V. PAGLIA, A



progressiva depubblicizzazione delle relazioni familiari non comporti effetti individualistici e completa negazione della loro funzione sociale<sup>60</sup>. Nel suo nucleo, si tratta di un coniugio concepito

«in un'ottica individualistica, pensato come "associazione al servizio della felicità individuale", certo rilevante socialmente, e per questo regolato dal diritto, ma privo di suggestioni istituzionali o pubblicistiche"; di un «regime ... più attento alla volontà di coloro che lo contraggono, maggiormente dipendente dall'effettiva esistenza della stessa»<sup>61</sup>.

Di più, con la riforma del 1975 si sarebbe operato un primo riconoscimento del mondo affettivo, accompagnato da un "netto rifiuto d'ogni pretesa statalista di impadronirsi della vita amorosa della persona, conformandola secondo categorie come quelle dell'ordine pubblico e del buon costume"<sup>62</sup>.

Nel diritto canonico proporre un discorso analogo (passaggio da una concezione pubblicistica a quella privatistica, del matrimonio e della famiglia; valorizzazione dei sentimenti individuali), e soprattutto percepire il fondamento di un tale passaggio, si fa più impervio. Invocare l'influenza della dimensione personalistica, parlando per l'appunto di "evoluzione in senso personalistico" nel modo di intendere matrimonio e famiglia all'interno della Chiesa<sup>63</sup>, in effetti, potrebbe sembrare solo un modo per chiamare con un termine diverso una medesima realtà. Intendo, con ciò, semplicemente segnalare che, la tante volte ripetuta c.d. influenza personalistica sul matrimonio canonico, non può diventare una formula tralatizia cui ricondurre alcune novità del *Codex* del 1983 (ad esempio in tema di dolo, errore sulle qualità, *bonum coniugum*, ecc.<sup>64</sup>) e nello stesso tempo pensare a una sua inoffensività sul piano dei risvolti generali e su quello della formazione di una mentalità comune. Il personalismo nel

---

trent'anni dalla *Carta dei diritti della famiglia*, in M. Tinti (ed.), *Famiglia e diritto nella Chiesa*, cit., pp. 11-20. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Innovazioni legislative e giurisprudenziali sulla famiglia*, cit., pp. 308-310.

<sup>60</sup> Cfr. l'interrogativo, in tal senso, di S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., 68, cui l'A. dà risposta negativa.

<sup>61</sup> G. LO CASTRO, *Tre studi sul matrimonio*, cit., p. 52.

<sup>62</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., p. 12.

<sup>63</sup> Cfr. P. MONETA, *Processo di nullità, matrimonio e famiglia nell'attuale dibattito sinodale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 8/2015.

<sup>64</sup> Cfr. M.J. ARROBA CONDE, *La dichiarazione delle parti come valorizzazione della dimensione personalista del Processo matrimoniale canonico*, in P. Gherri (ed.), *Diritto canonico, Antropologia e Personalismo*, LEV, Città del Vaticano, 2008, pp. 139-162, nonché C. BEGUS, *Recezione ed istituzionalizzazione del Personalismo nella Giurisprudenza canonica*, *ivi*, pp. 163-180.



campo giuridico del matrimonio, se vogliamo guardare alla realtà effettiva, apre, più che risolverli, istanze, sviluppi e problemi nuovi. Di ciò è comprova il fatto che assai spesso, nell'evocarlo, si sente la necessità di precisarne i contenuti, soprattutto per distinguerlo dal soggettivismo e dall'individualismo<sup>65</sup>. Ancora, esso appare un principio al quale vengono attribuiti contenuti diversi a seconda della formazione scientifica dell'interprete. Ciò avviene, anzitutto, all'interno della scienza canonica, tanto da far dire che, sulla dimensione personalistica del matrimonio *sub specie iuris*, si va "da chi pensa che si tratti della chiave fondamentale per affrontare tutte le questioni iusmatrimoniali fino a chi teme che per tale via si rischi uno svuotamento del matrimonio in quanto realtà giuridica"<sup>66</sup>. Avviene anche però, e forse ancor più, a seconda che l'interprete sia un teologo, un biblista, un pastoralista o, infine, un canonista. I diversi interpreti, forse, dovrebbero parlarsi di più, ponendo maggiore attenzione all'aspetto interdisciplinare e, quindi, al significato che le proprie elaborazioni possono assumere al di fuori del proprio campo d'indagine<sup>67</sup>. Come ha detto un Autore, il riferimento alla concretezza dell'umanità comporta che «il canonista sappia correttamente distinguere tra il referente formale della propria attività e quello sostanziale: tra il Popolo di Dio come tale (referente 'formale') e il singolo *Christifidelis* come 'attuale' (referente

---

<sup>65</sup> Tra i molti esempi possibili, la Rota romana: «*Tritum est affirmare quod, praesertim post Oecumenicum Concilium Vaticanum II, matrimonii perceptio christiana, immo quoque et canonica, magis magisque "personalistica" facta est. Ipsum vero personalismum accurate intellegere oportet, quippe qui minime confundi debeat cum subiectivismo vel individualismo, qui innituntur falso principio secundum quod unusquisque seipsum perficere ["fulfill"] potest in quadam relatione cum semetipso tantum in qua se collocat uti centrum omnium ambitionum ac studiorum suorum. Ad hanc possibilem confusionem praecavendam, sunt qui sapienter animadvertunt quod personalismus modo necessario interpersonalismum comportat. Interpersonalismus enimvero capacitatem necnon necessitatem uniuscuiusque personae ad se transcendendam magis directe indicat; et sublineat illam "dimensionem socialem" hominis utpote elementum essenziale eius "realizationis" personalisticae. Karol Wojtyla, hoc illustrans, animadvertit quod "L'esempio migliore è il matrimonio, nel quale la relazione 'io-tu', la relazione interpersonale, esplicitata al massimo, acquista una dimensione sociale... Il che evidentemente significa che questa nuova relazione, sociale, pone anche nuovi compiti ed esigenze radicali alla relazione interpersonale 'io-tu'" (Perché l'Uomo; Scritti inediti di antropologia e filosofia, Milano, 1995, p. 99). Matrimoniale autem foedus est personalisticum quoque quia est essentialiter interpersonalisticum»:* coram Burke, 12 iunii 1997, in RRDec. vol. 89, 508, n. 2.

<sup>66</sup> C.J. ERRÁZURIZ M., *Persona e natura nel matrimonio: la dimensione di giustizia*, in H. Franceschi, M.A. Ortiz (ed.), *Ius et matrimonium. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico* (Subsidia canonica, 18), ESC, Roma, 2015, p. 21.

<sup>67</sup> Si veda la significativa ricostruzione critica che si trova in P. GHERRI, *Diritto canonico, Antropologia e Personalismo*, in P. Gherrri (ed.), *Diritto canonico, Antropologia e Personalismo*, cit., pp. 11-50.



‘sostanziale’)», aggiungendo come sia

«questo, d’altra parte, il *gap* strutturale tra ogni norma giuridica (generale, astratta ed esteriore) ed il suo destinatario (specifico, concreto ed ‘interiore’), stacco che non può essere colmato ma soltanto ‘gestito’ da un’autentica ‘conoscenza’ tanto [a] della Legge, che [b] dei suoi fondamenti teologici o funzionali, che [c] della persona concreta ad essa soggetta»<sup>68</sup>.

### 3 - I capisaldi evolutivi del diritto matrimoniale e familiare italiano dopo l’entrata in vigore della Costituzione repubblicana. L’importanza della riforma della filiazione

Partendo dall’ambito statuale italiano, forse è il caso di esporre brevemente i passaggi della trasformazione, perlopiù riconducibili al periodo successivo all’entrata in vigore della Carta costituzionale del 1948. Vent’anni dovevano passare prima che la Corte costituzionale intervenisse con alcune storiche sentenze. Ovviamente non c’interessano qui i temi specifici, com’è, ad esempio, quello dell’adulterio e del trattamento giuridico diverso che all’epoca, secondo la tradizione, era riservato all’adulterio del marito e a quello della moglie. Le pronunce della Corte, del 1968 e del 1969<sup>69</sup>, depenalizzavano l’adulterio della (sola) moglie. Ma solo pochi anni prima di quel “ravvedimento”<sup>70</sup>, nel 1961, la stessa Corte aveva rigettato l’accusa di incostituzionalità della stessa norma, contestata sotto il profilo della violazione del principio di eguaglianza dei coniugi; sarebbero da rileggere, oggi, le motivazioni che nel 1961 ne determinavano il rigetto da parte della Corte di allora<sup>71</sup>.

Ma è soprattutto con l’apertura delle discussioni sull’introduzione

---

<sup>68</sup> P. GHERRI, *Diritto canonico, Antropologia e Personalismo*, cit., p. 37.

<sup>69</sup> Corte costituzionale, sent. 19 dicembre 1968, n. 126 (*Giurisprudenza costituzionale*, 13 [1968], pp. 2175-2208); sent. 19 dicembre 1968, n. 127 (*ivi*, pp. 2208-2213); sent. 3 dicembre 1969, n. 147 (*ivi*, 14 [1969], pp. 2230-2249).

<sup>70</sup> Così S. RODOTÀ, *Diritto d’amore*, cit., p. 44.

<sup>71</sup> Corte costituzionale, sentenza 23 novembre 1961, n. 64, per la quale, tra l’altro, “è innegabile che anche l’adulterio del marito può, in date circostanze, manifestarsi coefficiente di disgregazione della unità familiare; ma, come per la fedeltà coniugale, così per la unità familiare il legislatore ha evidentemente ritenuto di avvertire una diversa e maggiore entità della illecita condotta della moglie, rappresentandosi la più grave influenza che tale condotta può esercitare sulle più delicate strutture e sui più vitali interessi di una famiglia ...”. Vedi *Giurisprudenza costituzionale*, 6 (1961), pp. 1224-1237, con nota (sostanzialmente adesiva) di C. ESPOSITO.





del divorzio che, in Italia, si manifesta il più evidente mutamento di paradigma in ordine alla concezione sia del matrimonio che della famiglia. In Italia peraltro, va ricordato, la discussione sul divorzio era antica e sostanzialmente risaliva agli anni successivi all'introduzione del matrimonio civile col codice civile del 1865<sup>72</sup>. In sede di Costituente, poi, si parlò di indissolubilità del matrimonio civile, ma per pochi voti non passò l'istanza che essa venisse fatta oggetto di un principio costituzionale<sup>73</sup>.

Le cose, in seguito, andarono come sappiamo. Non voglio qui toccare la questione, schiettamente concordataria, degli interventi della Santa Sede sul *vulnus* che, al Concordato lateranense avrebbe inferto l'introduzione del divorzio<sup>74</sup>. Certamente, nella proposta di legge, presentata alla Camera dei deputati il 5 giugno del fatidico 1968, proposta corredata da un'ampia premessa storica<sup>75</sup>, si possono trovare interessanti spunti, credo anche di attualità. Ad esempio, nel riproporre ampi brani del progetto di legge Morelli, del 1878, abbiamo modo di vedere come lì si dichiarasse, tra l'altro, che

“se il Codice civile deve dichiarare sciolto il matrimonio per la morte naturale di uno dei coniugi, ben può dirsi che con non minore ragione debba esserlo quando i due coniugi sono morti moralmente l'uno

---

<sup>72</sup> F. SCADUTO, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia*, 2, Fratelli Bocca, Torino, 1894, p. 827 e ss. Cfr. anche M. DE GIORGIO, *Raccontare un matrimonio moderno*, cit., 340-344, nonché C. VALSECCHI, *In difesa della famiglia? Divorzisti e antidivorzisti in Italia tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano, 2004.

<sup>73</sup> Cfr. G. SCIRÈ, *Il divorzio in Italia*, Bruno Mondadori, Milano, 2007, p. 20.

<sup>74</sup> I documenti relativi a questa “controversia diplomatica” si possono trovare in G. DALLA TORRE, *La riforma della legislazione ecclesiastica. Testi e documenti per una ricostruzione storica*, Patron, Bologna, 1985, pp. 128-154. La sentenza della Corte costituzionale 8 luglio 1971, n. 169, escludeva l'incostituzionalità dell'estensione ai matrimoni canonici trascritti dell'istituto del divorzio: *ivi*, pp. 162-164; la sentenza sta in *Giurisprudenza costituzionale*, 16 (1971), pp. 1784-1790. Cfr. anche S. DOMIANELLO, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 293-302, nonché F. LUSSANA, *L'Italia del divorzio. La battaglia fra Stato, Chiesa e gente comune (1946-1974)*, Carocci, Roma, 2014, pp. 103-117; 134-142. Per una contestualizzazione, cfr. M. FAGGIOLI, *Il modello Bartoletti nell'Italia mancata*, in A. Melloni (dir.), *Cristiani d'Italia. Chiese, società, Stato, 1861-2011*, Treccani, Roma 2011, pp. 317-330. Cfr. anche O. FUMAGALLI CARULLI, *Innovazioni legislative e giurisprudenziali sulla famiglia*, cit., pp. 290-292 nonché IDEM, *Matrimonio ed enti tra libertà religiosa e intervento dello Stato*, Vita e Pensiero, Milano, 2012, pp. 16-18.

<sup>75</sup> La proposta del 7 ottobre 1968 (Baslini) venne accorpata a quella del 1 ottobre 1965 (Fortuna), ripresentata alla Camera il 5 giugno 1968: G. SCIRÈ, *Il divorzio in Italia*, cit., pp. 26-27; 36-37. A quest'ultima, per la sua estensione, si fa riferimento; essa si può trovare in: [http://www.camera.it/\\_dati/leg05/lavori/stampati/pdf/00010001.pdf](http://www.camera.it/_dati/leg05/lavori/stampati/pdf/00010001.pdf) (accesso: 16 febbraio 2016).



all'altro<sup>76</sup>;

comunque, è degno di nota che, tra i fondamenti della riforma, si invocasse la realizzazione del "libero sviluppo della persona umana"<sup>77</sup>.

Non è facile, oggi, capire l'importanza del mutamento di mentalità rivelatosi e perfezionato in Italia con l'introduzione del divorzio. E, vorrei sottolineare, non tanto per la riforma in sé<sup>78</sup>, quanto per le motivazioni poste a fondamento della medesima. Il richiamo al "libero sviluppo della persona umana nell'ambito delle libertà costituzionali", appena visto, trova un suo fondamento in un certo modo di concepire il personalismo presente nella Costituzione italiana e, soprattutto, sembra dimostrare come i principi generali talvolta si prestino a essere riempiti con contenuti diversi se non addirittura antitetici; se il personalismo può essere presentato come "punto di mediazione antropologica" nei lavori della Costituente, e nella stessa "architettura costituzionale", nonché "terreno adatto su cui edificare l'intesa costituente con appartenenti ad altre tradizioni filosofiche o ideologie"<sup>79</sup>, non è escluso che i concetti filosofico-dottrinali, una volta divenuti giuridici attraverso la produzione legislativa anche costituzionale, siano sempre meno influenzati dall'intenzione ispiratrice originaria, molto poco plasmati dalla dottrina e molto più modellati dalla giurisprudenza; tale processo, che supera l'immagine del giudice come bocca della legge, non dovrebbe stupire, in un "sistema normativo caratterizzato dal pluralismo e dalla gerarchia delle fonti"<sup>80</sup>.

Degno di rilievo sembra, specialmente oggi, il fatto che progressivamente, nel cercare le basi costituzionali della tutela della famiglia e del matrimonio, si guardi sempre più all'art. 2 della Costituzione, collegando alle formazioni sociali ivi menzionate l'intento di favorire lo

---

<sup>76</sup> G. SCIRÈ, *Il divorzio in Italia*, cit., p. 3.

<sup>77</sup> G. SCIRÈ, *Il divorzio in Italia*, cit., p. 19.

<sup>78</sup> All'epoca, tutti gli stati del Mercato comune europeo conoscevano il divorzio: G. SCIRÈ, *Il divorzio in Italia*, cit., p. 11.

<sup>79</sup> Cfr. F. PIZZOLATO, *La fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, in A.M. Baggio (ed.), *Il principio dimenticato*, Città Nuova, Roma 2007, pp. 215-218.

<sup>80</sup> Cfr. V. ITALIA, *I concetti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 62-64. Notazioni critiche, sul punto, in G. DALLA TORRE, *Politici e giudici (non solo) supplenti. Gli assenti e i creativi*, in *Iustitia*, 68 (2015), pp. 403-404, nonché G. DE RITA, *Equità e diritti. Le sentenze al posto delle leggi*, *ivi*, pp. 405-406. Ma sul rapporto dialettico tra definizioni legislative e funzione giurisprudenziale, nell'esercizio del "potere semiotico", cfr. M. JORI, *Definizioni legislative e pragmatica giuridica*, in A. Cadoppi (ed.), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale* (Casi, fonti e studi per il diritto penale, 11), Cedam, Padova, 1996, pp. 87-93.



sviluppo delle personalità individuali<sup>81</sup>. Il mutamento linguistico, come quasi sempre accade, è segno di tale trasformazione, dal momento che, dalla tutela delle persone, si passa alla tutela delle “personalità individuali”<sup>82</sup>. Ciò non è un caso, dal momento che la portata assunta dall’art. 2 della Costituzione, attraverso l’interpretazione evolutiva, sembra allontanarsi dall’impostazione originaria fatta presente dai Costituenti cattolici e riempire

“la norma di significati e di valenze sicuramente centrali per il testo costituzionale, ma assai più per la parte che riconosce e garantisce i diritti dell’uomo che non per quella concernente il riconoscimento delle formazioni sociali”<sup>83</sup>.

Come ho già detto, mi guardo bene dal configurare il divorzio italiano come una causa di tutto quello che venne dopo. Il divorzio fu, anzitutto, un effetto dell’evoluzione della mentalità comune e della trasformazione familiare già in corso. In questo senso, va ben letta la stessa relazione del card. Kasper, laddove egli ci ricorda che non appare lecito “idealizzare il passato e poi ...

---

<sup>81</sup> Per quanto risalente, si veda **M. BESSONE**, *sub art. 29*, in G. Branca (ed.), *Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali, Art. 29-34*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1976, pp. 1-85 e specialmente pp. 17-45. Cfr. anche **G. FERRANDO**, *Diritto di famiglia*, 2<sup>a</sup> ed., Zanichelli, Bologna, 2015, 4. Da ultimo, **A. MORRONE**, *Costituzione (artt. 2, 3)*, in M. Sesta (ed.), *Codice della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2015, specialmente pp. 30-43; la disposizione dell’art. 29 “è da leggersi in stretto collegamento con l’art. 2 Cost., di cui costituisce una specificazione...”: **M. SESTA**, *Costituzione (artt. 29-31, 37)*, *ivi*, p. 81. Sul parallelismo tra art. 2 e art. 29 Costituzione, in relazione alla famiglia, si veda, un decennio fa, **M. PARADISO**, *La famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*, in M. De Tilla, U. Operamolla (ed.), *Seminari di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 81-82. Vi si parla di “tutela preferenziale” della famiglia legittima, da parte del legislatore costituente, in forza del suo “carattere di stabilità” e della “certezza delle relazioni giuridiche fra i suoi componenti” (*ivi*, 82); notazioni anteriori sia alla riforma della filiazione (legge 10 dicembre 2012 n. 219; decreto legislativo 28 dicembre 2013 n. 154) che all’introduzione del c.d. divorzio breve (legge 6 maggio 2015 n. 55). Cfr. anche **O FUMAGALLI CARULLI**, *Innovazioni legislative e giurisprudenziali sulla famiglia*, *cit.*, pp. 285-287.

<sup>82</sup> **G. FERRANDO**, *Diritto di famiglia*, *cit.*, loc. cit.

<sup>83</sup> **E. ROSSI**, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1989, p. 70. L’Autore prosegue: «Si è così cercato di leggere nell’art. 2 una “norma a fattispecie aperta”, capace come tale di apprestare una tutela costituzionale a diritti non specificamente riconosciuti da altre norme costituzionali (come, ad esempio, il diritto di formare una famiglia e di procreare, la libertà di informazione e il diritto alla rettifica, l’obiezione di coscienza; ma anche il diritto alla vita e il diritto all’identità personale)»; si sarebbe così realizzato “un rovesciamento interpretativo dell’articolo rispetto alle intenzioni del costituente: di fronte a una crescita tendenziale dell’importanza attribuita al riconoscimento dei diritti, si è andato relativizzando il valore del richiamo forte del costituente alle formazioni sociali” (*ivi*, p., 71).



vedere il presente come mera storia di decadenza<sup>84</sup>; il divorzio in Italia fu un effetto, prima che una causa<sup>85</sup>.

Confermato il divorzio da un referendum abrogativo celebrato nel 1974, nel 1975 viene varata la riforma del diritto di famiglia. Nel parlare oggi di quella riforma, dobbiamo tener presenti due avvertenze ermeneutiche, che costituiscono anche due cautele, una per il passato e l'altra per il presente. Per la prima, penso dobbiamo rifuggire dal credere, a mio avviso un po' ingenuamente, che quella riforma sia caduta come un evento improvviso nella società italiana dell'epoca. La seconda cautela sta in ciò: che quella riforma, per certi aspetti, risulta essa stessa evidentemente superata dalle trasformazioni culturali, sociali ed economiche nel frattempo intervenute.

Per soffermarci sul primo punto, noi abbiamo una testimonianza in uno dei documenti che i vescovi italiani pubblicavano dopo il '68, esattamente il 15 novembre 1969. Il documento indubbiamente si inseriva nelle accese polemiche dell'epoca circa l'introduzione del divorzio in Italia. Tuttavia, l'analisi che veniva fatta circa la trasformazione della famiglia, e del modo di concepire il matrimonio, presentavano alcuni elementi evolutivi che si sarebbero poi accresciuti, talvolta fino all'estremo. Tra tutti i passi che si potrebbero citare, scelgo quello in cui i vescovi, devo dire molto lucidamente, cercavano di identificare le cause della trasformazione familiare in Italia. Si parlava già all'epoca della diffusione della famiglia con pochi figli, del prevalere delle istanze educative rispetto a quelle procreative, dell'industrializzazione che, tra l'altro, incrementava il lavoro fuori casa della donna-madre, aggiungendo che non si dovevano considerare

“di poco conto gli aspetti psicologici dell'intero problema, come l'accresciuto senso di libertà; una più avvertita esigenza di identificazione e di difesa della propria personalità; le tensioni tra i coniugi a causa della trasformazione dei loro compiti, e tra i genitori e i figli per i differenti atteggiamenti interiori e le mutate sensibilità; le suggestioni di un diffuso edonismo; l'inquietudine dei giovani”<sup>86</sup>.

Ora, la riforma del diritto di famiglia del 1975 sanzionava anzitutto una parte della realtà presente nella società italiana, anche portando a compimento, nel codice civile, alcuni principî che la Costituzione

---

<sup>84</sup> W. KASPER, *Il vangelo della famiglia*, cit., p. 24.

<sup>85</sup> Cfr. sul punto A. GRILLO, *Indissolubile? Contributo al dibattito sui divorziati risposati*, Cittadella, Assisi, 2014, pp. 29-30.

<sup>86</sup> CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, documento pastorale *Matrimonio e famiglia oggi in Italia*, 15 novembre 1969, in *Enchiridion Cei* 1 (1989), p. 686.



repubblicana aveva già proclamato (ad esempio, quello relativo all'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi). Dall'altro, la stessa riforma, poneva le basi per uno sviluppo ulteriore che non si sarebbe più fermato, e ciò non in relazione a punti specifici delle disposizioni normative, ma a concetti generali e globali come quello stesso di famiglia. Ad esempio, sulla filiazione, un commentatore della riforma, nel 1977, poteva dire che "la distinzione tra filiazione legittima e filiazione naturale non è stata cancellata", giacché ciò sarebbe stato impedito dalla lettera della Costituzione<sup>87</sup>. Nel 2012 questa riserva, sulla compatibilità con la Costituzione di una completa equiparazione tra figli nati all'interno del matrimonio e non (compresi figli incestuosi), cadeva totalmente; anzi, nella relazione illustrativa del decreto legislativo che doveva dare attuazione alla legge (c.d. relazione Bianca), non ci si esime dal notare come «la presenza nel nostro ordinamento di norme che dettavano un diverso regime e diversi diritti a seconda delle "categorie" di figli, strideva con i principi fondamentali sanciti dagli articoli 2, 3 e 30 della Costituzione»<sup>88</sup>. Per la stessa normativa la Cassazione garantiva una piena efficacia retroattiva, dal momento che il fattore temporale non doveva "determinare differenze di trattamento incompatibili con i valori di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione"<sup>89</sup>.

Benché, da quella parte di società italiana più sensibile ai temi della tutela della famiglia legittima o anche della "famiglia tradizionale", se ne sia poco parlato, la riforma della filiazione del 2012 mi sarebbe sembrata invece degna di attenzione, a partire dalle parole che Luigi Carraro proponeva dopo la riforma del 1975, e alle quali mi sono già richiamato:

"Si pone a questo punto il problema del rilievo giuridico della famiglia naturale. Ci si chiede cioè se l'ordinamento prenda in considerazione e detti regole dirette a disciplinare quella formazione sociale caratterizzata dalla convivenza fra i genitori non uniti in matrimonio e i loro figli naturali riconosciuti. Si esclude, intanto, che a quella formazione sociale si estenda il riconoscimento previsto nell'art. 29, comma 1°, Cost., dei diritti della famiglia fondata sul matrimonio, o che i suoi membri godano della tutela che l'art. 30, comma 3°, Cost. garantisce ai membri della famiglia legittima. Dal tenore letterale di

---

<sup>87</sup> G. CIAN, *Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, in L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi (ed.), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, cit., I, 1, p. 63.

<sup>88</sup> Il testo della Relazione in [http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Scheda\\_lavori/getTesto.ashx?file=0025\\_F001.pdf&leg=XVII](http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Scheda_lavori/getTesto.ashx?file=0025_F001.pdf&leg=XVII) (accesso: 16 febbraio 2016).

<sup>89</sup> C.M. BIANCA, *Note introduttive*, in *La riforma della filiazione*, cit., p. XXIX.



quelle norme può invece argomentarsi che la Costituzione, parlando di famiglia *fondata sul matrimonio* e dei membri della famiglia *legittima*, riconosce implicitamente che vi sono altre società naturali che, pur prive della legittimità, non possono non qualificarsi famiglie: ad esse sembra proprio riservare la denominazione di famiglie (solo) naturali, così come la qualificazione di naturali è riservata ai figli concepiti fuori del matrimonio<sup>90</sup>.

Qui è da rilevare che il ragionamento s'impenna su una determinata disciplina riservata, allora, ai figli naturali e che, in un certo senso, la naturalità della famiglia derivava dalla qualificazione data proprio ai figli naturali. Giacché, però, la distinzione tra figli legittimi e figli naturali è oggi sostanzialmente caduta, a favore dell'uso esclusivo del termine "figli", va da sé che la stessa distinzione tra famiglia legittima e famiglia naturale abbia perso gran parte del suo rilievo, tanto che qualche commentatore, per unificare il rapporto di coppia dal punto di vista della filiazione, è costretto a utilizzare il termine di "coppia dei genitori" e a non parlare più di coniugi<sup>91</sup>.

#### **4 - La problematica della definizione del matrimonio nel Diritto canonico. Variazioni, antiche e recenti, sul rilievo dell'amore coniugale**

E ora torniamo all'ordinamento canonico, dominato, dopo il Vaticano II, dalla scelta codiciale di dare una definizione di matrimonio, traendola parzialmente, come noto, dalla costituzione pastorale *Gaudium et spes*; penso infatti che questa scelta sia una delle più impegnative ed efficaci operate dal Legislatore postconciliare. Come dice Rinaldo Bertolino, "nel *bonum coniugum* è per davvero l'elemento profondamente innovatore e accentuatamente personalistico della nuova concezione matrimoniale

---

<sup>90</sup> L. CARRARO, *Note introduttive agli articoli 100-112 Nov.*, in L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi (ed.), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, cit., I, 2, p. 654.

<sup>91</sup> M. PARADISO, *L'unificazione terminologica in tutta la legislazione vigente*, in *La riforma della filiazione*, cit., pp. 27-33, specialmente p. 30. Cfr. anche R. SENIGAGLIA, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Jovene, Napoli, 2013, per il quale la nuova disciplina della filiazione "trascende i profili problematici legati al come i genitori hanno scelto di regolare il loro rapporto di coppia, alle modalità, naturali o artificiali, di procreazione, alle forme giuridiche impiegate per instaurare il rapporto di filiazione (ivi compresa l'adozione)" (ivi, p. 43). Sul rapporto tra diritto e "coppia" cfr. A. BETTETINI, *Il diritto e la coppia: un aiuto a fare famiglia o uno strumento di individualizzazione e privatizzazione?*, in P. Donati (ed.), *La relazione di coppia oggi. Una sfida per la famiglia*, cit., pp. 217-248.



canonica<sup>92</sup>.

Forse è bene, prima di addentrarci sul tema, di soffermarci sul rilievo che, nella scienza giuridica in generale, assume la definizione di un concetto o di un istituto. Sappiamo infatti che di una quiddità giuridica l'operatore giuridico, e l'interprete in genere, può realizzare una qualificazione o una classificazione, ma anche una definizione; delle tre operazioni, la definizione è sicuramente la più impegnativa e difficile. Mentre infatti qualificare un istituto significa, in fondo, svolgere una funzione descrittiva, definirlo comporterebbe "cogliere l'essenza dell'oggetto definito, vederlo nella sua unicità"<sup>93</sup>; anzi, con la definizione, si dovrebbe attuare "la formulazione per mezzo di altri termini delle condizioni di applicazione di un termine"<sup>94</sup>.

Premessa la nota lamentela, più volte elevata, sulla mancata differenziazione tra l'essenza del matrimonio e il suo fine essenziale – su cui si potrebbero ricordare le pagine di Orio Giacchi –<sup>95</sup>, quella di definire il matrimonio, anche in ambito canonico e contrariamente a quello che si possa pensare, sembrerebbe un'esigenza antica, contrassegnata però da una fondamentale tendenza via via emergente: quella di distinguere del tutto nettamente tra l'essenza giuridica del matrimonio e l'essenza (o se vogliamo, l'aspetto) morale dello stesso; conseguentemente (di distinguere) tra gli effetti in termini di doverosità giuridica, e quelli in termini di

---

<sup>92</sup> Si cfr. **R. BERTOLINO**, *Matrimonio canonico e bonum coniugum*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 3.

<sup>93</sup> Così **G. BASSANELLI SOMMARIVA**, *Introduzione agli studi giuridici*, Maggioli, Rimini, 2013, p. 128.

<sup>94</sup> Cfr. **U. SCARPELLI**, *La definizione nel diritto*, in U. Scarpelli, P. Di Lucia (ed.), *Il linguaggio del diritto*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 311. E tuttavia, la definizione, come "descrizione sintetica", non esaurisce il concetto giacché «quest'ultimo ha una realtà più ampia e più viva di quanto la definizione pretende di "fotografare"»: così **V. ITALIA**, *I concetti giuridici*, cit., p. 6.

<sup>95</sup> **O. GIACCHI**, *Il consenso nel matrimonio canonico*, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 1968, p. 345: "Ma, nel mirabile ordine delle cose create, se il matrimonio è stato costituito per questo, il matrimonio non consta di questo". Se ne vedano anche gli scritti: **IDEM**, *L'esclusione del "matrimonium ipsum". L'esclusione dello "ius ad vitae communionem"* (1977), poi in *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica (1933-1980)*, Giuffrè, Milano, 1981, I, pp. 355-378; **IDEM**, *"Intima coniunctio totius vitae". (Una nuova visione del matrimonio nella futura legislazione canonica)* (1979), *ivi*, pp. 387-402. Cfr. pure **O. FUMAGALLI CARULLI**, *La relazione dinamica tra il can. 1082 e il can. 1081 Cod. iur. can.* (1978), poi in **IDEM**, *Il matrimonio canonico dopo il Concilio. Capacità e consenso*, con prefazione di O. Giacchi, Milano, 1978, pp. 97-131, nonché **IDEM**, *La dimensione spirituale del matrimonio e la sua traduzione giuridica*, in **AA. VV.**, *Il matrimonio oggi*, Atti del Convegno internazionale promosso dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università cattolica del Sacro Cuore (Milano, 9-10 aprile 1979), in *Ius*, 27 (1980), pp. 27-50.



doverosità morale, provenienti dal vincolo. Il punto di arrivo si troverebbe nel *Codex* piano-benedettino e, soprattutto, nella trattatistica posteriore. Così ci dice Jemolo nel trattato sul matrimonio canonico del 1941, dove egli raffigurava – ipotesi famosa – come valido il matrimonio celebrato da “colui che con un intento di vendetta familiare sposasse una donna con la precisa intenzione di farla soffrire, di rendere la sua vita un martirio, e di fare soffrire e umiliare i suoi parenti”; il peccato mortale di costui non avrebbe, di per sé, determinato la nullità del consenso<sup>96</sup>. Qui Jemolo citava alcune autorità della canonistica ecclesiastica dell’epoca, come Gasparri e Cappello. Ma anche la trattatistica immediatamente anteriore al *Codex* del ’17 tiene netta la distinzione tra doverosità giuridica e doverosità morale e alla fine dell’800 il grande ricostruttore del *Corpus*, Emilio Friedberg, inizia la parte dedicata al matrimonio scandendo che

“il matrimonio è l’unione sessuale riconosciuta giuridicamente e munita di determinate conseguenze giuridiche. Tutte l’altre definizioni che sono state messe innanzi, considerano unicamente il matrimonio dal punto di vista morale, non dal giuridico”<sup>97</sup>.

A questi autori potremmo noi, oggi, aggiungere altri<sup>98</sup>. L’“antica impostazione” si sarebbe persa in effetti anche in trattatisti importanti come Sanchez<sup>99</sup> e sant’Alfonso, i quali pretermettono, nel parlare dell’essenza del

---

<sup>96</sup> **A.C. JEMOLO**, *Il matrimonio canonico*, rist. con pref. di J. Gaudemet, il Mulino, Bologna, 1993, p. 123. L’osservazione di Jemolo ebbe ampia eco e di fatto influenzò dottrina e giurisprudenza postconciliari, che si fecero carico di tradurre in norme giuridiche il rilievo dell’amore coniugale o, come poi si precisò, del bene dei coniugi. Il volume di **O. FUMAGALLI CARULLI**, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, 1<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 1974, fu il primo a esplicitare una lettura giuridica dell’amore coniugale – con l’obiettivo di armonizzare la legge canonica agli enunciati del Vaticano II –, proprio prendendo lo spunto da Jemolo (*ivi*, specialmente pp. 216-229). Il volume alimentò il dibattito: Jemolo fece una recensione su *La Stampa* e padre Lener intervenne dalle pagine di *La Civiltà cattolica*. I riferimenti si trovano nel saggio **O. FUMAGALLI CARULLI**, *Essenza ed esistenza nell’amore coniugale: considerazioni canonistiche*, in *Ephemerides iuris canonici*, 36 (1980), pp. 205-233.

<sup>97</sup> **E. FRIEDBERG**, *Trattato del diritto ecclesiastico cattolico ed evangelico*, edizione italiana a cura di F. Ruffini, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1893, pp. 549-550.

<sup>98</sup> Oltre a **G. LE BRAS**, in *Dictionnaire de théologie catholique*, IX, 2, Letouzey et Ané, Parigi, 1927, specialmente col. 2123-2270, cfr. **JEMOLO**, *Il matrimonio canonico*, cit., pp. 108-136, nonché la rassegna di autori in **S.D. KOZUL**, *Evoluzione della dottrina circa l’essenza del matrimonio dal C.I.C. al Vaticano II*, LIEF, Vicenza, 1980, pp. 137-169.

<sup>99</sup> L’esordio del libro II del Trattato di Sanchez, da questo punto di vista, è emblematico. Ne tratta diffusamente **G. CABERLETTI**, *L’oggetto essenziale del consenso coniugale nel matrimonio canonico. Studio storico-giuridico sul pensiero di Tomás Sánchez*, Morcelliana, Brescia, 1986, pp. 39-82.





matrimonio (*de matrimonio secundum se*), qualunque accenno all'amore coniugale.

Il concetto, però, non era affatto a loro sconosciuto. Esso riemerge, ad esempio, in sant'Alfonso, in riferimento ad altri aspetti della trattazione. Così in tema di *reddito e petitio debiti*, egli dice che il coniuge non sarebbe tenuto a rendere il debito coniugale, e neppure potrebbe volontariamente renderlo con pericolo della sua vita fisica, nel caso di morbo contagioso dell'altro coniuge. Alla regola fanno eccezione le ipotesi in cui il coniuge sano decide di esporsi al pericolo anche grave per la propria salute, in considerazione di alcune motivazioni evidentemente ritenute superiori; tra queste, il suo desiderio di evitare dissidi, di sfuggire all'incontinenza, di conservare la pace familiare e di incrementare l'amore coniugale (*ad fovendum amorem coniugalem*)<sup>100</sup>, dove lo stesso atto coniugale è considerato espressione dell'amore coniugale<sup>101</sup>.

Qui emerge ancora, evidentemente, il tema importante, denso, molto frequentato, a mio avviso non sempre con la necessaria strumentazione concettuale (giuridica), del rilievo giuridico proprio dell'amore coniugale<sup>102</sup>. A questo tema del resto, fin dall'ormai lontano 1971, era dedicato il primo dei volumi frutto degli incontri dell'Arcisodalizio, pubblicato a cura di mons. Vincenzo Fagiolo. Un volume che, forse, andrebbe riletto, anche per relativizzare la convinzione, talvolta presente nei numerosi scritti comparsi in contemporanea ai due recenti sinodi sulla famiglia, di aver scovato problematiche nuove. Esso, inoltre, è testimonianza storica della formazione di un linguaggio, necessario dopo i documenti del Concilio, sul quale in fondo ci si continua a basare a più di quarant'anni dalla sua pubblicazione<sup>103</sup>.

Per la verità, nessun canone del *Codex* attuale, relativo al matrimonio, cita l'amore coniugale, salvo indirettamente il punto 3° del can. 1063, per il quale i pastori d'anime debbono prestare la cura pastorale nella preparazione al matrimonio anche "*fructuosa liturgica matrimonii*

---

<sup>100</sup> S. ALFONSO MARIA DE LIGUORI, *Theologia Moralit*, I. VI, 950 (in *Opere*, VI, 2, Giacinto Marietti, Torino, 1847, pp. 694-695).

<sup>101</sup> Sarebbero almeno quattro le occasioni in cui sant'Alfonso allude all'amore coniugale in questi termini. Cfr. J.S. BOTERO GIRALDO, *El amor: causa, motor y meta de la pareja humana*, Bogotá, 2006, p. 185.

<sup>102</sup> In generale, cfr. P.A. BONNET, *L'essenza del matrimonio canonico. Contributo allo studio dell'amore coniugale*, I, *Il momento costitutivo del consenso*, Cedam, Padova, 1976, specialmente pp. 61-195.

<sup>103</sup> Il volume è sopra citato alla nota 46. Storicamente pare che esso debba essere posto accanto a O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, sopra citato alla nota 95 (2ª ed., Giuffrè, Milano, 1981).



celebratione, qua eluceat coniuges mysterium unitatis et fecundi amoris inter Christum et Ecclesiam significare atque participare". Noi sappiamo che però, giustamente, in proposito, vengono frequentemente ricordati i numeri 48-50 della costituzione pastorale *Gaudium et spes* del Vaticano II; in particolare l'esordio del numero 48<sup>104</sup>, ha indubbiamente costituito, e continua a rappresentare, uno dei momenti salienti della elaborazione conciliare. Sappiamo anche, però, che la scelta di non riprodurre esattamente nel *Codex* la definizione del Concilio, fu una scelta voluta e attuata in modo deliberato. Per alcuni autori, ciò avvenne per motivazioni tecnico-giuridiche, correlate soprattutto alla difficoltà di esprimere con termini giuridici la realtà dell'amore oblativo<sup>105</sup>. La Commissione per la riforma del *Codex* piano-benedettino infatti, nel 1977, sanciva che «*iamvero non videtur dari posse "ius ad amorem", sed potius ius ad aliquas actiones quae generatim foventur ab amore*». Neppure si riportava, nel *Codex*, lo *ius ad vitae communionem*, compensato però dalla menzione del *bonum coniugum*, il cui contenuto avevano contribuito a precisare le discussioni relative ai primi due concetti<sup>106</sup>.

Per altri autori, la stessa scelta sarebbe avvenuta per motivazioni contenutistiche. Inutile dire che, per questi ultimi interpreti, questo sarebbe uno dei punti sui quali il *Codex* del 1983 avrebbe dovuto maggiormente recepire le istanze del Concilio. L'articolo che Eugenio Corecco dedicava a Orio Giacchi nel 1984, scritto dunque a cavaliere dei due codici, costituisce una *summa* di certe aspettative che prendevano le mosse da valutazioni fortemente critiche sul *Codex* del 1917<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> "L'intima comunità di vita e d'amore coniugale, fondata dal Creatore e strutturata con leggi proprie, è stabilita dall'alleanza dei coniugi, vale a dire dall'irrevocabile consenso personale".

<sup>105</sup> Si cfr. A. STANKIEWICZ, *Rilevanza canonica della comunione coniugale*, in R. Latourelle (ed.), *Vaticano II. Bilancio e prospettive venticinque anni dopo (1962-1987)*, Cittadella, Assisi, 1987, I, pp. 777-779.

<sup>106</sup> Così nota E. MONTAGNA, *Bonum coniugum: profili storici*, in AA. VV., *Il "bonum coniugum" nel matrimonio canonico* (Studi giuridici 40), LEV, Città del Vaticano, 1996, p. 60.

<sup>107</sup> Si veda in particolare la posizione di E. CORECCO, *Il sacramento del matrimonio: cardine della costituzione della Chiesa*, in *Diritto, persona e vita sociale. Scritti in memoria di O. Giacchi*, I, Giuffrè, Milano, 1984, p. 405: "La distinzione nel matrimonio tra un elemento contrattuale e uno sacramentale, introdotta dalla teologia medievale e degenerata progressivamente come separazione reale dell'elemento di diritto naturale da quello di diritto divino, ha esercitato una tirannia dottrinale su tutta la concezione cristiana del matrimonio, fino ai nostri giorni: il diritto canonico ha piegato in ultima analisi il sacramento alle esigenze del contratto; la spiritualità ha sottovalutato il valore salvifico dell'amore tra l'uomo e la donna; la teologia rimasta spesso biblicamente astratta non ha colto il nesso tra il matrimonio e l'ecclesiologia; il popolo cristiano ha mondanizzato la propria esperienza coniugale". Ma si veda anche J. BERNHARD, *Il nuovo diritto*



Molto probabilmente, nella revisione del *Codex* si riproducevano le diverse linee presenti nella discussione conciliare, sulla quale qualche autore non manca di evidenziare, piuttosto severamente, un aspetto di non maturità in ordine a “una riflessione teologica collocata sull’orizzonte escatologico ...”, per cui

«mancava così la capacità di pensare le vulnerabilità dell’amore e il bene della vita coniugale come una storia di perdono, di custodia e di ripensamento. Una “storia” ... che l’indissolubilità consentiva di vivere e di cui il fallimento dell’amore separato (prim’ancora d’ogni pronuncia di nullità) era già la penitenza»<sup>108</sup>.

Ora, però, è indubbio che i dibattiti conciliari sul tema, e i testi che ne scaturirono, hanno un valore emblematico per varie ragioni e costituiscono, prima che un punto di partenza, un momento di arrivo rispetto ai rilievi che, sul matrimonio canonico così come disciplinato dal *Codex* del 1917, erano stati fatti da Jemolo e altri osservatori<sup>109</sup>. Possiamo dunque chiederci: il Vaticano II, con la definizione di cui a *Gaudium et spes*, riparò alla deficienza denunciata anche da Jemolo? Egli, non dimentichiamolo, riservava le sue osservazioni nel contesto di un discorso prettamente giuridico, non morale. A ciò aggiungo che, leggendo e rileggendo le pagine di Jemolo, non sono ancora riuscito a convincermi che, nel contesto del discorso giuridico (non morale), le sue fossero realmente delle critiche alla disciplina canonica allora vigente.

## **5 - Doverosità giuridica e doverosità morale dell’amore nel matrimonio canonico. Evoluzione del magistero in corrispondenza alla crisi dell’istituto matrimoniale**

Qui, forse, dovrei aprire un discorso di metodo assai complesso, che riguarda proprio la definizione dei confini tra la doverosità giuridica e la doverosità morale nell’esperienza matrimoniale. Non sempre gli autori sembrerebbero dimostrare di operare una scelta consapevole nella definizione di tali confini, mantenendosi piuttosto nel campo

---

*matrimoniale*, in *Concilium* (ed. it.), 22 (1986), pp. 388-398, e **IDEM**, *Dalla vita alla legge*, in *Concilium* (ed. it.), 32 (1996), pp. 913-922, nonché **V. ALBANESI**, *Chiesa domestica. Valorizzare il dato sacramentale rispetto a quello giuridico*, in *Il Regno attualità*, 60 (2015), pp. 149-150.

<sup>108</sup> **MELLONI**, *Amore senza fine, amore senza fini*, cit., pp. 86-87.

<sup>109</sup> Cfr. **S.D. KOZUL**, *Evoluzione della dottrina circa l’essenza del matrimonio dal C.I.C. al Vaticano II*, cit., pp. 171-206.



dell'indistinto. Anche recentemente, da più parti, e specialmente da teologi, si è insistito, per così dire, su una memoria che sarebbe andata persa. Un Autore partiva da san Tommaso d'Aquino, nel dire:

«San Tommaso insiste nell'affermare che il matrimonio ha origine dall'amore mutuo dei coniugi, il quale, reciprocamente donato e promesso nella fedeltà per tutta la vita, costituisce l'essenza del matrimonio stesso e la sua ragione o *fine proprio e prossimo*. La generazione della prole, la sua crescita e la sua educazione, fanno parte dell'agire degli sposi e contribuiscono, in qualche maniera, alla realizzazione del fine proprio del matrimonio, ma non ne costituiscono la ragione propria né rientrano in ciò che è l'essenza del matrimonio. Questo insegnamento, fatto proprio dal concilio di Trento e dal suo *Catechismo romano*, nonostante le particolarità delle successive epoche e dei diversi autori, è presente nella teologia e nel magistero fino alla seconda metà del XIX secolo, quando un'altra tradizione medievale si è imposta, perché più consona alla concezione del matrimonio come contratto, soprattutto attraverso il *Codice di diritto canonico* del 1917, che ha eclissato il ruolo dell'amore nel matrimonio e ha stabilito come suo fine principale la generazione della prole (can. 1012-1013). Soltanto il concilio Vaticano II (cfr. *Gaudium et spes*, nn. 48-50) ha ripreso la dottrina precedente, sviluppata poi nel n. 10 di *Humanae vitae*, con l'affermazione della paternità e maternità responsabili, affermazione che, ricuperando la dimensione unitiva quale aspetto primario e specifico del matrimonio, toglie carattere assoluto al comandamento di Gen 1,28, "Crescete e moltiplicatevi", e riconosce nell'unione sessuale degli sposi un bene in se stesso, quale atto d'amore sponsale, a prescindere dall'intenzione della procreazione"<sup>110</sup>.

A parlare con terminologia giuridica, per tale impostazione il *bonum coniugum* sembrerebbe consentire, e rappresentare, il trapasso nell'ambito giuridico di un elemento prima ristretto entro i confini della doverosità morale: questo elemento sarebbe dato dall'amore coniugale. Posizioni, come vediamo, che potrebbero essere sottoposte a un vaglio critico, proprio

---

<sup>110</sup> A. OLIVA, *L'amore al centro. Riflessioni sull'accesso all'Eucaristia dei divorziati risposati a partire da san Tommaso*, in *Il Regno attualità*, 60 (2015), p. 517. Dello stesso Autore, cfr. **IDEM**, *Essence et finalités du mariage selon Thomas d'Aquin. Pour un soin pastoral renouvelé*, in *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, 108 (2014), pp. 601-668.



a partire dalla posizione dell'Aquinate<sup>111</sup>. Orio Giacchi<sup>112</sup> (ma anche altri<sup>113</sup>) certamente valorizzava l'elemento d'amore nel matrimonio, a partire da san Tommaso, ma senza giungere a quelle conclusioni prospettate dall'autore appena citato (come da altri) e svolte in vista dei due recenti appuntamenti sinodali. L'esaltazione dell'amore coniugale, infatti, viene effettuata per dimostrare che

“le relazioni sessuali e la generazione dei figli non rientrano in ciò che è l'essenza del matrimonio, né costituiscono il suo fine proprio e prossimo. La tradizione della Chiesa, al concilio di Trento come al Vaticano II, mostra che l'essenziale nel matrimonio è l'amore dei coniugi, il quale è santificato dal sacramento per essere segno dell'amore”,

con la conseguente conclusione per cui

«il nuovo amore, che lega i coniugi divorziati risposati, non costituisce impedimento all'assoluzione sacramentale per aver violato il precedente vincolo, cioè il precedente amore consacrato dal sacramento. I divorziati risposati possono vivere “come sposi”, sostenendosi a vicenda ed educando i figli, perché il loro amore è considerato uno stretto legame di amicizia naturale, da vivere nella continenza perfetta. Ora, se questo nuovo amore, dopo la riconciliazione sacramentale, non è considerato in contrasto con il vincolo precedentemente contratto, è davvero necessario imporre ai coniugi divorziati e risposati l'obbligo della continenza perfetta, considerando che l'esercizio della sessualità non appartiene all'essenza del matrimonio e che non è quindi in contrasto col precedente vincolo sacramentale?»<sup>114</sup>.

Prescindendo da tali teoriche, tuttavia non c'è dubbio che, nei documenti magisteriali coevi o posteriori alla chiusura del Vaticano II, vi sia stata una graduale evoluzione che, a torto o a ragione, ha cercato di far

---

<sup>111</sup> Si veda l'articolato studio di **A.L. CASIRAGHI**, *La dottrina tomista e l'amore coniugale nell'ordinamento matrimoniale canonico*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, Giuffrè, Milano, 1976, I, pp. 593-635. Altra bibliografia in **S.D. KOZUL**, *Evoluzione della dottrina circa l'essenza del matrimonio dal C.I.C. al Vaticano II*, cit., pp. 143-144, nota 15.

<sup>112</sup> **O. GIACCHI**, *Significato e valore delle nuove norme dello “Schema iuris recogniti de matrimonio”*, in *Ius*, 27 (1980), pp. 130-131. L'articolo venne ripubblicato in *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica (1933-1980)*, cit., I, pp. 403-418.

<sup>113</sup> Cfr. **F.E. ADAMI**, *Il significato dell'“amor coniugalis” nel matrimonio canonico*, Rovigo, 1974, specialmente pp. 144-146, nonché lo *Scolio* sulle fonti in Sánchez in **CABERLETTI**, *L'oggetto essenziale del consenso coniugale nel matrimonio canonico. Studio storico-giuridico sul pensiero di Tomás Sánchez*, cit., pp. 110-113.

<sup>114</sup> **A. OLIVA**, *L'amore al centro. Riflessioni sull'accesso all'Eucaristia dei divorziati risposati a partire da san Tommaso*, cit., p. 519.



fronte ad alcune realtà sociali sempre più diffuse, specie nell'Occidente, quali sono quella della frantumazione di una miriade di legami matrimoniali e quella della formazione di unioni indipendenti da un valido matrimonio<sup>115</sup>. Da questo punto di vista, l'accusare il magistero di immobilità sembra davvero eccessivo e non rispondente alla realtà. Cercherei di identificare alcune aree specifiche nelle quali l'evoluzione degli interventi magisteriali mi sembra evidente, non volendo affrontare, in questa sede, il problema se essi tocchino aspetti di pura pratica pastorale o quelli schiettamente dottrinali. D'altra parte, non c'è neppure la pretesa di giudicare se queste variazioni, in rapporto alla stima degli effetti, siano avvenute consapevolmente o meno. Per primo papa Giovanni XXIII, nell'enciclica *Pacem in terris* dell'11 aprile 1963, certamente discostandosi dalle elaborazioni precedenti, aveva riconosciuto la necessità di proclamare una famiglia costituita "in parità di diritti e di doveri fra uomo e donna" (n. 9), e ciò non senza opposizioni<sup>116</sup>.

### 5.1 - Variazioni terminologiche

Il Vaticano II abbandona il termine concubinato e suoi derivati o affini (concubini)<sup>117</sup>, mentre dell'adulterio accenna fugacemente la *Gaudium et spes* al n. 49. Il *Codex* del 1983 segue quasi del tutto la scelta terminologica del Vaticano II, dal momento che del pubblico e notorio concubinato si parla solo in riferimento all'impedimento di pubblica onestà di cui al can. 1093. Siamo dunque lontani dall'antico rigore (post-tridentino) che prevedeva per i concubini la scomunica e eventualmente l'estromissione dalla città e dalla diocesi, con l'aiuto del braccio secolare<sup>118</sup>. Siamo lontani anche dal

---

<sup>115</sup> Sono state identificate cinque modalità di "famiglie postmoderne": O. BONNEWIJN, "Familles postmodernes". *En deçà d'un pluralisme relativiste*, in *Nouvelle revue théologique*, 137 (2015), pp. 588-589.

<sup>116</sup> Cfr. MELLONI, *Amore senza fine, amore senza fini*, cit., pp. 68-69. Il passo dell'Enciclica in *Enchiridion delle encicliche*, 7, Dehoniane, Bologna, 1994, p. 389 (AAS, 55 [1963], 261). Sulle incoerenze storiche, circa l'applicazione della eguale *nativa dignitas* tra coniugi, cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, a cura di A. Sammassimo, Vita e Pensiero, Milano, 2008, p. 163.

<sup>117</sup> Cfr. X. OCHOA, *Index verborum cum documentis Concilii Vaticani Secundi*, Libreria edit. Lateranense, Roma, 1967. Per concubinato s'intende "*commercium carnale habituale soluti cum soluta*" (B. OJETTI, s.v. *Concubinatus*, in *Synopsis rerum moralium et iuris pontificii*, 3<sup>a</sup> ed., Ex Officina Polygraphica, Romae 1912, col. 1195) e, impropriamente, "*cum uxorata vel uxorato*": S. ALFONSO MARIA DE LIGUORI, *Theologia Moralis*, l. III, 435 (in *Opere*, V, 1, Torino, 1846, p. 465).

<sup>118</sup> Cfr. S. ALFONSO MARIA DE LIGUORI, *Theologia Moralis*, l. III, 442 (in *Opere*, V, 1, cit., p. 467).



*Codex* del '17 che, secondo la tradizione, enumerava non solo gli adulteri e i concubini, ma anche i bigami, tra i quali rientravano “*qui, obstante coniugali vinculo, aliud matrimonium, etsi tantum civile, ut aiunt, attentaverint*” (can. 2356). Gli odierni divorziati risposati erano *ipso facto* colpiti dall'infamia e, se avessero disprezzato l'ammonizione, secondo la gravità del comportamento dovevano scomunicarsi o interdirsi.

Certamente la *Familiaris consortio* di Giovanni Paolo II abbandona i tre termini (concubini, adulteri, bigami)<sup>119</sup>. Concubinato, però, viene ripreso dal Catechismo della Chiesa cattolica al n. 2390, dove viene posto sotto la categoria generale delle libere unioni<sup>120</sup>, mentre sull'adulterio il n. 2384 svolge una più ampia elaborazione<sup>121</sup>. I termini sembrano scomparsi dal vocabolario dei due recenti sinodi, quanto meno dalle due *relationes* finali del 18 ottobre 2014 e del 24 ottobre 2015<sup>122</sup>.

La variazione del linguaggio non sembrerebbe casuale; la storia infatti ci insegna che, prima della riforma tridentina sulla forma *ad validitatem*, molti concubinati sarebbero risultati matrimoni clandestini<sup>123</sup>.

## 5.2 - La qualificazione della coabitazione dei divorziati risposati

Questa coabitazione, negli scrittori morali classici, era perfettamente

---

<sup>119</sup> Solo il n. 12 accenna velocemente all'adulterio in relazione a un'immagine biblica.

<sup>120</sup> “Si ha una libera unione quando l'uomo e la donna rifiutano di dare una forma giuridica e pubblica a un legame che implica l'intimità sessuale. L'espressione è fallace: che senso può avere una unione in cui le persone non si impegnano l'una nei confronti dell'altra, e manifestano in tal modo una mancanza di fiducia nell'altro, in se stessi o nell'avvenire? L'espressione abbraccia situazioni diverse: concubinato, rifiuto del matrimonio come tale, incapacità di legarsi con impegni a lungo termine. Tutte queste situazioni costituiscono un'offesa alla dignità del matrimonio; distruggono l'idea stessa della famiglia; indeboliscono il senso della fedeltà. Sono contrarie alla legge morale: l'atto sessuale deve avere posto esclusivamente nel matrimonio; al di fuori di esso costituisce sempre un peccato grave ed esclude dalla comunione sacramentale”.

<sup>121</sup> «Il divorzio è una grave offesa alla legge naturale. Esso pretende di sciogliere il patto, liberamente stipulato dagli sposi, di vivere l'uno con l'altro fino alla morte. Il divorzio offende l'Alleanza della salvezza, di cui il Matrimonio sacramentale è segno. Il fatto di contrarre un nuovo vincolo nuziale, anche se riconosciuto dalla legge civile, accresce la gravità della rottura: il coniuge risposato si trova in tal caso in una condizione di adulterio pubblico e permanente: “Se il marito, dopo essersi separato dalla propria moglie, si unisce a un'altra donna, è lui stesso adultero, perché fa commettere un adulterio a tale donna; e la donna che abita con lui è adultera, perché ha attirato a sé il marito di un'altra”».

<sup>122</sup> Rispettivamente in *Il Regno documenti*, 59 (2014), pp. 622-631, e *ivi* 2015/34, pp. 7-37.

<sup>123</sup> Cfr. A. MELLONI, *Amore senza fine, amore senza fini*, cit., p. 69, per il quale il “disallineamento semantico” è “metamorfosi delle esistenze di cui l'approssimazione dei linguaggi è solo la spia”.



inquadabile nella categoria dell'occasione prossima di peccato. Come noto, nel trattato *de poenitentia*, in relazione alla sussistenza di un serio proposito di non più peccare – e ciò al fine di concedere l'assoluzione, giacché pentirsi significa iniziare una nuova vita –, si distingue, o si distingueva, tra occasione remota e occasione prossima di peccato. Questa era la prima distinzione e, nella sua interpretazione evolutiva, si era giunti ad ammettere che di essa doveva darsi un'interpretazione soggettiva: “*Notandum vero quod aliquando occasio quae respectu aliorum communiter est proxima, respectu hominis valde pii et cauti poterit esse remota*”<sup>124</sup>. L'occasione, poi, può essere o volontaria o necessaria. Volontaria è quella cui si può dar fine facilmente; necessaria è quella che non può interrompersi *physice vel moraliter* (direi, per motivi fisici o morali). Naturale è che, tra altri esempi di occasione prossima, si porti quello di colui che tiene in casa una donna con la quale abbia peccato ripetutamente. La conclusione generale, comunque, è che, *ordinarie loquendo*, non debba essere assolto il penitente che si trovi in una occasione prossima volontaria<sup>125</sup>. A che cosa allude quell'*ordinarie loquendo*? Allude al dubbio che vi siano casi nei quali possa essere assolto il penitente che si trova in uno stato di occasione prossima volontaria. L'ipotesi non era nuova e a essa alludevano quattro proposizioni condannate da diversi pontefici<sup>126</sup>. Ma a onta di queste condanne, e delle posizioni più o meno rigoriste che vi derivavano<sup>127</sup>, sovrasta nel ragionamento pastorale di sant'Alfonso il concetto di occasione prossima necessaria, in cui la necessarietà può essere non solo fisica (come nel caso di colui che si trova costretto in carcere o nella triremi), ma anche morale; in essa, l'occasione non può esser fatta cessare a pena di scandalo. In tal caso, può intervenire l'assoluzione sebbene l'occasione non sia rimossa. Ma il

---

<sup>124</sup> S. ALFONSO MARIA DE LIGUORI, *Theologia Moralis*, l. VI, 452 (in *Opere*, VI, 2, Torino, 1847, p. 360).

<sup>125</sup> S. ALFONSO MARIA DE LIGUORI, *Theologia Moralis*, l. VI, 452 (in *Opere*, VI, 2, cit., p. 361).

<sup>126</sup> “*Non est obligandus concubinarius ad eiiciendam concubinam, si haec nimis utilis esset ad oblectamentum concubinarium (vulgo regalo), dum, deficiente illa, nimis aegre ageret vitam, et aliae epulae taedio magno concubinarium afficerent, et alia famula nimis difficile inveniretur*” (proposizione condannata da Alessandro VII); “*Potest aliquando absolvi qui in proxima occasione peccandi versatur, quam potest et non vult omittere, quinimo directe et ex proposito quaerit, aut ei se ingerit*”; “*Proxima occasio peccandi non est fugienda, quando causa aliqua utilis aut honesta non fugiendi occurrit*”; “*Licitum est quaerere directe occasionem proximam peccandi, pro bono spirituali vel temporali nostro vel proximi*” (proposizioni condannate da Innocenzo XI): S. ALFONSO MARIA DE LIGUORI, *Theologia Moralis*, l. VI, 454 (in *Opere*, VI, 2, cit., p. 362).

<sup>127</sup> Si veda tutto il l. VI, 454, appena citato (ivi, pp. 362-364).





pericolo di scandalo non è l'unico caso in cui si intravede una necessarietà morale. Questa può sussistere anche quando, dall'interruzione dell'occasione, potrebbe derivare un notevole detrimento nella vita, nella fama e nel patrimonio o richiedere un grave incomodo<sup>128</sup>. D'altra parte, un pastore come Carlo Borromeo va ben oltre, dal momento che egli prende in considerazione esplicitamente non solo il pericolo di scandalo o di danno alla vita, alla fama, al patrimonio, che possono impedire l'interruzione dell'occasione volontaria, ma anche il pericolo dell'infamia che alla persona può derivare *dalla negazione della comunione*; in tal caso, la valutazione prudenziale del confessore, pur in presenza di *signa contritionis* non meglio identificati, può determinarlo a dare l'assoluzione. E tuttavia, la soluzione finale richiede che all'occasione sia posta fine<sup>129</sup>.

Il magistero della Chiesa, come noto, determinò un'evoluzione su tali opinioni comuni e dall'inizio degli anni Ottanta ammetteva apertamente la sussistenza di seri motivi perché non venisse rimossa l'occasione prossima (cioè la convivenza); si esprimeva così un atteggiamento di fiducia verso i conviventi esposti a tale occasione, chiedendo però che essi fossero in grado di vivere in continenza<sup>130</sup> o "come fratello e sorella"<sup>131</sup>. Un caso analogo, del resto, era già presente nel diritto delle decretali e riguardava l'ipotesi del matrimonio dei due impotenti; per essi era lecito coabitare, sia pure "*cum periculo tactuum*", per evitare l'infamia<sup>132</sup>. Essi potevano essere aiutati dalla preghiera costante, dal rinnovo della promessa di non peccare più davanti

---

<sup>128</sup> S. ALFONSO MARIA DE LIGUORI, *Theologia Moralis*, I, VI, 455 (in *Opere*, VI, 2, cit., pp. 364-365).

<sup>129</sup> S. ALFONSO MARIA DE LIGUORI, *Theologia Moralis*, I, VI, 458 (in *Opere*, VI, 2, cit., p. 367).

<sup>130</sup> Si veda la ricostruzione degli atti magisteriali fatta da H. FRANCESCHI, *Divorziati risposati e nullità matrimoniali*, in H. Franceschi, M.A. Ortiz (ed.), *Ius et matrimonium. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico*, cit., pp. 113-121. Osservata la continenza, i conviventi "*ad Communionem Eucharisticam accedere possunt, salva tamen obligatione vitandi scandalum*": così la Congregazione per la dottrina della fede nella Lettera del 14 settembre 1994 (Congregazione per la dottrina della fede [ed.], *Sulla pastorale dei divorziati risposati. Documenti, commenti e studi*, LEV, Città del Vaticano, 1998, 36-37).

<sup>131</sup> Su questa espressione cfr. S. BOTERO, *Hacia una antropología teológica de la sexualidad*, Bogotá 2012, pp. 85-87, dove si fa risalire il principio alla posizione di sant'Agostino sulla convivenza matrimoniale di anziani e sterili ("*fraterna societas*", *ivi*, 86). Sulla clausola della "piena continenza" cfr. M. SEMERARO, *Il sinodo della famiglia raccontato alla mia Chiesa*, Albano Laziale 2015, p. 42, nota 33.

<sup>132</sup> X, 4, 15, 5: "... *vir eam, etsi non ut uxorem, saltem habeat ut sororem*" (ed. Friedberg, II, col. 705-706).



al Crocifisso, ma anche dalla partecipazione frequente ai sacramenti<sup>133</sup>.

Questa evoluzione, con riguardo ai limiti dell'assoluzione sacramentale e dell'ammissione all'Eucaristia dei divorziati risposati, a mio parere non è stata sempre considerata in tutte le sue implicazioni, determinando posizioni ideali – più o meno recepite nella pratica – orientate in senso rigoristico o di "tuziorismo acritico"<sup>134</sup>. Quando si ammette, infatti, che i divorziati risposati non siano tenuti inderogabilmente a interrompere la convivenza *quoad mensam et thorum*, il loro accostamento alla confessione dovrebbe essere contrassegnato da tutti quegli elementi di attenzione e di misericordia che, nella dottrina classica, riguardavano (e riguardano<sup>135</sup>) la concessione dell'assoluzione ai recidivi<sup>136</sup>. Come sempre, ieri e oggi, nelle questioni morali, le opinioni si distinguevano tra chi diceva che il recidivo dovesse essere sempre e comunque assolto, chi sosteneva il contrario, chi distingueva in rapporto a elementi di valutazione nuovi presenti nel penitente<sup>137</sup>. Questi erano dati da segni di miglioramento: il maggior dolore (disagio) dimostrato; un minore numero di peccati; lo sforzo usato per emendarsi; la ricerca di mezzi per emendarsi; la confessione spontanea e non provocata da precetti; l'impulso derivato da un fatto straordinario, ad esempio familiare; la confessione di peccati prima volontariamente omessi; la *restitutio* spontanea; una rinnovata coscienza della propria situazione<sup>138</sup>. Suarez, dal canto suo, raccomandava che, da parte del confessore, si potesse

---

<sup>133</sup> S. ALFONSO MARIA DE LIGUORI, *Theologia Moral*, l. VI, 455 (in *Opere*, VI, 2, cit., p. 365).

<sup>134</sup> Cfr. B. HÄRING, *Il peccato in un'epoca di secolarizzazione*, 2ª ed., Dehoniane, Bari, 1974, p. 36. L'espressione è riferita al principio del *favor matrimonii* e all'esigenza per la quale "la desacralizzazione e l'evoluzione sociale conducono a un concetto molto più profondo ed esigente di sacramentalità". Sui "due estremi: no assoluto – sì indiscriminato" cfr. anche E. ZANETTI, *La cura pastorale dei fedeli in situazioni matrimoniali difficili o irregolari*, in M. Tinti (ed.), *Famiglia e diritto nella Chiesa*, cit., pp. 240-245.

<sup>135</sup> Sui recidivi, con espresso riferimento all'uso della contraccezione, si cfr. PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA, *Vademecum per i confessori su alcuni temi di morale attinenti alla vita coniugale*, 12 febbraio 1997, in PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA, *Morale coniugale e sacramento della Penitenza*, LEV, Città del Vaticano, 1998, pp. 197-221.

<sup>136</sup> Sulla nozione di "recidiva" e sulla sua "importanza nella pastorale penitenziale", cfr. A. CHAPPELLE, "Va' e non peccare più". *Dolore e contrizione per i penitenti recidivi*, in PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA, *Vademecum per i confessori su alcuni temi di morale attinenti alla vita coniugale*, 12 febbraio 1997, in PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA, *Morale coniugale e sacramento della Penitenza*, cit., p. 47.

<sup>137</sup> S. ALFONSO MARIA DE LIGUORI, *Theologia Moral*, l. VI, 459 (in *Opere*, VI, 2, cit., p. 368).

<sup>138</sup> S. ALFONSO MARIA DE LIGUORI, *Theologia Moral*, l. VI, 460 (in *Opere*, VI, 2, cit., pp. 370-371).



arrivare all'ordine estremo di far cessare l'occasione (e cioè di attuare la separazione dei due conviventi), raccomandando però che "*semper tamen magna prudentia necessaria est, ut scandalum vitetur*"<sup>139</sup>. Ciò suppone, evidentemente, una valutazione attuata in foro interno, caso per caso e con la pazienza di chi attende la realizzazione, nella vita morale del singolo, della "figura del *tempo pieno*"<sup>140</sup>; e a una simile valutazione penso si riferisse anche la Congregazione per la dottrina della fede, quando, sull'ammissione ai sacramenti dei fedeli posti "*in unione irregolari*", raccomandava che si osservasse sì la disciplina vigente, ma anche "*probatam Ecclesiae praxim in foro interno*"<sup>141</sup>. Vediamo che «"la legge della gradualità" pastorale»<sup>142</sup> è tutt'altro che sconosciuta alla tradizione e, in questa linea, si comprendono le parole di papa Francesco: "Senza sminuire il valore dell'ideale evangelico, bisogna accompagnare con misericordia e pazienza le possibili tappe di crescita delle persone che si vanno costruendo giorno per giorno"<sup>143</sup>. D'altra parte, all'epoca della Lettera circolare del 1973 appena citata, non mancarono perspicue osservazioni che affrontavano la problematica non dal punto di vista della virtù di misericordia, ma da quello della virtù di prudenza; quella *prudentia Ecclesiae* che esige di accertare volta per volta l'esistenza di un peccato formale per escludere dai sacramenti<sup>144</sup>, ma anche di considerare che, come s'è detto per il caso della contraccezione, "la recidiva ... non è in se stessa motivo per negare l'assoluzione"<sup>145</sup>. Onde, con la "logica del discernimento", lo stesso Sinodo

---

<sup>139</sup> F. SUAREZ, *Tractatus de poenitentia, disputatio XXXII, sectio 2*, n. 4 (in *Opera omnia*, ed. C. Berton, 22, Parigi, 1861, p. 677).

<sup>140</sup> Sul significato di questa espressione cfr. G. ANGELINI, *Teologia morale fondamentale*, Glossa, Milano, 1999, pp. 593-600.

<sup>141</sup> Così la Lettera circolare della Congregazione per la dottrina della fede dell'11 aprile 1973: **CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDELI**, *Documenta inde a Concilio Vaticano Secundo expleto edita (1966-2005)*, LEV, Città del Vaticano, 2006, p. 69. Sul significato attuale di questo documento si veda SEMERARO, *Il sinodo della famiglia raccontato alla mia Chiesa*, cit., loc. cit.

<sup>142</sup> **PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA**, *Vademecum per i confessori su alcuni temi di morale attinenti alla vita coniugale*, 12 febbraio 1997, in **PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA**, *Morale coniugale e sacramento della Penitenza*, cit., p. 216, n. 9.

<sup>143</sup> PAPA FRANCESCO, esortazione apostolica *Evangelii gaudium*, 24 novembre 2013, in AAS 105 (2013), 1038, n. 44.

<sup>144</sup> Si veda C. ROBERT, *Est-il encore opportun de priver des sacrements de la réconciliation et de l'Eucharistie indistinctement tous les divorcés remariés?* in *Revue de droit canonique*, 24 (1974), pp. 153-175, specialmente p. 167 ss.

<sup>145</sup> Così **PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA**, *Vademecum per i confessori su alcuni temi di morale attinenti alla vita coniugale*, 12 febbraio 1997, in **PONTIFICIO**



del 2015

“si è astenuto dal proporre al Papa in forma semplicemente teorica e astratta la questione specifica della possibilità di ammissione ai sacramenti della Penitenza e dell’Eucaristia dei fedeli battezzati che vivano coniugalmente in condizione di civilmente divorziati risposati”<sup>146</sup>,

neppure ripetendo formule generali di limitazione, con ciò fornendo al Pontefice motivi di nuova ponderazione<sup>147</sup>.

### 5.3 - La qualificazione della coabitazione di coppie dello stesso sesso

Si tratta evidentemente di una circostanza, nella sua specificità, affatto nuova e relativamente recente. La specificità, per cui qui ne accenno, deriva dal fatto che ormai diverse legislazioni statuali ammettono al matrimonio civile persone del medesimo sesso o persone delle quali una abbia ottenuto, per legge, il mutamento di identità sessuale. L’ordinamento canonico stenta un po’ a considerare questa realtà, presente anche in paesi di tradizione cristiana e cattolica, nella quale la difformità tra il diritto naturale classico e la legislazione statale positiva, in ambito matrimoniale, è assai pronunciata e determina interferenze tra i due modelli di cui, forse, non si è ancora ben misurata la consistenza; la Spagna costituisce esempio netto di questa realtà, dal momento che la c.d. riforma Zapatero, adottata con la legge 13 del 1° luglio 2005, intervenne direttamente sul codice civile spagnolo<sup>148</sup>. Essa veniva chiaramente condannata dai vescovi spagnoli<sup>149</sup>, benché non risultino determinazioni intra-canoniche particolari.

Potrei pensare che interventi specifici, sulla situazione canonica di coloro che impostano una pubblica convivenza, anche in base a legislazioni civili che ammettono il matrimonio tra persone dello stesso sesso, siano considerati superflui o non siano ritenuti opportuni per evitare analogie

---

**CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA**, *Morale coniugale e sacramento della Penitenza*, cit., pp. 214-215, n. 5.

<sup>146</sup> V. SEMERARO, *Il sinodo della famiglia raccontato alla mia Chiesa*, cit., pp. 25-26.

<sup>147</sup> V. SEMERARO, *Il sinodo della famiglia raccontato alla mia Chiesa*, cit., pp. 42-43, nota 33.

<sup>148</sup> I tratti essenziali della riforma in A. PERELLI, *Il matrimonio omosessuale dinanzi al Tribunal constitucional spagnolo*, in *Lo status giuridico delle coppie same sex: una prospettiva multilivello*, Primiceri, Roma, 2014, pp. 133-154.

<sup>149</sup> Vedi il comunicato 20 aprile 2005, della Conferenza episcopale spagnola e di altre confessioni religiose, in *Il Regno documenti*, 50 (2005), p. 362, nonché la dichiarazione dell’Ufficio stampa *Ormai un contratto inconsistente* (*ivi*, p. 364).



improprie. Sul punto, i documenti recenti più importanti, provenienti dalla Congregazione per la dottrina della fede, sembrano essere: la *Epistula ad universos Catholicae Ecclesiae episcopos de pastoralis personarum homosexualium cura* (1° ottobre 1986)<sup>150</sup>; la dichiarazione *Some Considerations Concerning the Response to Legislative Proposals on the Non-discrimination of Homosexual Persons* (23 luglio 1992)<sup>151</sup>; la *Nota de contubernalibus eiusdem sexus quoad iuridica consectaria contubernii* (3 giugno 2003)<sup>152</sup>. In essi nulla si dice su alcune questioni disciplinari relative a coloro che, pur ritenendosi fedeli, si avvalgono delle forme di riconoscimento legislativo che possono arrivare anche al matrimonio fra persone dello stesso sesso; in particolare, si tende a non prendere *specificata* posizione sulla loro ammissione alla Penitenza e all'Eucaristia e sulla capacità di assumere i servizi liturgici, catechistici, di padrino e di presenza nei consigli ecclesiali partecipativi<sup>153</sup>. A questo silenzio potrebbe non essere estraneo il timore di contestazioni in sede di organismi internazionali. Se, sul piano oggettivo, tale silenzio pone problemi sistematici e di coerenza interna dell'ordinamento, esso però potrebbe essere dettato dalla volontà di non infilarsi nella strada stretta di generalizzazioni in una materia tanto delicata. Per ora, abbiamo conoscenza del caso verificatosi nel maggio 2012 nell'archidiocesi di Vienna; là veniva

---

<sup>150</sup> Cfr. **CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI**, *Documenta inde a Concilio Vaticano Secundo expleto edita* (1966-2005), cit., pp. 318-327.

<sup>151</sup> **CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI**, *Documenta inde a Concilio Vaticano Secundo expleto edita* (1966-2005), cit., pp. 441-445.

<sup>152</sup> **CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI**, *Documenta inde a Concilio Vaticano Secundo expleto edita* (1966-2005), cit., pp. 596-603.

<sup>153</sup> Determinazioni specifiche che, invece, non sono mancate in rapporto ai divorziati risposati. Cfr. il *Catechismo della Chiesa cattolica*, n. 1650, per cui "se i divorziati si sono risposati civilmente, essi si trovano in una situazione che oggettivamente contrasta con la Legge di Dio. Perciò essi non possono accedere alla Comunione eucaristica, per tutto il tempo che perdura tale situazione. Per lo stesso motivo non possono esercitare certe responsabilità ecclesiali". Si veda **L. MAZZOLA**, *L'evoluzione della normativa ecclesiale*, in F.P. Puleo (ed.), *Quale comunione? Divorziati risposati e sacramenti*, Città Nuova, Roma, 2009, 19-40. Per l'Italia si cfr. la nota pastorale: **CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA**, *La pastorale dei divorziati risposati e di quanti vivono in situazioni matrimoniali irregolari o difficili*, 26 aprile 1979; per essa "non possono [i divorziati risposati] svolgere nella comunità ecclesiale quei servizi che esigono una pienezza di testimonianza cristiana, come sono i servizi liturgici e in particolare quello di lettore, il ministero di catechista, l'ufficio di padrino per i sacramenti" (*ivi*, n. 22, in *Enchiridion Cei* 2 [1985], p. 1257). Il successivo *Direttorio di pastorale familiare per la Chiesa in Italia*, 25 luglio 1993, aggiungeva come "nella stessa prospettiva, è da escludere una loro partecipazione ai consigli pastorali, i cui membri, condividendo in pienezza la vita della comunità cristiana, ne sono in qualche modo i rappresentanti e i delegati" (*ivi*, n. 218, in **CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA**, *Direttorio di pastorale familiare per la Chiesa in Italia*, Padova, 1993, p. 179).



confermata dall'Arcivescovo l'elezione, in un consiglio pastorale parrocchiale, di un omosessuale pubblicamente convivente sulla base di un'unione civile registrata, elezione prima annullata dal parroco. L'Arcivescovo, però, prendeva l'occasione per modificare la normativa diocesana sull'accesso ai consigli pastorali<sup>154</sup>.

## 6 - Influenze e intersezioni tra concezione canonica e concezione civile del vincolo reciproco derivante dal matrimonio

Tutti, per intuizione, percepiamo l'amore come un elemento importante nell'architettura matrimoniale, tanto nell'ambito civile che in quello religioso. Questo amore però, che implica (quantomeno) il volere il bene della comparte nel coniugio, quando entra nel campo del diritto, si rivela assai impervio da classificare<sup>155</sup>. Su di esso, dopo il Vaticano II, si è scritto e si continua a scrivere molto, in ambito canonico, teologico e pastorale, dandogli un'importanza superiore agli altri elementi essenziali. Ciò, forse, avviene perché lo si ritiene l'elemento comprensivo di tutti gli altri; se c'è l'amore e si vuole veramente il bene dell'altro coniuge, si è fedeli, non ci si vuole separare da lui, si desidera avere con lui una discendenza. Rimane il fatto, però, che mentre il rigetto di uno dei doveri essenziali del matrimonio, non nel momento *in fieri* ma nel suo svolgimento *in facto*, cioè durante la vita matrimoniale, viene generalmente considerato come una delle tante disfunzioni che un legame matrimoniale può avere durante la sua esistenza, al venire meno dell'amore coniugale si tende ad attribuire un'importanza superiore, con vere e proprie ipotesi divorzistiche<sup>156</sup>. Qualche teologo,

---

<sup>154</sup> Cfr. *Adista notizie* 2012/14.

<sup>155</sup> Per una disamina generale, da parte di un civilista: F. GAZZONI, *Amore e diritto ovvero i diritti dell'amore*, ESI, Napoli, 1994.

<sup>156</sup> Cfr. in questo senso O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, cit., p. 158. Alla stessa conclusione si arriva quando si auspica la necessità di "configurare" motivi di nullità, "secondo verità e giustizia", in contrapposizione all'ipotesi che, nell'applicazione dell'esclusione del *bonum coniugum*, si realizzi una visione "secondo la quale la vera causa di nullità sia una questione secondaria, essendo decisivo che essa sia comunque dichiarata come via di soluzione delle situazioni irregolari". In tal caso potrebbe "insinuarsi allora perfino una sorta di visione politica delle nullità: se in un determinato contesto le nullità per incapacità sono diventate troppo numerose o quasi l'unico motivo invocato, e ciò risulta per qualche motivo problematico, si possono esplorare vie alternative, ad esempio nell'ambito della simulazione, e fra tali vie l'esclusione del *bonum coniugum* potrebbe sembrare particolarmente facile da riscontrare in molte unioni fallite". Così C.J. ERRÁZURIZ M., *Il senso e il contenuto essenziale del bonum coniugum*, in *Ius Ecclesiae*, 22 (2010), p. 575.



anche recentemente, ha giustificato un vero divorzio canonico secondo il ragionamento per il quale, quando muore l'amore di coppia, cessa anche il sacramento del matrimonio<sup>157</sup>. In proposito, vorrei di nuovo notare come queste posizioni, a rigori, non rivolgano la propria attenzione al momento del *matrimonium in fieri*, o dello scambio del consenso, ma a quello del *matrimonium in facto*, ossia della convivenza coniugale.

Ora, della misura dell'amore coniugale al momento dello scambio del consenso possono sicuramente aversi diverse rappresentazioni, più o meno estese, fino a quella della "inconsumazione esistenziale e nella fede", per la quale si dovrebbero "considerare giuridicamente indissolubili solo i matrimoni caratterizzati dalla piena e profonda integrazione interpersonale"<sup>158</sup>. Ma declinare la teoria della "morte dell'amore", come causa del travolgimento del vincolo già esistente, significa, forse inconsapevolmente, prendere posizione su un certo modo di concepire questo elemento nel contesto del matrimonio canonico. Non a caso, in una delle ricostruzioni più recenti, fatta dal teologo e vescovo francese J.-P. Vesco, a essere indissolubile è l'amore coniugale come tale, non il sacramento del matrimonio; meglio, è l'indissolubilità dell'amore coniugale che "rende possibile il sacramento del matrimonio". In questo contesto, lo scambio dei consensi diventa "momento simbolico ... dell'unione indissolubile"; ma l'amore coniugale preesiste al momento del consenso e "lo rende possibile"<sup>159</sup>. Da ciò deriva che, in relazione al secondo legame, ai divorziati risposati non sarebbe lecito chiederne la rottura non tanto in considerazione della loro debolezza (mancanza di coraggio o di fede), quanto perché "la loro scelta di impegnarsi in una seconda alleanza ha creato un secondo legame ugualmente indissolubile, anche se non è

---

<sup>157</sup> Cfr. L. MANICARDI, *Chiesa e famiglia dopo il Sinodo straordinario: un cantiere in divenire. Intervista a Padre Luciano Manicardi*, in [http://www.olir.it/newsletter/archivio/2014\\_12\\_22.html](http://www.olir.it/newsletter/archivio/2014_12_22.html) (accesso: 16 febbraio 2016). Chiarissimo in tal senso GRILLO, *Indissolubile? Contributo al dibattito sui divorziati risposati*, cit., p. 40, per il quale, nel caso del fallimento di un matrimonio, "il precedente coniuge vive, ma il primo matrimonio non vive più". Si veda già B. PETRÀ, *Il matrimonio può morire? Studi sulla pastorale dei divorziati risposati*, Dehoniane, Bologna, 1996.

<sup>158</sup> O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, cit., p. 160. Un'esposizione articolata della teoria della "consumazione esistenziale e nella fede", anteriore alla revisione del *Codex*, era stata fatta da J. BERNHARD, *Indissolubilità del matrimonio e diritto canonico*, in AA. VV., *Divorzio e indissolubilità del matrimonio* (Quaderni di teologia morale, 2), Cittadella Editrice, Assisi, 1973, pp. 40-55.

<sup>159</sup> J.-P. VESCO, *Ogni amore vero è indissolubile* (Giornale di teologia, 315), Queriniana, Brescia, 2015, pp. 53-54.



sacramentale”<sup>160</sup>. Con ciò, evidentemente, anzitutto si ammette che un vero amore coniugale sia svincolato dal sacramento. In secondo luogo, si fa una scelta in rapporto al contenuto dell’amore coniugale stesso, intendo di quello consacrato dal sacramento. Non si capisce bene, infatti, come si possa parlare di un “secondo legame egualmente indissolubile” quando è stata violata l’indissolubilità del primo; come sia possibile, cioè, conciliare l’indissolubilità della prima alleanza con l’indissolubilità della seconda. Anche sul piano logico, due negazioni (*non*-dissolubilità) si elidono a vicenda.

Non c’è dubbio come in queste posizioni si manifesti, in buona fede, in una parte dell’opinione pubblica ecclesiale, una somiglianza (influenza?) col modo di concepire il volersi bene coniugale tipico di quegli ordinamenti secolari nei quali è previsto il divorzio, come, ad esempio, in Italia; una concezione per la quale l’amore coniugale è svincolato da una dimensione di giustizia e di doverosità, coinvolto invece dal libero autodeterminarsi del soggetto, giacché l’individuo è “quel che egli stesso si fa, momento per momento”<sup>161</sup>. La constatazione, puramente oggettiva, in questo caso riguarda quell’elemento impalpabile che è l’amore coniugale. Ma nella storia relativamente recente, in altri campi delle discipline matrimoniali (canonica e civile), possono riscontrarsi incroci, intersezioni, ripensamenti, sovrapposizioni. Vorrei portare un esempio che mi sembra, quanto meno, interessante dal punto di vista storico.

### 6.1 - Incrocio di sviluppi in tema di errore sulla qualità

Durante le fasi di formazione del primo libro del nuovo codice civile italiano, nel progetto preliminare, pubblicato nel 1930, spuntava come nuovo motivo di annullamento, e a differenza del codice civile del 1865, l’errore sulle qualità della persona. Di tale progetto, che ovviamente riguardava la disciplina del solo matrimonio civile in Italia, aveva a occuparsi il card. Gasparri, la cui attenzione si dirigeva “in particolare sulle norme che a suo avviso mettevano a repentaglio il canone dell’indissolubilità del matrimonio”<sup>162</sup>. Tra le norme che erano ritenute pericolose dal Cardinale, vi era appunto quella di cui al progettato art. 141, III c., il quale stabiliva che

---

<sup>160</sup> J.-P. VESCO, *Ogni amore vero è indissolubile*, cit., p. 59.

<sup>161</sup> G. LO CASTRO, *Tre studi sul matrimonio*, cit., pp. 77-78.

<sup>162</sup> Mi servo qui della recente ricostruzione archivistica di S. DAZZETTI, *Chiesa cattolica e diritto di famiglia. La revisione del Codice civile nelle relazioni tra Italia e Santa Sede dopo il Concordato del 1929*, Photocity.it, Napoli, 2015, p. 26.





l'errore può essere fatto valere anche se siasi verificato rispetto a condizioni e qualità dell'altro coniuge tali che, data la ragionevole valutazione delle esigenze del matrimonio, avrebbero, se fossero state conosciute, escluso il consenso"<sup>163</sup>.

In ciò Gasparri non si dimostrava lungimirante rispetto all'indirizzo che avrebbe preso la giurisprudenza canonica prima, e il *Codex* del 1983, in tema di *error qualitatis*.

Viceversa, egli criticava il progetto laddove esso poneva limiti alla moglie, nella richiesta di separazione per l'adulterio del marito, in quanto con ciò si «perpetuava un'odiosa e ingiusta disparità di trattamento fra i due coniugi»<sup>164</sup>.

Sempre sull'annullamento per errore sulle qualità, però, penso valga la pena di riferire oggi le parole che, nel 1931, il segretario della Sacra Congregazione dei sacramenti, mons. Iorio, indirizzò al Segretario di Stato, card. Pacelli:

“Che se l'intenzione del Legislatore fosse di fissare come motivi di nullità l'errore intorno alle qualità o condizioni morali, fisiche, economiche di uno dei coniugi (quali potrebbero essere, a mo' d'esempio, la mancata verginità della donna, la quantità della dote notevolmente inferiore alla pattuita o comunque prevista, qualche grave difetto fisico, che non sia l'impotenza coeundi, l'incompatibilità di carattere e simili) non si vedrebbe in tal caso cosa si salverebbe del principio dell'indissolubilità del matrimonio”<sup>165</sup>.

E poiché la Commissione reale diceva espressamente che, nel configurare l'errore sulla qualità, si rifaceva a legislazioni divorziste al fine di “trovare soddisfazione per casi tanto più degni di commiserazione e di protezione in una legislazione che nega[va] il divorzio”, mons. Iorio segnalava come, in quella causa di annullamento, “si nasconda il maggior pericolo, altra volta segnalato, d'introdurre proprio con questo dispositivo un larvato divorzio, pur con le cautele e limitazioni con cui la legge vuol circondarlo”<sup>166</sup>.

Egli non avrebbe mai pensato che, qualche decennio dopo, la stessa disciplina canonica avrebbe previsto come ipotesi di nullità quella di cui all'attuale can. 1097, par. 2, nel quale l'errore-vizio del consenso può avere a oggetto, se intese *directe et principaliter*, qualità svariate e comunque non

---

<sup>163</sup> S. DAZZETTI, *Chiesa cattolica e diritto di famiglia*, cit., p. 27.

<sup>164</sup> S. DAZZETTI, *Chiesa cattolica e diritto di famiglia*, cit., p. 28.

<sup>165</sup> S. DAZZETTI, *Chiesa cattolica e diritto di famiglia*, cit., p. 35.

<sup>166</sup> S. DAZZETTI, *Chiesa cattolica e diritto di famiglia*, cit., p. 39.



esaustivamente enumerate. Ciò a differenza del codice civile, il cui art. 122 ammette l'errore esclusivamente sulle qualità tassativamente previste dal testo normativo. Da qui i limiti alla delibazione delle sentenze canoniche di nullità, per errore sulle qualità, indicati dalla Cassazione. La falsa rappresentazione della realtà, infatti, deve vertere su fatti "oggettivi, incidenti su qualità o connotati stabili e permanenti della persona dell'altro coniuge e non a meri comportamenti di questo, non rapportabili a suoi caratteri qualificanti o essenziali"<sup>167</sup>.

## 6.2 - Incrocio di sviluppi in tema di amore nel coniugio

Comunque, per tornare all'amore coniugale, nel sistema del diritto matrimoniale italiano esso agisce esclusivamente a livello di motivi per i quali ci si sposa. Infatti, tra i doveri che il codice civile enumera, all'art. 143, stanno la fedeltà, l'assistenza morale e materiale, la collaborazione nell'interesse della famiglia e la coabitazione, non invece l'affetto d'amore, onde si dice che "tradizionalmente il diritto positivo ha sempre ignorato il sentimento d'amore che anima i rapporti tra persone, a cominciare dall'ambito familiare"<sup>168</sup>. Neppure l'art. 147 del codice civile, al proposito dei doveri genitoriali verso i figli, imporrebbe un sentimento d'amore<sup>169</sup>. Il venir meno dell'amore coniugale, poi, non è certo richiesto come motivo per accedere alla separazione e al divorzio, per i quali rappresenta invece elemento centrale l'"intollerabilità della convivenza", concetto molto meno impegnativo e strettamente connesso alla caducazione dell'istituto della separazione per colpa<sup>170</sup>. Il fatto che l'art. 1 della legge sul divorzio alludesse alla "comunione spirituale e materiale tra i coniugi", aveva fatto pensare a un possibile, quanto meno, avvicinamento tra questa categoria e quella del *bonum coniugum*; ma con l'immediata precisazione che, comunque,

---

<sup>167</sup> Cass., sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 39 (2010), pp. 18-21.

<sup>168</sup> Così **G. DALLA TORRE**, *Amore profano e amore sacro*, in O. Fumagalli Carulli, A. Sammassimo (ed.), *Famiglia e matrimonio di fronte al sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, Vita e Pensiero, Milano, 2015, p. 156. Sui doveri matrimoniali nel codice civile cfr. **M. SESTA**, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., pp. 63-64, che, in rapporto al dovere di assistenza morale, nota la "difficoltà di tracciare con precisione i confini di un siffatto obbligo, la cui attuazione è rimessa alla sensibilità dei coniugi".

<sup>169</sup> Ivi. *Contra* si veda **C.M. BIANCA**, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2014, specialmente pp. 775-776. Per l'A., a partire dal novellato art. 315-bis del codice civile, "... la Riforma ha inteso sancire il diritto del figlio ad essere *amato* dai suoi genitori"; inoltre, "il diritto all'amore dei genitori è un diritto fondamentale del minore" (ivi, p. 775).

<sup>170</sup> **G. FERRANDO**, *Diritto di famiglia*, cit., p. 173.



“l’elemento spirituale può ravvisarsi anche ove difetti vero e proprio sentimento d’amore”<sup>171</sup>.

Ciò non toglie che, se si chiede a qualche coniuge quale sia la ragione per cui divorzia, nella stragrande maggioranza dei casi, penso, egli risponderà che lo fa perché non ama più l’altro coniuge, e ciò a riprova dell’importanza pervasiva che il sentimento d’amore, concepito in un certo modo, ha assunto sugli istituti familiari e di convivenza<sup>172</sup>. Il divorzio italiano è un tipico “divorzio-rimedio”, che sanziona cioè il venir meno di una comunione da confermarsi giorno per giorno<sup>173</sup>.

Quanto alle cause di annullamento, certamente nel matrimonio civile non trova riscontro una causa analoga alla canonica esclusione del *bonum coniugum*, e in sede di delibazione una Corte d’appello lo disse espressamente<sup>174</sup>. A meno che non si voglia incasellare la mancanza d’amore (o la presenza di odio, secondo la famosa ipotesi di Jemolo) nell’ambito di un’assenza totale del consenso, ciò che costituirebbe un improbabile caso di nullità atipica (ove questa sia ammessa) analogo al matrimonio celebrato per gioco, o a quello celebrato in spregio a norme imperative non derogabili<sup>175</sup>. Ma noi sappiamo che, nel codice civile, nessuna norma impone espressamente, come previo alla celebrazione, l’amore coniugale. Nell’ordinamento matrimoniale italiano esso è un motivo, uno dei motivi, per cui ci si sposa e si identifica con un affetto che, come tutti gli affetti, sorge, si sviluppa, si modifica, ma può anche venir meno.

Ora va ricordato, però, che tra i varî principî conduttori della riforma del 1975 – nel momento in cui si lasciava dietro le spalle una concezione pubblicistica e schiettamente istituzionalistica del matrimonio e della famiglia –, non stava tanto l’esaltazione di un affetto pur importante come l’amore, quanto il soddisfacimento di esigenze di solidarietà nell’ambito di un pieno riconoscimento dell’eguaglianza giuridica e morale dei coniugi. In

---

<sup>171</sup> G. MANTUANO, *La rilevanza del bonum coniugum nell’ordinamento civile*, in AA. VV., *Il “bonum coniugum” nel matrimonio canonico*, cit., p. 264.

<sup>172</sup> Per G. DALLA TORRE, *Amore profano e amore sacro*, cit., p. 157, “si tratta di un mito pervasivo dei paradigmi culturali di riferimento e dei comportamenti, che per quanto qui interessa insidia l’intero istituto matrimoniale: la fine dell’amore giustifica la fine del matrimonio; la sussistenza dell’amore fa reclamare il riconoscimento come matrimonio di convivenze che tali non sono, come quelle tra persone dello stesso sesso”.

<sup>173</sup> G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., p. 188.

<sup>174</sup> Corte d’appello di Milano, 28 novembre 2007, n. 3181, in *Giustizia a Milano*, 20 (2007), p. 81.

<sup>175</sup> Si veda il dibattito, a partire dalla simulazione, in A. MARINI, A. MORACE PINELLI, *Della nullità del matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 223-262.



questo contesto sembra siano da leggersi alcuni aspetti fondamentali di quella riforma, tra i quali la disciplina dell'assegno di separazione e di divorzio, l'obbligo di contribuzione ex art. 143 codice civile, e l'assunzione della comunione legale dei beni come regime ordinario. Il principio di solidarietà, così tradotto in norme, si esprimeva appieno nella costruzione della figura del "soggetto debole"<sup>176</sup>, tutelato dalla legge indipendentemente dalla volontà dei coniugi.

Dato per scontato che tra le due attitudini non vi sia interferenza, possiamo dire che il rapporto dialettico tra solidarietà e sentimento d'amore è uno dei nodi irrisolti, perché non risolvibili dalla legge, nella vita matrimoniale all'inizio del secondo millennio? Tra i due concetti la disparità è grande, giacché mentre la solidarietà *estrinseca*<sup>177</sup> può essere garantita, o addirittura imposta, dalla legge e da essa tradotta in istituti giuridici, il sentimento, e soprattutto la passione d'amore, sfuggono alle imposizioni della legge. Quanti autori hanno illustrato questa esperienza (l'inafferrabilità del sentimento d'amore da parte delle imposizioni legislative), sia pure con parole diverse; penso sia proprio a questo proposito che Jemolo sentisse la necessità di appellarsi al piano metagiuridico, scolpendo la figura della famiglia come "un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto" giacché "la sua intima essenza rimane metagiuridica"<sup>178</sup>.

I canonisti più fedeli alla tradizione hanno espresso ed esprimono questa realtà cercando di "oggettivare" l'amore coniugale, di strutturarne cioè nel consenso che vale per tutta la vita; l'aforismo *non amor sed consensus matrimonium facit*, allora, dovrebbe essere inteso non nel senso di una incomunicabilità tra amore e consenso, ma in modo tale che la loro distinzione consenta una unione senza confusione<sup>179</sup>. Ciò soprattutto dopo

---

<sup>176</sup> Su tale figura in generale, cfr. M. Bellocchi e P. Passaglia (ed.), *La tutela dei "soggetti deboli" come esplicazione dell'istanza solidaristica nella giurisprudenza costituzionale*, in [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU%20191\\_Tutela\\_soggetti\\_deboli.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%20191_Tutela_soggetti_deboli.pdf) (accesso: 16 febbraio 2016); E. CIANCIOLA, *Ontofenomenicità e tutela del soggetto debole all'interno della famiglia in Europa*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 36 (2007), pp. 940-962.

<sup>177</sup> Faccio riferimento, qui, all'elaborazione sulle diverse tipologie di amore di V. MANCUSO, *Io amo. Piccola filosofia dell'amore*, Garzanti Libri, Milano, 2014, p. 60 ss. L'Autore distingue, dal punto di vista di colui che ama, diverse eventualità, tutte accomunate dal concetto di attrazione (*ivi*, pp. 62-63); nella solidarietà, non sembra necessaria l'attrazione.

<sup>178</sup> A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, cit., p. 241.

<sup>179</sup> Così P.-J. VILADRICH, *amor conyugal*, in J. Otaduy, A. Viana, J. Sedano (ed.), *Diccionario general de derecho canónico*, Thomson Reuter -Aranzadi, Pamplona, 2012, I, pp. 318-319.



che la valorizzazione dell'istanza personalista poteva tradursi in un sostanziale ripensamento del paradigma cattolico dell'indissolubilità; in tal senso, il personalismo poteva tradursi in esistenzialismo<sup>180</sup>.

L' *affectio coniugalis*, ci diceva Adami, è l'intenzione di vivere coniugalmente, che non si identifica con una "volontà continuativa, che si rinnova di momento in momento". Egli avvertiva come

«bisogna ... tener ben distinto – almeno per il foro esterno – l'aspetto metagiuridico dell' *affectio maritalis* (sinonimo, da quest'angolo visuale, di  *amor coniugalis*), da quello canonistico, in cui la medesima può venire in considerazione soltanto come ' *animus*', totalmente spoglio di ogni sua componente sentimentale»<sup>181</sup>.

E, per ciò che riguarda il matrimonio  *in fieri*, egli aggiungeva come "sono due cose ben distinte il porre in essere un vincolo – che teologicamente si qualifica  *vinculum amoris* – dall'attribuire rilevanza anche giuridica a quell'elemento psicologico-affettivo che è l'amore"<sup>182</sup>.

Altro autore, dopo aver esaltato il  *bonum coniugum* come «fondamento di una concezione "costituzionale" personalistica»<sup>183</sup>, aver attribuito all'amore coniugale una funzione costituiva del consenso come tale – tanto che esso "quale delineato nel can. 1057 § 2, è un atto d'amore, la cui logica interna consiste nell'irrevocabile e irripetibile dono della propria persona a un'altra"<sup>184</sup> –, si trova, anzitutto, a doverne circoscrivere il contenuto, precisando che esso non può essere confuso con una passione ma debba invece intendersi quale  *amor benevolentiae* o anche  *dilectio*, secondo categorie tratte da San Tommaso, in particolare da un passo (S. Th., I, 2, q. 26, a. 2)<sup>185</sup> nel quale, peraltro, non si tratta dell'amore coniugale, ma della virtù di carità verso il prossimo, la quale può giungere anche al sacrificio di

---

<sup>180</sup> Cfr. C.J. ERRÁZURIZ M.,  *Il senso e il contenuto essenziale del bonum coniugum*, cit., p. 575: "Emblematica è la grandissima fortuna della  *communitas vitae et amoris* di cui parla  *Gaudium et spes*, n. 48: se la si isola, prescindendo perfino dal suo contesto più immediato in cui si parla di  *institutum* e di  *vinculum*, si può attribuire al Concilio una visione esistenzialista, che implica un cambiamento radicale della stessa nozione di matrimonio, la cui dimensione giuridica o di giustizia viene persa di vista. In tal senso il bene dei coniugi consisterebbe nell'effettiva realizzazione di tale comunità di vita e di amore, così come essa appare nel cammino di vita dei coniugi".

<sup>181</sup> F.E. ADAMI,  *Il significato dell'"amor coniugalis" nel matrimonio canonico*, cit., p. 217.

<sup>182</sup> F.E. ADAMI,  *Il significato dell'"amor coniugalis" nel matrimonio canonico*, cit., p. 218.

<sup>183</sup> Si cfr. R. BERTOLINO,  *Matrimonio canonico e bonum coniugum*, cit., p. 24 ss.

<sup>184</sup> R. BERTOLINO,  *Matrimonio canonico e bonum coniugum*, cit., pp. 50-51.

<sup>185</sup> R. BERTOLINO,  *Matrimonio canonico e bonum coniugum*, cit., pp. 50-51.



sé<sup>186</sup>. Nella dottrina tommasiana, in effetti, la dimensione affettiva era trattata anche in altri luoghi. Sembra valere, per tutti, la nota definizione che san Tommaso fa, nella *Summa contra Gentiles*, III, CXXIII, dell'amicizia coniugale; è l'amicizia massima, perché in essa uomo e donna

*“adunantur enim non solum in actu carnalis copulae, quae etiam inter bestias quandam suavem societatem facit, sed etiam ad totius domesticae conversationis consortium; unde, in signum huius, homo propter uxorem etiam patrem et matrem dimittit, ut dicitur Gen. 2-24. Conveniens igitur est quod matrimonium sit omnino indissolubile”*<sup>187</sup>.

La stessa dottrina non potrà non trovare una qualche difficoltà nella normativa canonica positiva che delinea la *debita scientia* del nubente e in quel can. 1096 che, nel determinare ciò che si deve, come minimo, sapere e volere per sposare validamente, non indica né il *bonum coniugum* né, tanto meno, l'amore coniugale<sup>188</sup>. D'altra parte, se personalismo vuole significare anche priorità della realizzazione del singolo rispetto a quello della coppia, non manca chi vede nel sacrificio di sé, a favore della conservazione della comunità coniugale, una “quotidiana auto-immolazione in nome del dover-essere”<sup>189</sup>.

Ancora, non è mancato chi ha sottolineato, con forza argomentativa, “l'intrinseca giuridicità d'ogni relazione, compresa quella d'amore”. Per essa,

“il comportamento dell'uomo che ama può essere spontaneo, ma, di

---

<sup>186</sup> Sulla complessità di contenuti dell'amore coniugale, in relazione alla tensione (se non contrapposizione e conseguente separazione) tra *eros* e *agàpe*, cfr. **J.S. BOTERO GIRALDO**, *El amor conyugal, integración de “eros” y “ágape”* (Deus Caritas est, nn. 2-11), in *Cauriensia: revista anual de ciencias eclesiásticas*, 2 (2007), pp. 343-362.

<sup>187</sup> Il Testo leonino in <http://www.corpusthomicum.org/scg3111.html> (accesso: 16 febbraio 2016). Cfr. **M.A. HARRIS**, *A study of Théodose Valentinian's, Amant resuscité de la mort d'amour*, Droz, Genève, 1966, p. 44, nonché **O. FUMAGALLI CARULLI**, *Il Concilio vaticano II e il matrimonio canonico: capacità e consenso nella convergenza tra pastorale e diritto*, in G. Boni, E. Camassa, P. Cavana, P. Lillo, V. Turchi (ed.), *Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, Giappichelli, Torino, 2014, 1, pp. 392-393. Il passo si trova nella trattazione sull'indissolubilità. Francesco De Silvestri (1474-1528), nel commentarlo, ne dà ragione: “*Quia amicitia, quanto maior est, tanto debet esse firmior et diuturnior*”. Cfr. **SANCTI THOMAE AQUINATIS**, *Summa contra Gentiles*, liber III, cum commentariis Francisci De Sylvestris ferrariensis, in *Opera omnia*, iussu edita Leonis XIII, XIV, Romae, 1926, p. 384.

<sup>188</sup> Cfr. **BERTOLINO**, *Matrimonio canonico e bonum coniugum*, cit., p. 125.

<sup>189</sup> Cfr. **MANCUSO**, *Io amo. Piccola filosofia dell'amore*, cit., p. 137, dove si nota: “Certo, per ottenere veramente il suo bene, il singolo deve imparare a superare se stesso, ma che senso ha una coppia che esteriormente funzioni alla perfezione ma in cui i due componenti, o anche solo uno solo di essi, siano profondamente infelici?”. L'Autore, in tale ottica, legittima il divorzio anche a livello ecclesiale: *ivi*, pp. 137-139.



sicuro, è anche dovuto: sia per il rispetto del soggetto amato, nel suo essere personale, sia per la promessa d'amore, manifestata all'inizio del rapporto, che sta all'origine non solo temporale, ma anche ontologica, dello stesso"<sup>190</sup>.

La legislazione secolare, e conseguentemente i civilisti, contrariamente a quello che si potrebbe credere, si occupano pur loro degli elementi psicologico-affettivi; si occupano cioè, anche, dei "fatti di sentimento". Angelo Falzea, in un suo saggio del 1972, non escludeva che un fatto di sentimento potesse divenire l'oggetto di una norma giuridica e, tra i vari esempi da lui portati, non mancavano riferimenti alla disciplina del matrimonio<sup>191</sup>. La norma potrebbe statuire che i coniugi debbono amarsi reciprocamente, con la conseguenza che "lo stato affettivo del disamore concreterebbe un illecito". Egli aggiungeva, però, come nella realtà giuridica sia "da escludere che un mero sentimento possa esaurire una fattispecie giuridica, sia essa una fattispecie causale o invece una fattispecie effettuale"<sup>192</sup>. E quando si dice che "dal matrimonio nasce l'impegno dei coniugi al reciproco amore, si impiegano espressioni improprie"<sup>193</sup>, dal momento che

"il disamore coniugale è capace di fondare il diritto alla separazione per colpa, solo se si manifesta in un comportamento di ingiuria grave verso l'altro coniuge"<sup>194</sup>: la mera "realtà psichica, come tale, non ha la forza di incidere sulla vita dei soggetti della comunità e di realizzarne i valori"<sup>195</sup>.

I giudici italiani sembrerebbero inclini a seguire questa linea e a occuparsi con molta cautela dei fatti di sentimento, secondo qualcuno anche quando ciò sarebbe "possibile ed anzi doveroso"<sup>196</sup>.

I canonisti potrebbero eccepire, e di certo lo farebbero, che l'amore del matrimonio canonico non è un fatto di sentimento, ma qualcosa di diverso che, come disse la Segnatura, non può confondersi "con l'inclinazione, la passione, l'impulso o il motivo"<sup>197</sup>. Circoscrivere poi una

---

<sup>190</sup> G. LO CASTRO, *Tre studi sul matrimonio*, cit., p. 76.

<sup>191</sup> A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1985<sup>3</sup>, pp. 541-634.

<sup>192</sup> A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, cit., p. 596.

<sup>193</sup> A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, cit., p. 598.

<sup>194</sup> A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, cit., p. 599.

<sup>195</sup> A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, cit., p. 598.

<sup>196</sup> Così F. GAZZONI, *Amore e diritto ovvero i diritti dell'amore*, cit., p. 136. Se ne veda anche la disamina giurisprudenziale: *ivi*, pp. 137-147.

<sup>197</sup> Citato da R. BERTOLINO, *Matrimonio canonico e bonum coniugum*, cit., p. 52.



definizione positiva dell'amore coniugale, all'interno dell'identificazione dell'essenza del *bonum coniugum*, "*sat arduum videtur*", ci dice la Rota romana in una *coram* Caberletti del 2005, sebbene "*minimum amoris coniugalis, bonum coniugum efficiens, ut definiatur necesse est*"; in questa definizione rientra il dovere generale di rispettare l'altro coniuge come persona umana dotata di una propria dignità<sup>198</sup>.

La Cassazione italiana invece, parlando della relazione amorosa nella sua oggettività, la configura come un aspetto, anzi come un epifenomeno, della generale libertà individuale:

"L'interruzione di una sia pure prolungata relazione amorosa, che, come non è dubbio nella specie, sia stata intessuta senza promessa di matrimonio, non è fronte di obbligazioni, nel senso proprio del termine a carico del *partner* che l'abbia voluta e a favore dell'altro. L'ordinamento positivo, invero, non conferisce a quella relazione idoneità a produrre fra le parti diritti di alcun genere né collega al fatto interruttivo una qualsiasi giuridica responsabilità. Quella relazione sorge, si svolge e cessa con i connotati di una permanente, illimitata libertà reciproca ed è soltanto questa, che, come estrinsecazione della persona, acquista rilevanza nel mondo del diritto, ogni altra implicazione restando affidata al campo dei doveri morali o sociali"<sup>199</sup>.

Quanto alla già citata "comunione materiale e spirituale" di cui alla legge sul divorzio, essa può comprendere "valori, affetti, speranze, delusioni, sacrifici, aspirazioni comuni", ma il giudice statale non può che cercarne i contenuti oggettivi<sup>200</sup>. In costanza di matrimonio, poi, ciò che si chiede è quell'*affectio coniugalis* intesa come fattore spirituale; essa si traduce in una solidarietà che può sussistere "anche ove difetti vero e proprio sentimento d'amore"<sup>201</sup>.

Forse, allora, bisogna ammettere che civilisti e canonisti, a proposito del bene dei coniugi e dell'amore coniugale, parlano spesso di due cose diverse<sup>202</sup>, onde i primi attribuiscono ai secondi la mancanza di rilievo giuridico dell'amore coniugale, nel matrimonio sacramento, a partire da

---

<sup>198</sup> *Coram* Caberletti, 3 februarii 2005, in *RRDec.*, vol. 97, pp. 59-61, n. 5.

<sup>199</sup> Cass. 29 novembre 1986, n. 7064, in *Il foro italiano*, 110 (1987), I, col. 809.

<sup>200</sup> G. ALPA, *Matrimonio civile e matrimonio canonico: due modelli a confronto*, cit., p. 339.

<sup>201</sup> Cfr. Cass. 7 maggio 1976, n. 1595, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 5 (1976), pp. 1129-1135. Vedi anche F. GAZZONI, *Amore e diritto ovvero i diritti dell'amore*, cit., p. 135.

<sup>202</sup> Un'esposizione organica e comparata in A. BERTHERY DE LA BROSSE, *Entre amour et droit. Le lien conjugal dans la pensée juridique moderne, XVI<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, Paris, 2011.





una precomprensione<sup>203</sup>; oppure, inscrivono le discussioni sul rilievo dell'amore nel matrimonio sacramento a un

“tentativo di aggiornare la dottrina canonistica al fine di introdurre un meccanismo che permetta ai battezzati credenti di sciogliere il vincolo senza ricorrere al divorzio civile, pur quando non vi siano i presupposti per una invalidazione canonica secondo i tradizionali criteri di giudizio”<sup>204</sup>.

Ma anche tra gli stessi canonisti e, più in generale, all'interno della comunità ecclesiale, a differenti livelli, si evidenziano talvolta modi diversi di intendere sia il bene dei coniugi che l'amore coniugale. Una definizione dell'amore nel coniugio, comune a entrambi gli ordinamenti, riesce sempre più impervia giacché negli ordinamenti italiano ed europeo la relazione amorosa sta progressivamente riferendosi non ai coniugi nel matrimonio, ma alla “coppia”; la coppia può inverarsi in un legame matrimoniale, ma nello stesso tempo lo trascende, per cui coppia e famiglia (matrimoniale) non sono sovrapponibili e

“rinviano a vicende storiche che hanno visto il mutare del significato di entrambi e il progressivo dilatarsi del riferimento alla coppia anche nel linguaggio istituzionale, per assicurare ad esse garanzie che non potevano derivare dalla disciplina della famiglia”<sup>205</sup>.

## 7 - Su talune conseguenze canonico-pastorali

Vero è che la pastorale, dovendo prestare attenzione alle condizioni storico-ambientali e giuridiche esistenti<sup>206</sup>, sembrerebbe tenuta a considerare la “coppia” non solo come dato sociologico, ma anche come dato giuridico nella sua progressiva “autonomia sociale e concettuale”<sup>207</sup>, anche verificando come, pur in questo campo, i due modelli, canonico e civile, possano interferire, specialmente in Italia dove l'istituto del c.d. matrimonio

---

<sup>203</sup> Si radicano in tale ottica i rilevi critici che Stefano Rodotà svolge su una sentenza della Rota, del 1974, per la quale «l'amore è “*fundamentum psychologicum, minime iuridicum*”», per cui verrebbe “così adottata una logica solo nelle apparenze rispettosa, ma che in realtà ne certifica l'irrilevanza, che si ritrova, sia pure senza dichiarazioni così esplicite, anche in decisioni dei giudici civili”: S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., p. 26.

<sup>204</sup> Così F. GAZZONI, *Amore e diritto ovvero sia i diritti dell'amore*, cit., pp. 133-134.

<sup>205</sup> S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., p. 93.

<sup>206</sup> Cfr. PAPA FRANCESCO, *Discorso a conclusione dei lavori della XIV assemblea generale ordinaria del sinodo dei vescovi*, 24 ottobre 2015, cit., specialmente p. 3, nota 4.

<sup>207</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., loc. cit.



concordatario innesta, per così dire, elementi della disciplina statutale in quella canonica, soprattutto per quanto riguarda gli effetti civili derivanti dalla celebrazione. Solo per fare un esempio, nel 1975 si salutò come l'aspetto più significativo, nell'ambito del rinnovato regime patrimoniale, l'introduzione della comunione legale dei beni. Varie motivazioni si indicarono per questa scelta: "assicurare al coniuge privo di reddito proprio una parità di partecipazione alla gestione patrimoniale della famiglia"; "tutelare la donna che svolga solo il lavoro domestico, o svolga la sua attività in aziende a conduzione familiare"; ma anche (e così la Relazione al d.d.l. alla Camera) "l'idea secondo cui la comunione rafforza l'unità della famiglia"<sup>208</sup>. Alla fine degli anni '60, su *Civiltà cattolica*, il padre Salvatore Lener, che pur non era favorevole al nuovo regime di comunione legale, faceva una specie di esaltazione della comunione tacita familiare, da lui intesa quasi come un'espressione naturale del dovere di assistenza reciproca e di solidarietà tra i membri della famiglia<sup>209</sup>.

Non so allora come dovrebbe decifrarsi, da parte dei pastori d'anime, la rilevazione statistica per la quale, specialmente nell'Italia del nord, il regime di separazione dei beni sia ormai quello volontariamente sempre più adottato<sup>210</sup>. Intendo dire: quali sono i motivi reali che spingono un numero sempre maggiore di nubendi ad avvalersi del regime della separazione, nel momento in cui danno inizio a quello che dovrebbe essere un *consortium totius vitae*? Le spiegazioni economiche di questa scelta sono certo ambivalenti: si cerca di tutelare il coniuge o sé stessi? Essa configura una vera "fuga" dalla comunione legale dei beni e, correlata alle condizioni economiche dei coniugi, trova un suo complemento in una visione del legame coniugale e familiare in genere, soprattutto con riguardo alle sue possibili vicende evolutive dopo la celebrazione; si sceglie la separazione dei beni, scambiando pure il consenso in chiesa, con gli occhi rivolti *anche* a quello che potrebbe capitare nel futuro della convivenza matrimoniale<sup>211</sup>.

Eguale, i pastori d'anime sono informati della progressiva tendenza ad ammettere, specialmente in dottrina, gli accordi prematrimoniali, ossia quelle convenzioni che, coloro che non sono ancora

---

<sup>208</sup> R. SACCO, *sub art.* 159, in L. Carrara, G. Oppo, A. Trabucchi (ed.), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, cit., I, 1, p. 320.

<sup>209</sup> S. LENER, *Principi, esigenze e limiti d'una riforma del regime patrimoniale della famiglia*, in *La Civiltà cattolica*, 119 (1968), 3, pp. 47-51.

<sup>210</sup> G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., p. 7.

<sup>211</sup> Cfr. V. TAGLIAFERRI, *La separazione dei beni*, in *Atti notarili. Volontaria giurisdizione*, a cura di F. Preite, A. Cagnazzo, in F. Preite (ed.), *Trattato notarile, 2, Il regime patrimoniale della famiglia*, Utet, Torino, 2012, pp. 547-548.



coniugi ma che lo stanno per diventare, stipulano per regolare preventivamente gli aspetti patrimoniali di una eventuale (futura) crisi matrimoniale? Evidente espressione dell'influenza del metodo contrattuale sul diritto di famiglia, tali accordi ormai si stanno ampiamente diffondendo e la Corte di Cassazione sembra escluderli in via di principio ma ammetterli nel caso concreto<sup>212</sup>. Non voglio entrare qui nel dettaglio dei recenti sviluppi giurisprudenziali in merito<sup>213</sup>, ma ricordare però che, in un caso di qualche tempo fa, la Cassazione era stata favorevole alla validità di tali accordi, conclusi in vista di una possibile dichiarazione di nullità ecclesiastica<sup>214</sup>.

Ho fatto questi due riferimenti perché non si può pensare che, nel meccanismo italiano del matrimonio c.d. concordatario, nel quale gli effetti civili sono determinati dalla legge dello Stato<sup>215</sup>, la progressiva privatizzazione del diritto di famiglia<sup>216</sup> (attuata tramite una sempre maggior contrattualizzazione dello stesso, prima e dopo la celebrazione) e la «radicale “autopoieticità” della famiglia contemporanea» nonché «il ripiegamento nel “codice narcisistico dell'amore”»<sup>217</sup>, siano fenomeni irrilevanti o neutrali rispetto alla formazione e alla diffusione della

---

<sup>212</sup> Cass., sent. 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Famiglia e diritto*, 20 (2013), pp. 321-323, con nota di **G. OBERTO**, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella haarspaltemaschine*, *ivi*, pp. 323-334.

<sup>213</sup> La pronuncia totalmente liberalizzante degli accordi, proveniente dal Tribunale di Torino, (ord. 20 aprile 2012), è stata definita “una prima picconata”: vedi *Famiglia e diritto*, 19 (2012), pp. 803-806, con nota di **G. OBERTO**, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*, *ivi*, pp. 806-816. Si veda anche, sulla appena citata Cass., sent. 21 dicembre 2012, n. 23713, *Contratti*, 21 (2013), pp. 221-223, con nota di **E. SMANIOTTO**, *Contratti prematrimoniali e tutela di interessi meritevoli e non contrari all'ordine pubblico e al buon costume*, *ivi*, pp. 223-230.

<sup>214</sup> Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 22 (1993), pp. 501-505. Da notare, però, che in questo caso gli accordi erano stati pattuiti dopo la celebrazione.

<sup>215</sup> Si veda, sulla problematica, **G. BONI**, *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 2000, specialmente pp. 371-492.

<sup>216</sup> Cfr. **P. RESCIGNO**, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Rivista di diritto civile*, 44 (1998), I, pp. 109-117, specialmente pp. 111-113.

<sup>217</sup> Espressioni tratte da **S. BERLINGÒ**, “Chiesa domestica” e diritto di famiglia nella Chiesa, in **IDEM**, *Nel silenzio del diritto. Risonanze canonistiche*, a cura di S. Domianello, A. Licastro, A. Mantineo, il Mulino, Bologna, 2015, p. 297, nota 54. Su questo aspetto della relazione amorosa, si cfr. anche il documento della Conferenza episcopale italiana: **COMMISSIONE EPISCOPALE PER LA FAMIGLIA E LA VITA**, *Orientamenti pastorali sulla preparazione al matrimonio e alla famiglia*, 22 ottobre 2012, n. 5, in [http://www.chiesacattolica.it/ci\\_new/documenti\\_cei/2012-11/09-3/Orient\\_past\\_matrimonio%20e%20famiglia.pdf](http://www.chiesacattolica.it/ci_new/documenti_cei/2012-11/09-3/Orient_past_matrimonio%20e%20famiglia.pdf) (accesso: 16 febbraio 2016). Sul concetto di “autopoieticità” aveva scritto **P. DONATI**, *L'emergere della famiglia “auto-poietica”*, in **CENTRO INTERNAZIONALE STUDI FAMIGLIA**, *Primo rapporto sulla famiglia in Italia*, a cura di P. Donati, *cit.*, pp. 13-69.



mentalità comune con la quale si arriva a celebrare (anche) il matrimonio religioso dotato di effetti civili. Non voglio con ciò riproporre lo schema di un'altra ambiguità culturale in forza della quale sarebbe viziato il consenso di intere generazioni<sup>218</sup>, benché l'interrogativo su un possibile accrescimento contemporaneo delle nullità matrimoniali sia stato fatto proprio anche da pontefici<sup>219</sup>; forse, però, bisognerebbe rimeditare le disposizioni che il diritto canonico particolare per l'Italia dà in ordine all'esame dei fidanzati, fondamentalmente concretate nell'art. 10 del *Decreto generale sul matrimonio canonico*, adottato dalla Conferenza episcopale italiana nel lontano 1990<sup>220</sup>. Quell'esame dovrebbe essere finalizzato a "verificare la libertà e l'integrità del loro consenso, la loro volontà di sposarsi secondo la natura, i fini e le proprietà essenziali del matrimonio, l'assenza di impedimenti e di condizioni". Aggiornamento nazionale e sussidi locali più recenti non mancano, ma il problema della sistemazione patrimoniale che i nubendi intendono dare al loro prossimo matrimonio, e soprattutto quello del significato che per essi ha tale sistemazione, sembra, in genere, non essere considerato<sup>221</sup>. Esso si inserisce, evidentemente, in quello più ampio relativo alle modalità di preparazione al matrimonio, su cui papa Francesco non ha esitato a richiamare l'attenzione con parole significative<sup>222</sup>.

Nella realtà, in ambito secolare accade un apparente paradosso, e cioè che, quanto più ci si sposa per amore, mettendo in secondo piano la tensione verso la solidarietà, tanto meno il vincolo matrimoniale appare solido; come ha detto lucidamente una giurista laica italiana, "il matrimonio

---

<sup>218</sup> A. MELLONI, *Amore senza fine, amore senza fini*, cit., p. 88.

<sup>219</sup> Cfr. H. FRANCESCHI, *Divorziati risposati e nullità matrimoniali*, cit., pp. 131-133.

<sup>220</sup> Lo si veda in *Delibere e decreti della Conferenza episcopale italiana*, a cura dell'Ufficio nazionale per i problemi giuridici della Conferenza episcopale italiana, Giuffrè, Milano, 2006, p. 170. Questo Decreto è entrato in vigore il 17 febbraio 1991.

<sup>221</sup> Cfr. P. BIANCHI, *L'esame dei fidanzati: disciplina e problemi*, in *Quaderni di Diritto ecclesiale*, 15 (2002), pp. 354-394, e IDEM, *La valutazione dell'esistenza di un vero consenso nell'ammissione al matrimonio*, in *Ius Ecclesiae*, 15 (2003), pp. 407-424. Si cfr. COMMISSIONE EPISCOPALE PER LA FAMIGLIA E LA VITA, *Orientamenti pastorali sulla preparazione al matrimonio e alla famiglia*, 22 ottobre 2012, cit., n. 20. Il parroco dovrebbe "aiutare la persona a comunicare sinceramente i propri punti di vista e le proprie decisioni in ordine al matrimonio, manifestando in modo libero e autentico i contenuti del proprio progetto matrimoniale".

<sup>222</sup> Cfr. PAPA FRANCESCO, *Discorso a conclusione dei lavori della XIV assemblea generale ordinaria del sinodo dei vescovi*, 24 ottobre 2015, cit., p. 4, nota 8, dove il Papa auspica "una pastorale innovativa che attui una preparazione adeguata al sacramento matrimoniale e sospenda le pratiche vigenti che spesso curano più l'apparenza di una formalità che un'educazione a un impegno che duri per tutta la vita".



d'amore ha preso il posto di quello deciso dalle famiglie per ragioni di opportunità sociale ed economica", ma, si aggiunge,

"non c'è matrimonio più fragile di quello che pone a suo fondamento il sentimento, la passione amorosa. L'unione rischia di perdere la sua ragion d'essere quando il sentimento viene meno. Nell'eterno conflitto tra libertà e solidarietà, la prima prende il sopravvento. Si tende a privilegiare i bisogni di autoaffermazione del singolo rispetto a quelli di appartenenza familiare"<sup>223</sup>.

La relazione tra solidarietà e sentimento d'amore, nel matrimonio civile, è dunque possibile ma non necessaria; il sentimento d'amore, infatti, comprende la solidarietà, ma può travolgerla al suo venire meno, salvo i limiti imposti dalla legge.

Se si ammette che l'amore nel coniugio possa cessare col tempo (presente), esso – si dice – sarebbe configurato come un elemento sentimentale ed emozionale, appunto come un fatto di sentimento. Se, viceversa, se ne predica la perpetuità e l'indefettibilità, anche in termini di dover essere, probabilmente si parla di qualcosa d'altro, non perfettamente afferrabile, e di cui si può avere un'idea, misteriosa e analogica, nei passi frequentemente citati di *Ef* 5,21-33<sup>224</sup>. Questa misteriosa analogia, però, comporta, come avverte un recente contributo, la necessità di coordinare desiderio, amicizia, carità<sup>225</sup>; essa inoltre esige – al fine di evitare l'impressione che "giurisprudenza e spiritualità"<sup>226</sup> (e forse anche dottrina canonica) siano rimaste "sulla soglia dei problemi di fondo" –, di "discernere ciò che nutre" e di "nutrire l'amore, amare la fedeltà, fidelizzare il desiderio, desiderare la guarigione delle ferite che il disastro chiede di discernere"<sup>227</sup>; essa, infine, richiede di considerare adeguatamente (nell'oggi) che il discorso sul matrimonio (cristiano) non si esaurisce nella riproposta accentuazione della dialettica qualificazione tra statuto pubblico o privato del patto, quanto piuttosto sulla considerazione che in

---

<sup>223</sup> G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., p. 7. Cfr. anche S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., p. 71, per il quale, dopo le riforme degli anni '70, si amplia "il perimetro costituzionale all'interno del quale collocare l'amore".

<sup>224</sup> Su questo passo cfr. P.A. BONNET, *Essenza e sacramentalità della dinamica familiare*, in M. Tinti (ed.), *Famiglia e diritto nella Chiesa*, cit., pp. 69-105, per il quale "il matrimonio, secondo l'insegnamento biblico, si pone dunque come istituzionalizzazione di un rapporto umanamente totalizzante, cosicché si può ben comprendere la sua prospettazione in chiave realmente simbolica, e quindi paradigmatica ma soprattutto partecipativa" (*ivi*, 73).

<sup>225</sup> D. BERTRAND, *L'amitié dans l'amour. Crises de la foi et progrès doctrinal*, in *Nouvelle revue théologique*, 137 (2015), pp. 615-627.

<sup>226</sup> Cfr. A. MELLONI, *Amore senza fine, amore senza fini*, cit., p. 71.

<sup>227</sup> A. MELLONI, *Amore senza fine, amore senza fini*, cit., p. 71.



quell'analogia "non a caso si utilizza il vocabolo *agape* (amore) e si fa riferimento alla passione di Cristo", con tutto quello che ciò comporta nella valutazione della misura della *intentio faciendi*<sup>228</sup>.

L'ordinamento canonico, nel definire la fenomenologia matrimoniale e anche, come aveva cura di sottolineare il card. Pompedda, quella familiare, continua a incentrarsi sull'amore nella coniugalità, nell'ambito della quale il *bonum coniugum* è stato scolpito secondo quattro

«unità fuse e compenstrate fra loro: 1) disponibilità per la relazione sessuale; 2) un minimo di "*affectus maritalis*" (aperto inclusivamente alla procreazione); 3) un minimo necessario di coabitazione e di aiuto reciproco (perché si possa conseguire quanto sotto il n. 2); 4) una permanenza nell'amore esclusivo»<sup>229</sup>.

L'ipotesi di un passo ulteriore, nel senso della creazione di un vero e proprio diritto di famiglia, organicamente disciplinato dal *Codex*, aveva posto problemi sistematici, di cui sono testimonianza i lavori della Commissione per la revisione in riferimento a quello che era stato uno stimolo dei padri sinodali<sup>230</sup>. La risposta allora era stata formale (mancanza di tempo e norme troppo sparse nel *Codex*), ma a livello dottrinale si erano ben identificati i problemi che, nella costruzione di un diritto canonico di famiglia, derivano dall'inculturazione<sup>231</sup>. Ciò nonostante, l'interesse della Chiesa per la disciplina della famiglia è via via divenuto, dopo il Vaticano II, sempre più attento, così da potersi rilevare che

"la disciplina morale della famiglia e delle relazioni che la compongono ha assunto nel corso del tempo un ruolo sempre più centrale nel discorso della Chiesa cattolica. Il matrimonio e il suo statuto, l'interruzione di gravidanza e le forme di procreazione assistita, le relazioni tra i sessi e il loro impatto nel definire il ruolo dei soggetti nella società, per arrivare alla stessa idea di famiglia, sono temi ormai decisivi nel disegnare il profilo della morale familiare cattolica e

---

<sup>228</sup> Cfr. **ALBANESI**, *Chiesa domestica. Valorizzare il dato sacramentale rispetto a quello giuridico*, cit., pp. 149-150. Cfr. anche *Lettera agli Efesini* (Scritti delle origini cristiane 10), introduzione, versione e commento di R. Penna, Dehoniane, Bologna, 1988, p. 235.

<sup>229</sup> **M.F. POMPEDDA**, *Studi di diritto matrimoniale canonico*, II, Giuffrè, Milano, 2002, p. 80; cit. anche dalla *coram* Caberletti, 3 februarii 2005, cit., p. 61, n. 5.

<sup>230</sup> Cfr. *Communicationes*, 12 (1980), pp. 225-226.

<sup>231</sup> **E. CAPPELLINI**, *Per un 'diritto della famiglia' nell'ordinamento canonico*, in *Diritto, persona e vita sociale. Scritti in memoria di O. Giacchi*, I, cit., p. 377. Per la possibilità della costruzione, nonostante "la scarsità delle norme positive" e "per via interpretativa", di un diritto canonico di famiglia, vedi **I. ZUANAZZI**, *La filiazione nel Diritto canonico della famiglia*, in M. Tinti (ed.), *Famiglia e diritto nella Chiesa*, cit., pp. 120-121.



nel distinguerlo nettamente nella sfera pubblica”<sup>232</sup>.

Anzi, nello stesso ambito intra-canonico l’interprete è in grado di compiere un’ampia opera di ricostruzione sistematica di un diritto canonico familiare, al di là delle determinazioni formali del codificatore<sup>233</sup>.

Nel frattempo l’ordinamento civile italiano, seguendo altre esperienze occidentali, nel comprendere la stessa fenomenologia, matrimoniale e familiare, molto prudentemente, forse scetticamente<sup>234</sup>, si astiene dal pretendere l’amore tra coniugi, al limite lo accetta (in quanto fatto di sentimento) come motivo legalmente irrilevante e comunque ne ammette la transitorietà; eventualmente, come abbiamo visto, ne fa oggetto di obbligo nei riguardi dei figli. Questo non è un caso, giacché sembra ormai una linea tendenziale dell’Occidente quella di riconsiderare il diritto di famiglia a partire dal rapporto di filiazione e non da quello di coniugio. In questo contesto culturale e giuridico il rapporto genitoriale diventa centrale, anzi “primordiale”, per cui si

“identifica la famiglia a partire dal figlio e non più a partire dalla coppia”, “l’amore coniugale tende a divenire un investimento a breve o a medio termine” e si attua “un transfert dall’indissolubilità del matrimonio verso la filiazione”<sup>235</sup>.

---

<sup>232</sup> Così **E. BETTA**, *La morale familiare*, in A. Melloni (dir.), *Cristiani d’Italia. Chiese, società, Stato, 1861-2011*, cit., p. 701.

<sup>233</sup> Si veda l’ampio saggio di **S. BERLINGÒ**, “Chiesa domestica” e diritto di famiglia nella Chiesa, cit., pp. 277-336. L’A. definisce il diritto canonico familiare come quel «diritto capace di strutturare e conformare nativamente ed esemplarmente “ab intrinseco” le identità e le relazioni personali originariamente costitutive della società e della Chiesa» (ivi, p. 295) (corsivo nel testo).

<sup>234</sup> Si ricorderà la vera contrapposizione tra matrimonio e amore in Montaigne: **C. MERRIEN**, *Petite philosophie des grandes idées*, Groupe Eyrolles, Paris, 2010, pp. 63-81.

<sup>235</sup> Cfr. **BONNEWIJN**, “Families postmodernes”. *En deçà d’un pluralisme relativiste*, cit., pp. 589-590.