

Giuseppe Dalla Torre  
Ordinario di diritto canonico ed ecclesiastico  
nella Libera Università Maria Ss. Assunta - Lumsa

## **Veritas, non auctoritas facit matrimonium**

**Sommario:** 1. Il matrimonio nell'età del disorientamento.- 2. Tra natura e cultura.- 3. *Una caro*.- 4. *Humano modo*.- 5. La verità del matrimonio e la dissoluzione del matrimonio civile.

**1. Il matrimonio nell'età del disorientamento.** Due secoli, poco più: sono bastati per veder nascere, crescere ed infine dissolversi (l'espressione non sembri troppo forte) l'istituto del matrimonio civile <sup>1</sup>.

Dopo precarie ed ambigue esperienze, soprattutto dopo i ripetuti tentativi posti in essere dall'autorità secolare per riuscire ad aggiungere incapacità ed impedimenti civilistici alla disciplina del matrimonio canonico <sup>2</sup>, il matrimonio civile viene storicamente ad affermarsi come sostituto ed in luogo del matrimonio religioso. Il principio secondo cui «*la loi ne considère pas le mariage que comme contrat civil*», contenuto nell'art. 7 del titolo II della costituzione rivoluzionaria francese del 1791, è quindi accolto nella legge 20-25 settembre 1792, per passare poi nell'art. 165 del *code civil*. Saranno in seguito le baionette delle armate napoleoniche, il dominio della cultura giuridica d'oltralpe tra Ottocento e Novecento, il proselitismo tipicamente francese nel diffondere una certa idea di laicità – la *laïcité de combat* –, a diffondere l'istituto stesso in Europa e nel mondo.

L'istituzione del matrimonio civile è uno degli aspetti del processo di laicizzazione che investe, partendo dalla Francia, i Paesi di antica cristianità. Il legislatore civile osa mettere mano sull'antica solidarietà, intrinseca nella «*divini et humani iuris communicatio*»<sup>3</sup>, separando lo *ius humanum* dal *ius divinum* ed estromettendo quest'ultimo dalla disciplina civilistica del matrimonio.

È un vero e proprio intervento secolaristico, giacché il legislatore francese non elabora un nuovo paradigma matrimoniale, né ritorna all'antico, per esempio alla disciplina del matrimonio romano. Esso, al contrario, muovendosi all'interno della grande tradizione culturale forgiata dal cristianesimo, prende a modello la disciplina

---

<sup>1</sup> Riprendo e sviluppo in questa sede un aspetto di un tema che affrontai, molti anni or sono, come contributo agli studi in ricordo di un grande canonista, che dedicò particolare attenzione alla tematica matrimoniale: Orio Giacchi (G. Dalla Torre, *Motivi ideologici e contingenze storiche nell'evoluzione del diritto di famiglia*, in *Diritto, persona e vita sociale. Scritti in memoria di Orio Giacchi*, vol. I, Milano, 1984, 410 ss.). Credo che questo accostamento non dispiacerà all'amico Piero Antonio Bonnet, anch'egli canonista insigne e raffinato cultore del diritto matrimoniale canonico. Per approfondimenti della figura e dell'opera di Giacchi canonista ed ecclesiasticista, cfr. i vari saggi pubblicati in *Jus*, 2010, fasc. 3.

<sup>2</sup> Rinvio al riguardo al mio saggio su *Aspetti dell'inseparabilità tra contratto e sacramento a conflitti tra Chiesa e Stato nell'età moderna*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1993, p. 113 ss., ora in G. Dalla Torre, *Matrimonio e famiglia. Saggi di storia del diritto*, Roma, 2006, 131 ss.

<sup>3</sup> Così, come noto, Modestino, per il quale «*nuptiae sunt coniunctio maris et foeminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*»: D. 23, 2, 1.

canonistica, limitandosi ad espungere quanto di più propriamente attinente alla dimensione religiosa. Sicché si è potuto giustamente affermare che «nella nostra civiltà il matrimonio, quale tale civiltà lo ha inteso, è nato dentro la società cristiana e, per così dire, sui ginocchi della Chiesa»<sup>4</sup>.

L'istituzione del matrimonio civile ha fatto sorgere una nuova materia tra quelle che, nei secoli, segnano le 'mobili frontiere' dei rapporti tra Chiesa e comunità politica<sup>5</sup>; da allora da parte ecclesiastica si è tentato, attraverso i concordati, di far rientrare dalla finestra quel matrimonio canonico che era stato fatto uscire dalla porta degli ordinamenti statali. Il tentativo è spesso riuscito, ma mai nel senso di una *restitutio in pristinum*, vale a dire la restaurazione del sistema precedente alla istituzione del matrimonio civile; bensì nel senso di vedere riconosciuti, accanto al matrimonio civile, gli effetti civili del matrimonio canonico, a determinate condizioni di carattere sostanziale e processuale. Così si è fatta salva la conquistata autonomia del moderno Stato laico sul matrimonio come '*contrat civil*' e, al contempo, si è in qualche modo raggiunto – e sia pure per una via obliqua, che non tocca di per sé la disciplina canonistica ma il procedimento civile di trascrizione – l'obiettivo cui vanamente in età medievale e moderna l'autorità secolare si era impegnata, vale a dire di aggiungere alla disciplina canonistica requisiti civilistici in tema di capacità ed ulteriori impedimenti. In questo senso si comprendono i casi di intrascrivibilità nei registri civili dei matrimoni canonici, ricorrenti nelle discipline concordatarie del matrimonio.

Dunque il matrimonio civile si è sviluppato con un processo che, partendo dalla eliminazione delle disposizioni canoniche più strettamente attinenti al carattere religioso dell'istituto, ha finito per conoscere una disciplina civilistica che ha progressivamente allontanato il modello sotteso al matrimonio civile dal primigenio modello canonistico. Oggi i due modelli sono nettamente differenziati e quasi irriconoscibili, pur essendo uno derivante dall'altro<sup>6</sup>.

Ma quel processo sembra essere ormai giunto alle conclusioni, nel senso che più segnali inducono alla impressione che si è raggiunto il traguardo della dissoluzione dell'istituto civilistico del matrimonio. Beninteso un traguardo non voluto lucidamente e direttamente perseguito, ma non per questo meno reale.

Un indicatore si coglie sul terreno statistico-sociologico, nel senso che sempre meno sono le coppie che decidono di contrarre matrimonio e sempre più sono quelle che, specularmente, decidono di instaurare convivenze *more uxorio*, rifuggendo dal ricorso al matrimonio. Si tratta di un fenomeno sociale attribuibile a molte cause sulle quali non è qui il caso di soffermarsi, ma che certamente è favorito dal diritto positivo, nella misura in cui progressivamente attenua fin quasi annullare la

---

<sup>4</sup> O. Giacchi, *Riforma del matrimonio civile e diritto canonico*, in *Jus*, 1974, 21.

<sup>5</sup> Ho utilizzato la metafora delle 'mobili frontiere' per indicare l'immutabilità ed al tempo stesso la storicità dei confini che, nelle relazioni tra Chiesa e comunità politica, definiscono ciò che è di Cesare da ciò che è di Dio: G. Dalla Torre, *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e Comunità politica*, 3ª ed., Roma, 2007, 35 ss.

<sup>6</sup> A.M. Punzi Nicolò, *Due modelli di matrimonio*, in L. Spinelli-G. Dalla Torre (ed.), *Matrimonio concordatario e giurisdizione dello Stato*, Bologna, 1987, 11 ss.; G. Dalla Torre, *Ancora su "due modelli di matrimonio"*. *Considerazioni fra diritto e storia*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*. 1988, 1989, p. 33 ss., ora in *Matrimonio e famiglia. Saggi di storia del diritto*, cit., 161 ss.

differenza di regime giuridico tra convivenze fondate sul matrimonio e convivenze non fondate sul matrimonio. In non rari casi, d'altra parte, pur giusti interventi di solidarietà sociale finiscono, per eterogenesi dei fini, col favorire la convivenza di fatto al matrimonio. Spesso anche il regime tributario non è favoritivo della famiglia fondata sul matrimonio <sup>7</sup>.

Un altro indicatore si percepisce sul terreno delle riforme legislative, soprattutto laddove ci si spinge al riconoscimento giuridico della cosiddetta 'famiglia di fatto', per giungere fino al riconoscimento del matrimonio tra omosessuali attraverso la eliminazione, dalla disciplina civilistica, della diversità di sesso come presupposto necessario per la celebrazione e la sussistenza stessa di un matrimonio <sup>8</sup>. Si tratta di orientamenti dei legislatori civili che, almeno in Occidente, sembrano affermarsi sempre più e che segnano il superamento definitivo delle colonne d'Ercole idealmente poste dal primo codificatore civile, che pure raccolse le istanze rivoluzionarie per la desacralizzazione del matrimonio; colonne d'Ercole incisivamente segnate dallo stesso Napoleone con la nota affermazione secondo cui «*les concubins se passent de la loi. La loi se passe d'eux*» <sup>9</sup>.

A ben vedere con queste ultime, più audaci riforme, non si è più nel campo di una evoluzione, per quanto avanzata, della disciplina civilistica del matrimonio, ma nella sostituzione del matrimonio con negozi giuridici aventi effetti in parte analoghi, ma finalità molto diverse. Il matrimonio civile in sostanza si sta dissolvendo ed il suo posto viene preso da patti di solidarietà aperti ad una pluralità di fattispecie concrete. Se si preferisce, il matrimonio civile diviene una fattispecie, tra le tante, della più ampia e generale categoria dei cosiddetti 'patti di solidarietà'. È un fenomeno che si può comprendere attraverso qualche sondaggio comparativistico delle evoluzioni della disciplina civilistica del matrimonio con quella disciplina canonistica, che non è restata immobile, ma si è evoluta sulla linea di una sempre più approfondita conoscenza da un punto di vista oggettivo della natura dell'istituto matrimoniale e, da un punto di vista soggettivo, della realtà della persona umana <sup>10</sup>.

**2. Tra natura e cultura.** In primo luogo si può considerare il nodo del rapporto tra natura e cultura.

Il punto definitivo, e per certi aspetti fondamentale, di rottura tra la disciplina civilistica del matrimonio e quella canonistica si coglie, infatti, proprio sul piano di quel rapporto.

Basti solo ricordare in questa sede come per una componente rilevante del pensiero contemporaneo – in particolare per l'ideologia di *gender* – la mascolinità e la femminilità non sarebbero determinate fundamentalmente dal sesso, ma dalla

---

<sup>7</sup> Per alcuni approfondimenti al riguardo cfr. G. Dalla Torre (cur.), *La famiglia nel diritto pubblico*, Roma 1996.

<sup>8</sup> Si vedano in merito le puntuali osservazioni di M. Cartabia, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, in *Iustitia*, 2011, p. 285 ss.

<sup>9</sup> Sui lavori preparatori della codificazione napoleonica cfr. P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, 15 voll., Paris, 1836. Per una storia della codificazione cfr. A. Esmein, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français del 1789 à 1814*, Paris, 1911.

<sup>10</sup> Per considerazioni di carattere generale, V. Marano, *Le unioni di fatto. Esperienza giuridica secolare e insegnamento della Chiesa*, Milano, 2005.

cultura; le differenze tra uomo e donna sarebbero essenzialmente delle costruzioni culturali, rispondenti a modelli presenti nelle diverse società; che non vi sarebbero in realtà due, ma tre, quattro, cinque, persino sei generi <sup>11</sup>.

Lo spostamento dell'identità sessuale dalla natura alla cultura costituisce una rivoluzione che, in definitiva, intacca alle radici l'istituto del matrimonio: non solo il matrimonio cristiano, ma il matrimonio come fino ad ora concepito in ogni cultura. In effetti, proprio la diversità sessuale intesa in senso naturale ha costituito, nel tempo, elemento di identificazione del matrimonio e di distinzione rispetto ad ogni altro tipo di formazione sociale.

È sufficiente in questa sede limitarsi a due riferimenti, che sono peraltro fondamentali perché hanno storicamente influito sulla elaborazione della concezione cristiana del matrimonio.

Il primo, naturalmente, è quello che si individua nel testo biblico. Il paradigma del matrimonio che si rinviene nel libro della *Genesi* articola, come noto, il tema della diversità sessuale su quattro punti: «*Non è bene che l'uomo sia solo*» (*Gen 2, 18*), sottolineandosi così la profonda struttura relazionale dell'uomo; «*I due formeranno una sola carne*» (*Gen 2, 24*), che mette in luce la diversità e complementarietà sessuale; «*Crescete e moltiplicatevi*» (*Gen 1, 28*), in cui è indicata la finalità procreativa del rapporto per eccellenza tra uomo e donna, cioè il matrimonio, e quindi nell'esercizio della sessualità; fino al «*Per questo l'uomo lascerà suo padre e sua madre*» (*Gen 2, 24*), che sta ad indicare come l'uomo, acquisita con la maturità un senso di autonomia, lasci la propria famiglia di origine per andare incontro al mare grande della vita, nella illusione di autonomia e di completezza, mentre sperimenterà la condizione di essere solo, avvertendo nuovamente il bisogno dell'altro.

L'altro paradigma è quello sotteso alla grande tradizione del diritto romano. «*Nuptiae sunt – secondo la ricordata definizione di Modestino – coniunctio maris et foeminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*». Da notare come in questa definizione si tenda a sottolineare la diversità sessuale quale primo elemento caratterizzante il matrimonio. Lo stesso avviene nell'altra, celebre definizione, attribuita ad Ulpiano e ripresa quasi alla lettera da Graziano nel *Decretum*, secondo cui «*nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae retinens*» <sup>12</sup>.

Il carattere eterosessuale dell'istituto è dato così evidente e scontato, che il diritto civile non si preoccupa di definire il matrimonio come una relazione stabile tra un uomo ed una donna. Per quanto riguarda ad esempio l'Italia, il codice civile del 1865 eviterà, al riguardo, di fornire una definizione di matrimonio, anche se la diversità sessuale si potrà desumere da diverse disposizioni del codice, a cominciare da quelle relative alle condizioni necessarie per contrarre matrimonio (artt. 55-69). Lo stesso dicasi per il codice civile del 1942, anche se nella sua elaborazione non era mancata

---

<sup>11</sup> Su cui cfr., per tutti, L. Palazzani, *Identità di genere? Dalla differenza alla in-differenza sessuale nel diritto*, Cinisello Balsamo, 2008.

<sup>12</sup> C. XXVII, q. 2, c. 1. Ulpiano aveva usato il termine 'continens' anziché 'retinens' (I. 1, 9, 1). Cfr. sulla storia del matrimonio canonico J. Gaudemet, *Il matrimonio in Occidente*, tr. it., Torino, 1989.

la proposta di iniziare il titolo VI del libro I del codice proprio con tale definizione <sup>13</sup>. Da parte sua la Costituzione del 1948, che pure riserva molta attenzione al matrimonio e famiglia (artt. 20-31), sebbene fondi la famiglia sul matrimonio, evita di definire questo come un rapporto tra un uomo ed una donna, trattandosi di dato ancora ritenuto del tutto autoevidente. Fino alla metà del Novecento, la identità del sesso è una *causa nullitatis matrimonii* comune a tutte le legislazioni di tutti i tempi e luoghi.

Sul solco della tradizione romanistica, viceversa, l'esperienza giuridica canonica continua nel tempo a ribadire puntigliosamente il principio della diversità sessuale, nonostante per molto tempo si tratti di un dato scontato <sup>14</sup>. Ma quando le teorie del *gender* cominciano ad affermarsi e quel presupposto culturale appare erodersi sempre più, il legislatore canonico si preoccupa di ribadire esplicitamente il principio. Non a caso il codice di diritto canonico del 1983, ora vigente, al can. 1055 § 1 si premura di precisare, nella definizione di matrimonio, che «*vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt*».

I legislatori civili, invece, sembrano imboccare altre strade. Così oggi, come in Spagna, si riforma il codice proprio per sottolineare la non obbligatorietà dell'eterosessualità per la celebrazione del matrimonio e la costituzione di una famiglia <sup>15</sup>.

Si tratta di una posizione culturale lontanissima dal paradigma di sempre, che poi è anche quello cristiano, della diversità tra sessi, posti in relazione di complementarietà; anzi, di una posizione che diviene ideologica, la quale scava un abisso incolmabile con la suggestiva e delicata ricostruzione dei rapporti tra i sessi, che Giovanni Paolo II venne a delineare, sulla base del dato biblico, nei primi anni del suo pontificato <sup>16</sup>.

Se le ideologie di *gender* distinguono e contrappongono natura e cultura, il diritto canonico, al contrario, esprime una concezione che tiene insieme natura e cultura. Il patrimonio insito nel messaggio biblico, approfondito dalla patristica, chiarito dal magistero, studiato dalla grande riflessione teologica che si dipana nei secoli, entra come contenuto dell'esperienza canonistica, la quale è peraltro debitrice anche di quel diritto naturale che, nel corso della plurimillennaria vicenda umana, si è costantemente espresso in maniera uniforme nelle diverse civiltà che, pur nella

---

<sup>13</sup> Cfr. F. Finocchiaro, *Del matrimonio. Art. 79-83*, in *Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna-Roma, 1971, p. 2.

<sup>14</sup> Sul carattere intersessuale del matrimonio canonico cfr. di recente D. Vardè, *L'incidenza del transessualismo nel matrimonio canonico*, in J. Kowal e Joaquín Llobell (cur.), «*Iustitia e iudicium*». *Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, I, Città del Vaticano, 2010, 565 ss.

<sup>15</sup> In merito cfr. M. Leal Adorna, *El reconocimiento en España del «ius connubii» a personas del mismo sexo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2010, 2, 409 ss.

<sup>16</sup> Cfr. *L'amore umano nel piano divino. Catechesi di Giovanni Paolo II nelle Udienze Generali*, Città del Vaticano, 1980. Da giovane professore universitario Karol Wojtyła aveva, come noto, affrontato in maniera molto moderna le tematiche dell'amore umano, della sessualità, del matrimonio, in particolare nel libro *Amore e responsabilità*, del 1960, tradotto in italiano nel 1969 con la prefazione del cardinale Colombo: cfr. A. Riccardi, *Giovanni Paolo II. La biografia*, Cinisello Balsamo, 2011, p. 100 s. Si veda anche, di K. Wojtyła, *Educazione all'amore*, Roma, 1978.

storicità delle discipline contingenti di matrimonio e famiglia, hanno sempre riaffermato il carattere della eterosessualità come caratterizzante il coniugio<sup>17</sup>.

3. *Una caro*. Un secondo aspetto del divaricarsi di disciplina civilistica e disciplina canonistica del matrimonio si percepisce partendo dal concetto propriamente biblico, recepito nel diritto della Chiesa, di *una caro*.

La modernità, come noto, giunge con le sue acquisizioni culturali, le sue presunzioni etiche, le sue conquiste scientifiche, le conoscenze pratiche, a distinguere tra procreazione ed attività sessuale. La procreazione può essere effetto di attività sessuale, ma può avvenire fuori di essa, come nel caso della riproduzione in provetta della vita umana. E d'altra parte l'attività sessuale non è più legata ai paradigmi antichi della procreazione, potenziati e disciplinati dall'etica cristiana. E se la sessualità viene sempre più intesa come una facoltà del singolo piegata alla individualistica soddisfazione, il matrimonio viene riguardato come gabbia e vincolo al suo libero esercizio.

Ma distinta la procreazione dalla attività sessuale, l'eterosessualità viene ridotta a nient'altro che ad una variante nelle varie, possibili pratiche sessuali. Viene così scardinata la concezione di sempre – e non solo cristiana – del matrimonio come luogo deputato, attraverso l'attività sessuale tra coniugi, alla procreazione. Un taglio deciso è così fatto tra natura e cultura: e ciò, paradossalmente, proprio quando la società contemporanea tende, in altri ambiti, a ricucire natura e cultura<sup>18</sup>.

A questo punto è evidente che nella misura in cui si taglia il nesso tra le due dimensioni naturale e culturale, e quindi nel momento in cui la «verità» naturale del matrimonio diviene un concetto superato, risulta aperta la strada al legislatore civile per superare, poco a poco, l'impianto normativo tradizionale dell'istituto matrimoniale.

È interessante notare al riguardo come, a fronte dell'eclisse dell'elemento dell'eterosessualità, che permette il realizzarsi dell'*una caro*, fa capolino nella disciplina civilistica delle relazioni che vorrebbero essere paramatrimoniali l'elemento dell' 'affetto'.

Un caso esemplare, in Italia, è stato quello del non felice Disegno di legge sui cosiddetti 'Dico'<sup>19</sup>, che nello stesso *incipit* del testo, vale a dire nel comma 1

---

<sup>17</sup> Per approfondimenti nella prospettiva filosofico-giuridica cfr. F. D'Agostino, *Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, Milano, 1991.

<sup>18</sup> Si veda al riguardo la singolare prospettazione di V. Turchi, *Considerazioni attuali circa una questione antica: gli "eunuchi" tra storia e diritto*, il *Dir. fam.*, 2011, 303 ss. Sul rapporto tra natura e cultura cfr. F. D'Agostino, *Filosofia del diritto*, Torino 2005, 72 ss.; Id., *Lezioni di Teoria del Diritto*, Torino 2006, 90 ss. In generale sul ritorno della natura nella cultura contemporanea: S. Belardinelli, *La normalità e l'eccezione. Il ritorno della natura nella cultura contemporanea*, Soveria Mannelli, 2002.

<sup>19</sup> Il riferimento è al Disegno di legge presentato al Senato dal secondo Governo Prodi il 20 febbraio 2007, n. 1339, sui *Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi*, in realtà uno dei tanti progetti di legge presentati in Parlamento del 1996 ad oggi. Per una Sintesi accurata, ma piuttosto acritica, della problematica cfr. M. Cocuccio, *Convivenza e famiglia di fatto: problematiche e prospettive*, in *Dir. famiglia*, 2009, 908. Spunti interessanti e analisi particolareggiata del d.d.l. sui Dico si rinvencono in G. Grasso, *Tiziano o Duchamp: sul disegno di legge in tema di diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi*, in *Pers. Fam. succ.*, 2007, 723. Analisi specifica del d.d.l. in G. Galuppi, *Brevi note sulla proposta di legge relativa ai diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi*, in *Dir. fam.* 2007, 1930. Il deciso contrasto con la Costituzione italiana del disegno di legge sui 'Dico' è affermato da G. Giacobbe, *Famiglia e DICO: una impossibile convivenza*, in *Legalità e giustizia*, 2006, 191; Id., *Famiglia o famiglie: un problema ancora*

dell'articolo 1, si individuavano i destinatari del provvedimento in due persone maggiorenni e capaci, anche dello stesso sesso, «unite da reciproci vincoli affettivi». Il riferimento ai 'vincoli affettivi' se letto con gli occhi tradizionali del giurista risulta assai poco chiaro, anzi del tutto ambiguo, se non altro perché gli affetti, che attengono alla sfera dei sentimenti, sfuggono al diritto: non possono essere rilevati, quantificati, soppesati, quindi regolamentati. Non è un caso che l'intera disciplina civilistica del matrimonio abbia fino ai tempi nostri ignorato totalmente l'elemento affettivo, limitandosi a precisare che dal matrimonio derivano obblighi (e reciprocamente diritti) concreti e verificabili, quali la fedeltà, l'assistenza materiale e morale, la collaborazione nell'interesse della famiglia, la coabitazione (art. 143 cod. civ.). Ed anche per ciò che attiene ai figli, il diritto non dice che i genitori hanno il dovere di amare i figli, limitandosi molto più concretamente a precisare che il matrimonio impone ai coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare i figli (art. 147 cod. civ.): obbligo il cui soddisfacimento è possibile controllare, ad esempio dal giudice.

In realtà nel Disegno di legge, introducendosi nell'ordinamento un elemento, l'affetto, che *natura sua* esula dalla dimensione giuridica, si voleva cripticamente intendere rapporti sessuali, anche tra persone dello stesso sesso. Era così creata la premessa giuridica per il sostanziale riconoscimento di forme matrimoniali alternative, non più basate sull'eterosessualità.

Quello del legislatore italiano fu un tentativo al momento non giunto in porto, ma rispondente ad un diffuso orientamento dei legislatori civili dell'Occidente che, nella tendenza rivolta a ricondurre nel paradigma matrimoniale – o in un paradigma paramatrimoniale – convivenze tra persone dello stesso sesso, legate da legami affettivi-sessuali, non si accorgono in questo modo di dare un colpo mortale all'istituto civilistico del matrimonio<sup>20</sup>.

Non così ovviamente il diritto canonico, dove alla luce del paradigma biblico dell'*una caro*, nella diversità tra uomo e donna, «il dimorfismo sessuale è [...] funzionale all'unità; l'uomo e la donna sono 'due' per essere 'uno', 'una sola carne'»<sup>21</sup>.

Con il senno di poi possiamo ora valutare come prodromiche alle rivoluzioni che in materia la modernità sembra portare, alcune riforme di un recente passato, che

---

*dibattuto*, in *Dir. fam.* 2009, 305 ss.; in termini più generali, dello stesso tenore ovviamente, Id., *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.* 2006, I, 481 ss. e Id., *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam.* 2006, 1219 ss.. Il tema viene trattato in maniera ampia e ben approfondita, con attento apparato bibliografico, secondo una impostazione critica verso la assimilazione tra unioni di fatto e matrimonio, nella monografia di V. Marano, *Le unioni di fatto. Esperienza giuridica secolare e insegnamento della Chiesa*, cit., ove, nel capitolo 1, 8 ss., viene sviluppata un'ampia disamina della normativa regionale e comunale, ed al cap. 2, pp. 59 ss., dei d.d.l. presentati nel corso della XIII e XIV legislatura. In generale cfr. F. Macioce, *Pacs. Perché il diritto deve dire no*, Cinisello Balsamo, 2006. Sugli orientamenti favorevoli alle unioni di fatto, anche omosessuali, cfr. per tutti G. Ferrando, *Il matrimonio* del trattato Cicu-Messineo, Milano 2002; Id., *Il matrimonio gay, il giudice, il legislatore*, in *Resp. civ. prev.* 2008, 2344 ss.; Id., *Famiglia e matrimonio*, in *Famiglia* 2001, 939 ss.

<sup>20</sup> Per i profili filosofico-giuridici cfr. G. Gambino, *Le Unioni omosessuali. Un problema di filosofia del diritto*, Milano, 2007.

<sup>21</sup> P.A. Bonnet, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Milano, 1985, 19.

oggettivamente si percepivano come distacchi ulteriori dal paradigma canonistico delle origini, ma che non si avvertivano assolutamente sovvertitrici del matrimonio come fino ad allora sempre colto nelle sue indisponibili basi naturali. Si pensi soltanto, per quanto attiene all'Italia, al venir meno dell'impedimento di impotenza nel matrimonio civile, operato dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, che ha costituito in definitiva un fattore importante per il cedere di quel principio del matrimonio come luogo proprio della trasmissione della vita e, quindi, del presupposto necessario della eterosessualità<sup>22</sup>.

Per altri versi la modernità, con la sua problematica sul *gender*, ha in qualche modo fatto irruzione nella disciplina giuridica del matrimonio canonico nella disposizione di cui al paragrafo 3 del can. 1095, dove si dice che sono incapaci a contrarre matrimonio «coloro che per cause di natura psichica non possono assumere gli obblighi essenziali del matrimonio». La fattispecie qui considerata è quella di coloro che non essendo in grado di adempiere gli obblighi essenziali del matrimonio così come indicati dal diritto canonico, non possono di conseguenza assumerli validamente con la celebrazione delle nozze. Si tratta di una incapacità che è stata individuata in sede giurisprudenziale, a seguito di una migliore conoscenza dell'uomo dal punto di vista biologico, psicologico, culturale e sociale, e che poi dalle sentenze ecclesiastiche è passata nella codificazione del 1983<sup>23</sup>. Essa, che riguarda in special modo certe tendenze psicosessuali come l'omosessualità ed il transessualismo<sup>24</sup>, mette in evidenza nel contesto della società contemporanea la strenua difesa da parte del diritto del rapporto tra natura e cultura, contro ogni tentativo di innaturale separazione e, quindi, del principio per cui *veritas, non auctoritas facit matrimonium*. In qualche modo il diritto canonico finisce per avere una funzione di testimonianza nel contesto culturale contemporaneo, richiamando costantemente con la sua disciplina alla verità del matrimonio come rapporto eterosessuale; alla verità per cui il matrimonio contratto tra due persone dello stesso sesso non solo non è matrimonio, ma «*ne speciem quidem praebet eius quod esse praesumitur*», cioè non presenta neppure l'esteriore *figura matrimonii*, perché mancante della stessa apparenza esteriore a farlo ritenere tale, a prescindere dal suo valore giuridico<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Per una prospettazione del processo di allontanamento della disciplina civilistica del matrimonio dall'originario modello canonistico rinvio al già ricordato saggio G. Dalla Torre, *Motivi ideologici e contingenze storiche nell'evoluzione del diritto di famiglia*, cit., 410 ss.).

<sup>23</sup> Cfr. per tutti Aa.Vv., *La giurisprudenza della Rota Romana sul matrimonio (1908-2008)*, Città del Vaticano, 2010.

<sup>24</sup> Cfr. R. Picardi, *Matrimonio canonico. Aspetti medico-legali*, Città del Vaticano, 2003, 117 ss. In materia vedasi, dal punto di vista più propriamente giuridico, Aa.Vv., *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, Città del Vaticano, 1998, ed in particolare il saggio di N. Schöch, *Criteri per una determinazione giuridica della personalità normale*. In particolare sul transessualismo cfr. M. Faggioni, *Il transessualismo. Questioni antropologiche, etiche e canonistiche*, in *Antonianum*, 2000, 284 ss.

<sup>25</sup> Così P.A. d'Avack, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, vol. I, nuova ed., Firenze, 1952, 62, in quale peraltro nota – segno dei tempi! – che sulla relativa «*causa nullitatis*, comune a tutte le legislazioni in tutti i tempi e luoghi, vi è di per sé ben poco da osservare. È fin troppo evidente infatti che il matrimonio non solo non può esistere, ma neppure concepirsi se non fra persone di sesso diverso, e, appunto perché l'esistenza necessaria di una siffatta condizione è intuitiva, essendo insita nel concetto stesso del vincolo matrimoniale, è più che naturale che sia i vari legislatori civili, sia il legislatore stesso canonico non abbiano ritenuto necessario farne un particolare cenno nel dettare le disciplina giuridica dell'istituto» (92).



4. *Humano modo*. Un ultimo elemento sul quale si intende richiamare l'attenzione è sollecitato, ancora una volta, da un intervento novatore del legislatore matrimoniale canonico.

Dunque nella realtà socio-culturale contemporanea, distinta la procreazione dalla attività sessuale, l'eterosessualità non sarebbe altro che una variante nelle varie, possibili pratiche sessuali. E d'altra parte la procreazione, in tempi di raffinate tecnologie riproduttive nell'ambito della pluralità di pratiche che vanno sotto il nome di procreazione medicalmente assistita, può essere assicurata anche al di fuori di un rapporto sessuale naturale, quindi necessariamente da persone di sesso diverso. Non è un caso che, nel contesto dello spirito del nostro tempo, marcato da connotazioni individualiste e trasgressive, il ricorso alle pratiche di fecondazione assistita viene reclamato e praticato da parte di 'singol' o di coppie omosessuali. Anzi: proprio le conquiste, per molti aspetti prodigiose, della scienza e della tecnologia nel campo biomedico, in particolare in materia di procreazione, costituiscono argomento per sostenere il superamento della concezione tradizionale del matrimonio eterosessuale in quanto luogo deputato alla riproduzione della vita.

Ed è interessante notare al riguardo che, consapevole dello spirito del tempo, il legislatore della nuova codificazione canonica, si preoccupa di precisare che il matrimonio è rato e consumato «*si coniuges inter se humano modo posuerunt coniugalem actum per se aptum ad prolis generationem*» can. 1061 § 1).

In sostanza il diritto canonico postula non solo una attività sessuale tra coniugi, diretta alla procreazione; ma postula addirittura una attività sessuale esercitata *humano modo*. Ma che si intende per *humano modo*? Agli studiosi di diritto matrimoniale canonico è ben noto che tale espressione attiene al fatto che il perfezionamento del matrimonio rato a seguito di consumazione, presuppone che l'atto coniugale per sé idoneo alla generazione sia posto «in modo umano». È loro altrettanto noto che tale requisito, vale a dire l' *humano modo*, deve intendersi, alla luce della *mens legislatoris* e della interpretazione curiale<sup>26</sup>, nonché della pedissequa giurisprudenza, la libertà fisica e la coscienza psicologica di cui deve godere il soggetto che pone in essere l'atto coniugale.

E tuttavia l'enorme sviluppo che ha avuto, dopo la promulgazione del codice canonico del 1983, quell'insieme di pratiche che nel linguaggio corrente vengono indicate unitariamente con la brutta espressione di «procreatica», può suscitare a livello ermeneutico interrogativi nuovi circa la portata dell'inciso in questione. In altre parole appare legittimo domandarsi, ad esempio, se vizi il consenso matrimoniale l'atto positivo di volontà di uno o di entrambi i coniugi che, per ragioni d'ordine sanitario volte ad evitare il contagio e la trasmissione alla prole di infezione attraverso il rapporto sessuale, sia diretto ad escludere il ricorso alla procreazione per via naturale, ma a volere esclusivamente la procreazione per via artificiale: nel caso attraverso le metodiche della fecondazione *in vitro*.

Una fattispecie del genere, che sarebbe giuridicamente irrilevante nell'attuale disciplina del matrimonio civile, in ordine alla validità dell'atto, appare sotto diversa

---

<sup>26</sup> Cfr. *Congregatio pro sacramentis*, lett. circ. 20 dicembre 1986, in *Communicationes*, 20 (1988), 78 ss.

luce nell'ordinamento canonico, per il quale ai fini della prestazione di un valido consenso matrimoniale, è richiesto tra l'altro che gli sposi non ignorino che il matrimonio è la comunità permanente tra l'uomo e la donna, ordinata alla procreazione della prole grazie ad una «*cooperatione aliqua sexuali*» (can. 1096 § 1). È allora da domandarsi se quell' *humano modo* in cui deve avvenire la consumazione del matrimonio *in iure canonico*, considerato nel contesto delle disposizioni codicili sul matrimonio, non possa oggi essere interpretato anche nel senso della esclusione di ogni artificialità nella formalizzazione tra coniugi degli atti diretti alla generazione della prole<sup>27</sup>.

Dunque la precisazione che oggi il legislatore canonico fa, per cui la consumazione del matrimonio deve avvenire *humano modo* starebbe ad indicare, prima ancora dell'aspetto psicologico, un riferimento all'aspetto naturale che l'atto coniugale deve avere, al di là di ogni artificio<sup>28</sup>. Come bene è stato detto, «nell'ordinamento canonico l'amore coniugale deve [...] manifestarsi negli atti coniugali idonei alla procreazione, il rapporto coniugale è rapporto di persone che chiama in causa la diversità sessuale, la quale deve potersi palesare in quegli atti»<sup>29</sup>.

Se la proposta interpretazione fosse fondata, si sarebbe di nuovo dinnanzi ad un intervento dell'ordinamento giuridico canonico reattivo rispetto allo spirito del tempo. Nel senso che con quel riferimento validativo della consumazione dato dall' *humano modo*, il diritto della Chiesa verrebbe ancora una volta a richiamare la verità del matrimonio, cioè quel carattere naturale della sua struttura fondamentale, che è irreformabile da parte del legislatore positivo e che deve, invece, trovare nel diritto positivo riconoscimento e tutela.

I canonisti antichi avrebbero detto: «*humano modo, id est naturaliter*».

**5. La verità del matrimonio e la dissoluzione del matrimonio civile.** Dunque, dinnanzi alla dissoluzione del matrimonio civile, il diritto canonico continua a ribadire che *veritas, non auctoritas facit matrimonium*, nel senso che la struttura fondamentale dell'istituto matrimoniale è irreformabilmente scolpita nella verità naturale dell'essere un rapporto stabile tra un uomo ed una donna il quale, in una complementarietà che giunge fino all'integrazione più intima, è aperto alla procreazione. La famiglia fondata sul matrimonio tra un uomo e una donna, come bene è stato detto, costituisce una delle «strutture fondanti obiettive dell'essere umano»<sup>30</sup>, che il diritto positivo deve istituzionalmente difendere e, prima ancora, dichiarare, testimoniare e rispettare. Come, appunto, il diritto canonico continua a fare.

---

<sup>27</sup> Ho toccato la questione nel saggio su *L'esclusione della prole e la fecondità assistita*, in Aa.Vv., *Prole e matrimonio*, Città del Vaticano, 2003, 167 ss.

<sup>28</sup> Cfr. in merito D. Vardè, *L'incidenza del transessualismo nel matrimonio canonico*, cit., 581.

<sup>29</sup> G. Boni, *Alcune considerazioni su procreazione e sessualità nel matrimonio canonico*, in «*Iustitia e iudicium*», vol. I, cit., 194.

<sup>30</sup> Così L. Palazzani, *Il matrimonio istituzione di diritto naturale. La questione della identità di genere e della diversità sessuale nella famiglia*, in G. Dalla Torre (cur.), *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, tomo I, *Teoria generale, persone e famiglia*, Milano, 2010, 686.

Si tratta in altre parole di un rapporto che sfugge, nella sua essenza, alla disponibilità di volontà umana: sia essa quella dei contraenti, sia anche, e si direbbe persino, quella di un legislatore umano che si ritiene onnipotente, anche se non lo è. Viene in mente la tanto nota quanto abusata espressione di Arturo Carlo Jemolo, giurista cattolico ma non clericale, secondo cui il matrimonio è come un'isola, che il mare del diritto può solo lambire<sup>31</sup>. Fuor di metafora, al diritto positivo non è dato di modificare la struttura profonda del matrimonio, pena la puntuale sottrazione dell'istituto ad un intervento manipolatorio che comunque lo snatura.

In effetti, a ben guardare, intromissioni come quella del legislatore zapateriano in Spagna non riformano il matrimonio, ma lo sostituiscono con un altro negozio. Può anche rimanere formalmente il *nomen iuris*, ma l'essenza del matrimonio non c'è più. Con il che si andrebbe ben oltre quelle pur acute osservazioni di attenta dottrina, datate ormai un quarto di secolo, secondo cui "potrebbe anche avvenire, per avventurarci nel campo del «futuribile», che i due modelli attuali di matrimonio si vengano a trasformare, nel XXI secolo, in un solo istituto matrimoniale che pretenda di assurgere a modello, quello della Chiesa, mentre l'istituto civile non si presenterebbe più come unico fondamento della famiglia legittima, ma si allineerebbe con altre situazioni di fatto, da cui possa sorgere una comunità familiare giuridicamente rilevante"<sup>32</sup>.

Con il che, concludendo, si può osservare che le velleità prometeiche in materia matrimoniale rinnovano in qualche modo, nel moderno legislatore umano, l'antico mito del re Mida: l'ineludibile trasformazione del matrimonio in altra cosa. Il che significa, guardando con gli occhi della storia, che sono bastati due secoli al legislatore statale per creare prima e dissolvere poi il matrimonio come istituto civile; che chi voglia, oggi, contrarre vero matrimonio e non un qualsiasi patto di solidarietà, comunque questo si chiami, deve tornare a rivolgersi là dove esso risulta davvero presente, dove cioè si è custodita gelosamente la consapevolezza dell'essere davvero, il matrimonio, «*divini et umani iuris communicatio*»<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> A.C. Jemolo, *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957, 222 ss.

<sup>32</sup> A.M. Punzi Nicolò, *Due modelli di matrimonio*, in *Matrimonio concordatario e giurisdizione dello Stato*, a cura di L. Spinelli e G. Dalla Torre, Bologna 1987, p. 34.

<sup>33</sup> In qualche modo, e sia pure nella peculiare prospettiva della indissolubilità intrinseca del matrimonio come istituto naturale, si muove in tal senso la provocatoria proposta di A. de Fuenmayor, *Ripensare il divorzio. La tutela dell'indissolubilità matrimoniale in uno Stato pluralista*, tr. it., Milano, 2001. Secondo il noto studioso in uno Stato autenticamente pluralista la legge dovrebbe rispettare anche la volontà dei coniugi che scelgono di contrarre un matrimonio indissolubile, per cui, sulla scia di alcune esperienze maturate negli USA, avanza l'ipotesi di un doppio regime di matrimonio civile, uno divorziabile e l'altro indissolubile. Sulla indissolubilità intrinseca del matrimonio mi piace richiamare un mio vecchio studio: G. Dalla Torre, *L'indissolubilità intrinseca del matrimonio nella concezione cristiana del diritto naturale*, in *Persona y Derecho*, vol. I, 1974, p. 191 ss.

