

PAOLO PAPANTI-PELLETIER
ordinario di diritto civile e di diritto di famiglia

MATRIMONIO O MATRIMONI. CHIESA E STATO A CONFRONTO

Palazzo del Laterano, 18 gennaio 2023

1. Confesso che provo un certo disagio quando, sempre più frequentemente, leggo sui giornali, o ascolto da altri mezzi di comunicazione, che due persone dello stesso sesso “si sono sposate”. Il verbo “sposare” o, nella forma riflessiva, “sposarsi” è proprio dell’istituto del matrimonio e, specificamente delle “nozze” (*nuptiae*). E’ noto, infatti, che, diversamente da altre lingue, con il termine “matrimonio” si intende in italiano sia l’atto della celebrazione (cioè, appunto, le nozze) sia il rapporto matrimoniale che da esso trae origine (*matrimonium in facto esse*, per usare un’espressione canonistica).

Il disagio al quale ho fatto riferimento non è dettato da un sentimento di riprovazione morale, ma è frutto di una consapevolezza sul piano giuridico di ciò che realmente rappresenta l’istituto del matrimonio nel nostro ordinamento italiano.

La riflessione giuridica non può non prendere le mosse dalla nostra Carta Costituzionale e, particolarmente, dall’art. 29, che molto significativamente apre il Titolo II, dedicato ai “Rapporti etico-sociali”. E’ importante sottolineare che la nostra Carta – della quale festeggiamo i 75 anni dalla sua entrata in vigore – abbia posto in tanta evidenza l’istituto del matrimonio, dato che la sua impostazione assiologica (o valoriale), ispirata – come ben noto - alla Costituzione di Weimar del 1919, diversamente dagli Statuti ottocenteschi e particolarmente dallo Statuto Albertino del 1848, indica, nella sua prima parte, i diritti fondamentali della persona umana (*Grundrechte*) come capisaldi dell’ordinamento giuridico. Si tratta non solo di linee guida alle quali deve ispirarsi il legislatore ordinario nella formulazione delle leggi, ma anche di principi di immediata vigenza che improntano di sé l’intero sistema normativo.

Forse non tutti sanno che la formulazione di tale art. 29, nell'ambito dell'Assemblea Costituente si deve alla penna dell'allora giovane Padre Costituente (ora Servo di Dio) Giorgio La Pira, componente della Commissione dei 75, incaricata di redigere il testo finale della Costituzione. E' interessante rileggere un breve e significativo brano del discorso che egli tenne nella seduta dell'11 marzo 1947:

“La persona è alla base. Che cosa viene immediatamente dopo la persona? Il primo ente, il *seminarium rei publicae*: la famiglia. [...] Se la famiglia è un organismo naturale, allora è evidente che la Costituzione, veste del corpo sociale, deve parlare della famiglia. Quando infatti si dice organismo naturale, o società naturale, traducendo quel termine latino che è la *societas naturalis*, si vuole intendere un organismo di diritto naturale, si vuole affermare, cioè, che esiste una struttura fra i rapporti familiari, la quale è connaturata alla natura spirituale, libera, ma associata, dell'uomo”.

Mi permetto, a questo punto, di scandire l'icastica e breve proposizione del primo comma della norma citata, nella quale ogni parola ha un significato pregnante: “La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”. Colpisce subito l'uso del verbo “riconoscere”, che peraltro compare in varie altre norme costituzionali [artt. 2 (diritti inviolabili dell'uomo), 4 (diritto al lavoro), 35 (libertà di emigrazione), 42 (proprietà privata) etc.].

Questa espressione chiaramente afferma che lo Stato prende atto che vi sono realtà che ontologicamente precedono il diritto positivo e che ne costituiscono un *prius*; ma, dopo averne preso atto, lo Stato le “riconosce”, positivizzandole e facendole perciò diventare istituti giuridici normativamente sanzionati. Ciò vale, nel nostro caso, per la famiglia, la quale è elevata non solo al rango di istituto giuridico, ma addirittura a soggetto di diritto. Ora, è ben noto che nel nostro ordinamento i soggetti di diritto sono la persona fisica e la persona giuridica, ma la famiglia non è né l'una né l'altra.

In ambito gius-civilistico ciò costituisce un *unicum*, che peraltro non è minimamente paragonabile a situazioni nelle quali il diritto riconosce taluni diritti ad enti di mero fatto (associazioni non riconosciute, comitati). Nel nostro caso, addirittura la Carta Costituzionale afferma che la famiglia,

come società naturale, cioè di diritto naturale, è di per sé titolare di diritti. Ci si può domandare quali siano questi diritti. La risposta non è certo agevole. Si può pensare subito alla tutela che ad essa appresta lo Stato, sia sul piano personale sia sul piano patrimoniale. A questo riguardo viene in soccorso l'art. 30 della stessa Carta, che prevede i diritti e i doveri dei genitori nei confronti dei figli, nonché l'art. 31, che specificamente dispone il diritto delle famiglie, soprattutto di quelle numerose, a ricevere provvidenze economiche e di formazione. Si tratta di pure indicazioni di principio, giacché ovviamente il precetto costituzionale non può che dettare principi. Ma, prima ancora di questi diritti, attribuiti dallo Stato, alla famiglia vengono riconosciuti i suoi diritti primordiali: il diritto di esistere e di non essere perciò conculcata o soppressa di diritto o di fatto; il diritto di formarsi liberamente senza costrizioni; il diritto di procreare senza limitazioni. A quest'ultimo proposito, è appena il caso di ricordare che in tempi recenti uno Stato vietò la procreazione di più di un figlio, con l'inevitabile conseguenza che figli ultrrogeniti si impedì che nascessero o vennero uccisi, per non incorrere nelle sanzioni previste da quello Stato per le famiglie che avessero violato tale divieto. Ulteriori diritti possono poi essere individuati, sulla base del diritto naturale.

Ma qual è la famiglia che la Repubblica riconosce come società naturale titolare di diritti? L'art. 29 è chiarissimo: quella fondata sul matrimonio.

Vi è quindi una connessione inscindibile fra questi due istituti: da un lato, la famiglia è riconosciuta dallo Stato come entità ad esso ontologicamente pre-esistente ed è elevata a soggetto di diritto, anzi, titolare di diritti, ma solo se fondata sul matrimonio; dall'altro, a sua volta, il matrimonio, inteso come nozze, non è un qualunque contratto, ma è il vincolo [ricordo che *vinculum* in latino significa catena] che lega due persone che vogliono costituire una famiglia.

Ma v'è di più. Dato che il matrimonio rappresenta il sigillo giuridico fondativo della famiglia quale società naturale, cioè - ripeto - di diritto naturale, esso non può attagliarsi che ad una realtà che di per sé non può essere disgiunta dalla possibilità di procreare.

Da ciò necessariamente consegue che la famiglia fondata sul matrimonio non può non essere il patto nuziale fra un uomo e una donna, perché solo l'unione che esso genera può essere feconda.

Saggiamente il diritto canonico positivo aveva reso più esplicito tale carattere, che peraltro in passato non aveva mai dato adito a dubbi. Ed infatti mai nessuna norma aveva previsto in passato che fosse possibile contrarre un vincolo di tipo matrimoniale fra persone dello stesso sesso, nonostante che l'omosessualità esistesse – come noto – anche nell'antichità. Dunque nel diritto canonico il codice pio-benedettino parlava, al can. 1082, di società permanente “*inter virum et mulierem*”. Il codice vigente del 1983 parla, al can. 1055, di “*foedus, quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt*”.

Nell'ordinamento italiano, nonostante la mancanza di affermazioni così esplicite come quelle ora riportate, si può con certezza affermare – sulla base del citato art. 29 Cost. – che il matrimonio può essere contratto solo fra un uomo e una donna.

2. Il principio ora richiamato ha costituito un argine contro vari progetti di legge che hanno tentato in passato di introdurre il matrimonio omosessuale, semplicemente estendendo le norme del codice civile, di cui agli artt. 79 e segg., a persone dello stesso sesso. E' peraltro noto che un'operazione di questo genere è stata attuata nel 2005 in Spagna, ove non esiste una disposizione costituzionale simile al citato art. 29 Cost., mediante una semplice modifica normativa che ha cancellato, nella disciplina del matrimonio, il riferimento all'uomo e alla donna. Ma la stessa opzione è stata attuata, sia pure con tecniche normative diverse, in vari altri Paesi, soprattutto nel Nord-Europa. Analoghi tentativi furono bloccati dal Parlamento italiano proprio in forza dell'art. 29 Cost.

Negli anni passati si è svolto in Italia un ampio dibattito non solo a livello politico, ma anche a livello socio-ideologico, determinato soprattutto dal fatto che nel tessuto sociale si veniva diffondendo la pratica delle convivenze sia eterosessuali sia omosessuali.

Un disegno di legge di iniziativa governativa – sotto il Governo Prodi – nell'anno 2007, presentato dall'allora Ministro Bindi, noto con l'acronimo DI.CO., prevedeva l'applicazione di una serie di diritti (c.d. diritti civili) propri del coniuge al convivente, il cui stabile rapporto fosse stato accertato

attraverso una serie di indici fattuali. Tale disegno di legge non giunse in porto, sia perché fu fatto rilevare che varie norme – disseminate in vari istituti, non solo civilistici – già allora prevedevano (e in seguito hanno ulteriormente previsto) simili diritti a favore del convivente, sia perché una forte corrente di pensiero nella c.d. società civile reclamava l'introduzione per le coppie omosessuali di un istituto di tipo matrimoniale, per disciplinare tali realtà in modo compiuto ed organico.

3. Dopo vari altri infruttuosi tentativi, si giunse, a distanza di circa dieci anni, all'approvazione del disegno di legge di iniziativa parlamentare (primo firmatario la Sen. Cirinnà), denominato "Regolamento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze" (legge 20 maggio 2016 n. 76).

Va subito notato che già il titolo del testo normativo appare singolare, giacché evidenzia come esso preveda la disciplina di due fenomeni completamente diversi: da un lato, le unioni civili, che sono una sorta di patto simil-matrimoniale, riservato alle sole coppie omosessuali; dall'altro, la rilevanza giuridica, a determinati fini, delle convivenze di fatto tra coppie sia eterosessuali sia omosessuali.

Dal punto di vista del diritto costituzionale, la già rilevata singolarità è accentuata dal fatto che la citata legge consta di un solo articolo, composto di ben 69 commi, dei quali i commi da 1 a 35 sono dedicati alle unioni civili, mentre i commi da 36 a 67 contengono la disciplina delle convivenze. Gli ultimi due commi prevedono disposizioni di carattere finanziario. Tale singolarità – o, per meglio dire, anomalia – costituzionale deriva probabilmente dal fatto che si voleva evitare che il Parlamento approvasse solo uno dei due istituti e non l'altro, oppure che venissero approvati solo alcuni aspetti particolari di disciplina dei due istituti e non altri. Tutto ciò in aperto dispregio dell'art. 72 Cost., che – come noto – dispone che ogni disegno di legge venga approvato articolo per articolo e con votazione finale.

A parte tali rilievi di carattere costituzionale, la citata legge prevede – come detto – nella sua prima parte, la disciplina delle unioni civili. Si tratta di un patto formalizzato dinanzi all'ufficiale dello stato civile riservato alle coppie omosessuali, che ricalca nella sostanza, anche se non nel nome, la disciplina del matrimonio civile, richiamando nel testo normativo una sfilza di articoli del codice

civile e di interi istituti propri del matrimonio. Va peraltro notato, a questo proposito, che dall'unione civile deriva, fra l'altro, ad imitazione dell'art. 143 c.c., l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione, ma non l'obbligo alla fedeltà (comma 11). Si prevede inoltre l'obbligo a contribuire "ai bisogni comuni" e non l'obbligo a contribuire "ai bisogni della famiglia", secondo quanto previsto dal citato art. 143 c.c. Va ancora notato che l'unione civile si scioglie, oltre che per la morte di una parte, mediante la procedura prevista per il c.d. divorzio. E' altresì prevista la dichiarazione "disgiunta", cioè unilaterale, di una parte dinanzi all'ufficiale dello stato civile (comma 24). Si tratta, in questo caso di una sorta di ripudio *ex uno latere*.

Per quanto riguarda la disciplina delle convivenze sia eterosessuali sia omosessuali (commi 36-67), va subito rilevato che la medesima legge prevede una diversa tipologia, a seconda che si tratti di semplice convivenza, produttiva *ex se* di determinati effetti giuridici, oppure di convivenza che potrebbe definirsi "rafforzata", in quanto caratterizzata da un contratto di convivenza per disciplinare i rapporti patrimoniali (commi 50 e segg). Anche in questo caso si prevede peraltro lo scioglimento di tale vincolo contrattuale anche mediante il solo recesso unilaterale (comma 59).

4. Non potendo scendere nel dettaglio dell'esame di questi due nuovi istituti, non si può non rilevare, in generale, che il legislatore sembri "rincorrere" aspetti del costume corrente piuttosto che proporre modelli normativi da seguire.

Ciò vale, in particolare per la regolamentazione delle convivenze, che di per sé si caratterizzano – almeno per quanto riguarda le coppie eterosessuali – per il rifiuto, da parte degli interessati, dell'istituto del matrimonio. Data infatti l'estrema facilità con la quale chi è coniugato può sciogliersi dal vincolo matrimoniale (non solo passando per la separazione legale, ma anche tramite la negoziazione assistita con gli avvocati o con la dichiarazione dinanzi all'ufficiale dello stato civile), una coppia eterosessuale che decide di convivere attua una libera scelta, perché rifiuta l'istituto del matrimonio con tutti gli effetti giuridici (diritti ed obblighi) che esso comporta sul piano personale (art. 143 c.c.), patrimoniale (art. 143, comma 2, artt. 159 e segg. c.c.) e successorio

(artt. 540 e segg.). Perché lo Stato dovrebbe allora imporre a queste persone diritti ed obblighi che esse hanno apertamente rifiutato?

Ma v'è di più. Oltre a “rincorrere” modelli di costume, la disciplina normativa delle convivenze sembra indicare una strada alternativa al matrimonio per coppie eterosessuali, specialmente giovani, che non vogliono impegnarsi con il vincolo matrimoniale, che è, almeno tendenzialmente, per tutta la vita. Ciò costituisce, a mio avviso, un pessimo segnale, soprattutto per le giovani generazioni, giacché di fatto lo Stato viene a proporre una via alternativa al matrimonio, che produce effetti – almeno in parte – ad esso corrispondenti, ma che è, soprattutto, risolubile senza alcuna formalità *ad nutum*, anche per iniziativa di una sola parte.

Un discorso diverso può valere per le coppie omosessuali, le quali, non potendo accedere al matrimonio, potrebbero trovare nella regolamentazione normativa della loro convivenza, la possibilità di risolvere taluni problemi connessi alle loro scelte di vita, che – diversamente – sarebbero affidati solo alle loro determinazioni di volontà per il presente e per il futuro.

Questa semplice soluzione (disciplina delle convivenze per le sole coppie omosessuali) era stata effettivamente prospettata, ma si scontrò contro la ferma obiezione di coloro che ritenevano che essa si sarebbe posta in contrasto con il principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. L'obiezione sarebbe stata facilmente superabile, rilevando che il citato principio impone di trattare in modo eguale situazioni eguali, ma anche di trattare in modo diseguale situazioni diseguali. E non vi è dubbio – a mio avviso – che una convivenza omosessuale sia obiettivamente cosa diversa da una convivenza eterosessuale, se non altro per quanto attiene alla possibilità della procreazione.

Al di là delle dispute giuridiche, prevalse la c.d. volontà politica di introdurre un istituto simile alle nozze per le coppie omosessuali, data la già rilevata impossibilità giuridica – in base all'art. 29 Cost. – di estendere puramente e semplicemente a tali coppie l'istituto del matrimonio.

Va peraltro osservato che nell'ambito del matrimonio civile l'aspetto della procreazione ha perso progressivamente la sua rilevanza giuridica. Ed infatti, già la riforma del diritto di famiglia del 1975 eliminò la causa di nullità per impotenza, nei termini previsti nell'originario testo dell'art. 143 c.c.

Successivamente, la riforma della filiazione del 2013 se, da un lato, ha avuto il merito di togliere una sorta di marchio d'infamia che ancora – sia pure in minor misura rispetto al passato – gravava sui figli nati fuori del matrimonio, dall'altro, nella nuova sistematica del codice civile, ha collocato tutte le norme sulla filiazione, un tempo inserite nell'ambito della disciplina del matrimonio, in un autonomo capo, dedicato, appunto, alla filiazione, sia che avvenga nel matrimonio sia che avvenga fuori di esso (artt. 315 e segg. c.c.). Certamente non può sfuggire come questa nuova sistematica normativa influisca sulla configurazione stessa del matrimonio civile, dato che la procreazione non ne costituisce una, almeno tendenziale, componente.

5. Ritornando, dunque, al punto di partenza, va rilevato che, in base alle ricordate riforme normative, lo stesso istituto del matrimonio civile è andato progressivamente perdendo la sua originaria fisionomia. Nato ad imitazione del matrimonio canonico – che la Chiesa ha per secoli affermato come istituto di sua esclusiva pertinenza e difeso anche contro l'autorità giurisdizionale dello Stato –, il matrimonio civile fu previsto e disciplinato come nuovo istituto del codice civile italiano unitario del 1865, ricalcando, nella sostanza il modello canonistico, anche per il profilo della sua indissolubilità. Con ciò, tale codice si era significativamente discostato dal codice civile napoleonico del 1804, che pure ne aveva costituito – come ben noto - il modello ispiratore.

Dopo poco più di un secolo, persa la caratteristica primigenia della indissolubilità (nel 1970), il matrimonio civile ha abbandonato progressivamente la sua rilevanza anche pubblicistica. Partendo dalla concezione di Antonio Cicu, che nei primi decenni del secolo scorso aveva configurato la celebrazione del matrimonio civile alla stregua di un procedimento amministrativo, basato bensì sul consenso degli sposi, ma sanzionato dal pronunciamento dell'ufficiale dello stato civile e destinato a produrre effetti *ex lege* nell'ordinamento giuridico, le successive riforme, soprattutto per ciò che attiene alle modalità di scioglimento del vincolo, che si può ottenere ormai anche senza una pronuncia giurisdizionale – fino a qualche anno fa necessaria -, hanno ridotto il matrimonio civile ad un semplice contratto civilistico, risolubile anche sulla base dell'iniziativa di un solo coniuge. E' noto, infatti, che la possibilità di chiedere il divorzio costituisce un diritto potestativo e che

l'eventuale opposizione dell'altro coniuge non assume alcuna rilevanza. La previsione dell'allungamento del tempo di un anno o di due anni di separazione per proporre la domanda giudiziale di divorzio, prevista nel 1970 nell'originario testo della legge, cadde con la riforma del 1983, che ridusse il tempo della separazione da cinque a tre anni, togliendo qualunque rilevanza all'eventuale opposizione. Il tempo fu successivamente ancora ridotto, fino a giungere, allo stato, ad un anno per la separazione giudiziale e a sei mesi per la separazione consensuale e per le altre forme semplificate di separazione, introdotte con un decreto-legge (sic!) del 2014.

Del resto, da più parti si avanza il dubbio che l'istituto della separazione personale non abbia più ragion d'essere e che sia giunto il momento di abrogarlo, per lasciare spazio esclusivamente, nel caso di crisi coniugale, all'istituto del divorzio, come del resto, avviene nella maggior parte degli Stati.

6. Che cosa dire, in conclusione, a commento del tema che mi è stato proposto? Il matrimonio nell'ordinamento italiano è – nonostante tutto – uno solo, prescindendo dalla diversità delle celebrazioni e salvo quanto dirò sul tema del c.d. matrimonio concordatario. Gli altri istituti simili introdotti nel tempo non solo non sono matrimoni, ma non costituiscono neppure la famiglia, che è, anch'essa, unica ed è quella società naturale fondata sul matrimonio, ai sensi dell'art. 29 Cost. Non si può infatti parlare giuridicamente di “famiglie” (al plurale), perché la famiglia è solo quella delineata dalla norma costituzionale ora citata. Si può parlare correttamente, a tal proposito, solo di formazioni sociali, ed infatti la citata legge n. 76 del 2016 richiama, all'art. 1, a proposito delle unioni civili, proprio l'art. 2 Cost., che – come noto – fa riferimento, appunto, a tale istituto. Peraltro, il legislatore costituente non aveva minimamente voluto includere nella sua previsione le situazioni qui in esame, ma aveva inteso con tale espressione riferirsi ai partiti, ai sindacati, alle associazioni e in generale agli enti associativi, come risulta dai lavori preparatori dell'Assemblea Costituente.

Dunque, in base ai precetti costituzionali, si può parlare di “matrimoni” (al plurale) solo ponendo a raffronto il matrimonio dell'ordinamento italiano con quello di altri ordinamenti e, in particolare,

per ciò che qui interessa, con il matrimonio canonico. A tal proposito, è fin troppo facile affermare che i due istituti si sono progressivamente differenziati, fino a costituire due entità ontologicamente diverse. In questo contesto, certamente non è da sottovalutare il fatto che permanga la regolamentazione a livello concordatario del matrimonio canonico, per ciò che attiene agli effetti civili. Ed infatti, è ben noto che il matrimonio concordatario null'altro è che il matrimonio canonico, al quale lo Stato, a determinate condizioni, riconosce effetti civili.

Ma allora è lecito porsi il problema di come possano sussistere nell'ordinamento italiano due tipi di matrimonio così diversi tra loro: l'uno, *natura sua*, indissolubile, costituente un *consortium totius vitae* e atto fondativo della famiglia, l'altro, dissolubile *ad nutum* di una sola parte, costituente poco più che un patto di mutuo soccorso.

Certamente, nel 1970, quando fu varata la legge sul divorzio, è stata coniata la formula della “cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario”, ma, a ben vedere, si è trattato di un artificio per non creare un palese *vulnus* al principio di eguaglianza fra i cittadini cattolici che avessero contratto il matrimonio concordatario e quelli non cattolici o cattolici che avessero celebrato il solo matrimonio civile. Del resto, lo schermo apparente, pur rimasto formalmente in vigore, è caduto ben presto non solo nel comune linguaggio, ma anche nelle sentenze della Suprema Corte, che parlano ormai apertamente di “divorzio” sia per il matrimonio civile sia per il matrimonio concordatario, usando un'espressione che – come ben noto – era stata accuratamente evitata dal legislatore del 1970.

Parlando della giurisprudenza della Suprema Corte, sul tema oggetto di queste riflessioni, non si può non ricordare la sentenza delle Sezioni Unite n. 9004 del 2014, che ha inferto un gravissimo *vulnus* al sistema concordatario, prescrivendo la non-delibabilità delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale, qualora la convivenza matrimoniale si fosse protratta per oltre tre anni, introducendo un limite temporale non previsto né a livello concordatario né risultante da alcun'altra prescrizione normativa.

7. Data questa situazione, ormai costituente “diritto vivente”, ritengo che l’istituto del matrimonio concordatario abbia fatto il suo tempo e che sia giunto il momento, dopo quasi un secolo dalla sua introduzione, che il matrimonio civile ed il matrimonio canonico vadano ciascuno per la propria strada, come del resto avviene nella maggior parte degli Stati, ferma rimanendo, nel caso di matrimonio canonico, la necessità anche della celebrazione civile per l’acquisizione dello stato coniugale nell’ordinamento italiano. Probabilmente ciò potrebbe produrre una diminuzione del numero dei matrimoni celebrati con la forma canonica, ma almeno dovrebbe comportare una maggiore consapevolezza, da parte di quegli sposi che decidessero di esercitare anche questa opzione, di contrarre un vincolo canonicamente e moralmente indissolubile.