

Il consenso matrimoniale

ANDREA NICOLUSSI

«L'eroismo coniugale non è meno necessario di quello verginale; ed è certo che i due eroismi, nell'uno e nell'altro ordine di vita dal punto vista sociologico, si corrispondono. Tanto profondamente, nell'ordine spirituale cattolico, lo spirito aristocratico è intrecciato con lo spirito (manca propriamente il vocabolo adeguato) democratico».

(Romano Guardini)

Se si considera che il consenso matrimoniale non è poi che quel semplicissimo «si» che gli sposi si dicono l'un l'altra all'atto della celebrazione, può solo meravigliare che esso costituisca un tema, e per di più un tema nel quale è in gioco la stessa possibilità di dire la parola matrimonio. Perché proprio di questo in fondo si tratta: se il matrimonio sia ancora una categoria generale oppure se la parola che lo esprime si sia dissolta nei singoli modi individuali, contingenti e mutevoli di comprenderla, tanto da mettere persino in discussione il significato del consenso matrimoniale e la sua distinguibilità dalle altre concretizzazioni del principio di libertà.

Consenso matrimoniale e autonomia sovraccaricata fra avere e essere

Nel diritto civile il consenso è parola dell'*auto-nomia* privata, espressione della volontà dell'individuo che si dà la regola da sé, declinazione dell'idea di libertà.

Durante l'Ottocento il rapporto del consenso matrimoniale con la «signorina della volontà individuale» si accreditò nella categoria generale del negozio giuridico, ossia nell'atto pensato astrattamente come quello con cui un soggetto o più soggetti capaci d'agire giuridicamente esprime o esprimono una volontà relativamente a una certa situazione giuridica; con riguardo a tale atto l'ordinamento fa poi scaturire effetti giuridici conformi alla volontà che è stata manifestata. L'apparente neutralità dell'astrazione può rivelarsi però non neutrale.

Infatti se il mettere in relazione il consenso matrimoniale col negozio giuridico ci permette di inquadrarlo in rapporto con la fenomenologia variegata delle concretizzazioni giuridiche del principio di libertà, esso rischia altresì di sottrarre alla nostra attenzione elementi essenziali. È il vizio del metodo astratto seguito dai grandi giuristi tedeschi del secolo diciannovesimo nella costruzione della «piramide concettuale», nella quale però a mano a mano che si sale nei gradi successivi di astrazione sfugge qualcosa di vitale e la selezione fra il necessario e il contingente può rivelarsi mistificante. Basta considerare lo stesso negozio giuridico: categoria alla quale si riconducono tutti i tipi contrattuali (vendita, locazione, appalto, mandato, ecc.), le promesse unilaterali, il licenziamento di un dipendente, la disdetta da un contratto di locazione, il testamento e ogni altro atto con cui il soggetto (persona fisica o persona giuridica) dispone di un suo diritto. Ma è realisticamente sostenibile il paragone fra il consenso degli sposi con, ad esempio, il consenso fra compratore e venditore?

Il pericolo di annegare il matrimonio e il consenso che lo costituisce nella genericità degli atti di volontà deriva dalla mancata considerazione del divario incolumabile tra l'avere e l'essere, tra l'atto di volontà con cui si dispone di un oggetto e l'atto con cui due soggetti istituiscono l'unione delle loro persone.

Disporre (separare, mettere qualcosa da un'altra parte) e atto di disposizione sono concetti che nascono sul terreno dell'avere, ossia sul piano giuridico-economico, e postulano quale loro oggetto soltanto cose o comunque elementi separabili dalla persona cui appartengono (dal suo patrimonio). Perciò a riguardo del consenso matrimoniale si rischia – è il caso di dire – di confondere il *patrimonio* col *matrimonio*, la sfera del disponibile con quella di ciò che non si può separare da sé perché intimamente legata con l'essere della persona. Infatti lungi dal disporre, cioè separare (alienare), il matrimonio è unione di persone: i soggetti, l'uomo e la donna, si impegnano a vivere insieme come marito e moglie e ad accogliere i figli che eventualmente verranno. E coerentemente il matrimonio modifica lo stesso *status* degli sposi, i quali divengono marito e moglie assumendo una serie di diritti e doveri di reciproca solidarietà legati precisamente al loro nuovo *status*, che li definisce in funzione dell'appartenenza alla famiglia.

Il fatto che il consenso matrimoniale modifica la stessa posizione della persona nell'ordinamento giuridico – le fa assumere un nuovo *status* – mette in evidenza anche la rilevanza sociale o esterna del matrimonio, che impropriamente viene detta rilevanza pubblica, mentre nella sistematica giuridica

il matrimonio rimane un atto del diritto privato. Né il matrimonio né la famiglia sono infatti istituti giuridici di diritto pubblico; essi appartengono al diritto delle persone.

È vero però che l'oggetto del consenso matrimoniale, il nucleo delle regole essenziali di cui è fatto il matrimonio, non è il frutto del potere di disporre dei coniugi, ma è predeterminato dal diritto e riflette storicamente la rappresentazione sociale del rapporto coniugale e della sua dignità. Perciò i doveri dei coniugi sono inderogabili e non è ammessa la confezione di regole particolari in deroga agli artt. 143, 144 e 147 c.c. (gli articoli del codice civile di cui dev'essere data lettura prima della dichiarazione degli sposi di volersi prendere in marito e moglie). In queste norme si trova il contenuto essenziale del rapporto matrimoniale cui il consenso darà vita. L'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione, l'obbligo di contribuzione economica, l'obbligo di concordare tra i coniugi l'indirizzo della vita familiare e la fissazione della residenza familiare, l'obbligo di mantenere, istruire e educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli.

A differenza della categoria *contratto* che allude a una stipulazione il contenuto della quale è, in linea di massima, liberamente determinabile dalle parti, anzi è il frutto della particolare contrattazione fra le parti purché giustificata da un generale principio di *do ut des* (il sinallagma), il matrimonio non è semplicemente l'involucro di regole particolari; esso è invece istituto giuridico già definito in generale nella sua essenza.

Certo, ogni matrimonio è fatto da persone diverse e in questo senso costituisce senz'altro una singolarità che nella sua intimità profonda attinge la dimensione delle cose indicibili; ma «matrimonio» rimane al contempo una parola nella quale si riflette un'idea etico-giuridica generale di cui ogni singolo è debitore nei confronti del mondo sociale che la ha formata e esemplata in comportamenti concreti. La possibilità del consenso matrimoniale e la sua consistenza sono legate a questa stessa dicibilità della parola matrimonio, ossia al suo continuare a essere in grado di comunicare una forma definita di rapporto (il rapporto matrimoniale) e come tale suscettibile di divenire punto di riferimento della dichiarazione solenne con cui gli sposi si scambiano il loro «si». Gli sposi devono insomma essere essi stessi in grado di cogliere il significato del prendersi reciprocamente come marito e moglie, perché è nel reciproco dono di sé che rimangono soggetti del rapporto matrimoniale cui si scambiano il consenso, e non degradano contrattualistica-

mente, e forse involontariamente, a oggetto o mezzo della cosiddetta felicità individuale dell'altro.

Consenso matrimoniale e diritto romano. Il fatto e l'*honor matrimonii*

Storicamente il principio del consenso personale nel matrimonio è principalmente il frutto della presenza della Chiesa cattolica in Europa.

Luigi Mengoni ci ricorda che il modello canonico del matrimonio si è sviluppato a partire dal IV secolo nello stampo del preesistente istituto romano-classico, del quale, però, ha rovesciato l'impostazione, ma conservandone il linguaggio (con significato mutato) e, almeno fino a sant'Agostino, le definizioni riportate nel Digesto e nelle Istituzioni di Giustiniano.

Il diritto romano classico infatti (non quello più antico legato ai vecchi riti della vendita – *confarreatio* e *coemptio* – o del ratto della donna) ignorava la distinzione tra matrimonio *in fieri* e matrimonio *in facto*: il vincolo coniugale si fondava, senza bisogno di formalità, su un comportamento continuativo costituito dalla comunione di vita vissuta da due persone di sesso diverso con l'intenzione di vivere insieme come marito e moglie per tutta la vita. Questa volontà tendenzialmente perpetua, qualificata dalla *liberorum procreandorum causa*, distingueva il matrimonio dalle unioni temporanee e occasionali. Ma ciò non significava indissolubilità del matrimonio: poiché si tratta di una volontà non garantita all'inizio da una promessa, l' *affectio maritalis* deve essere continuativa; se viene meno il matrimonio si scioglie automaticamente. In definitiva il matrimonio romano è una relazione fattuale, che mentre ha effetti permanenti da certi punti di vista (ad esempio per quanto riguarda la legittimità dei figli) produce in altri campi i suoi effetti solo per il tempo della sua durata, e che ciascuna delle parti può far cessare quando voglia.

La sottolineatura della struttura fattuale del matrimonio romano classico emerge in modo emblematico dal suo accostamento ricorrente all'istituto del possesso delle cose. È la cosiddetta teoria possessoria del matrimonio. Indubbiamente nel possesso è l'elemento materiale che di gran lunga sovrasta l'elemento psicologico, il cosiddetto *animus rem sibi habendi*, laddove nel matrimonio il comportamento di fatto è valorizzato in funzione dell'elemento morale, ossia l' *affectio maritalis*. Ciò che però è decisivo è che anche nel matrimonio occorre un fatto che inizi visibilmente la vita co-

niugale, mentre col semplice accordo nel senso di voler essere marito e moglie non si contraggono nozze.

Addirittura inizialmente il *trinoctium* – l'assenza della donna per tre notti – bastava per far cessare il matrimonio, rompendone la continuità, poi però negli ultimi secoli della Repubblica e sotto il Principato nemmeno la guerra era sufficiente a far cessare il matrimonio.

L'analogia fra possesso e matrimonio continua tuttavia in tema di *postliminium*: quando il prigioniero di guerra ritorna in patria riprendono vita i rapporti giuridici in essere al momento in cui era stato fatto prigioniero, come se non si fossero mai estinti per la sua caduta in schiavitù del nemico, ma a questa regola di reviviscenza fanno eccezione proprio il matrimonio e il possesso, i quali non rivivono, anzi si possono solo ristabilire *ex novo* col reintegrarsi dei loro elementi costitutivi.

Poiché il matrimonio è puro fatto indicativo della *affectio maritalis*, esso si scioglie col fatto del venir meno della stessa convivenza, indice a sua volta del venir meno dell' *affectio maritalis*. Come rileva Arangio Ruiz, il nome *divortium* descrive plasticamente il fatto che i coniugi, dopo aver percorso insieme un tratto della loro esistenza, si allontanano per diverse vie (*divertunt*). Originariamente e per un certo periodo il *repudium*, ossia la dichiarazione che spesso accompagnava il *divortium*, non era nemmeno formalizzato. In un secondo tempo, nel diritto giustiniano, viene istituito un *libellus repudii* per la validità del *divortium*.

Se si considera semplicemente e astrattamente la dimensione fattuale, si può supporre il matrimonio romano non facilmente distinguibile dal concubinato, mentre in realtà il diritto romano lo voleva distinto. Pur inteso come fatto, esso non rimane perciò un fatto meramente privato, e infatti il criterio discrezionale più importante tra matrimonio e concubinato è colto in rapporto col contesto sociale e sulla base di un parametro etico. Bisognava cioè prendere in considerazione il riguardo che il marito avesse dimostrato e dimostrasse per la moglie, nell'ammissione di lei alla sua mensa, nella presentazione ai familiari, nelle vesti che distinguono le donne appartenenti alla classe sociale del marito. È il criterio dell'*honor matrimonii*: l'effettiva sussistenza di quelle reciproche relazioni morali e sociali che distinguono l'*uxor* dalla concubina; come dice Ulpiano: *nisi dignitate nihil interest*. All'interno del fatto costituito dalla convivenza, pertanto, la vita comune non è intesa in senso meramente materiale, ma in un significato etico e sociale.

Consenso matrimoniale e diritto canonico.

La lotta per la personalità del consenso e i suoi corollari

La concezione cristiana, gradualmente penetrata nelle costituzioni imperiali a partire dal IV secolo, ha riplasmato l'istituto classico ricostruendo la fattispecie del coniugio in termini di dover-essere. Il matrimonio non viene fondato su un consenso continuativo manifestato per fatti concludenti, ma sulla promessa formale, scambiata dagli sposi e benedetta da un sacerdote, di prendersi *hic et nunc* in marito e moglie per tutta la vita. Il principio *consensus facit nuptias*, che i giureconsulti romani dicono essere alla base del modello classico, muta perciò radicalmente significato: tutto il valore del consenso si concentra nel momento iniziale, di guisa che il vincolo matrimoniale permane indipendentemente dall' *affectio maritalis* intesa come consenso continuato. Del resto, se il consenso benedetto da Dio rende gli sposi *caro una* non c'è bisogno di una ripetizione quotidiana di esso.

Il diritto canonico insiste sulla personalità del consenso, sulla necessità e sufficienza del consenso degli sposi e sulla sua insostituibilità (*consensus nulla humana potestate suppleri potest*).

La lotta per affermare e mantenere questo principio è una costante della storia della Chiesa segnata da una altrettanto costante resistenza dei diritti nazionali a far valere elementi esterni quali soprattutto il consenso dei genitori e/o quello di un'autorità.

Questo contributo della Chiesa non sembra di poco conto se si riflette che tale principio è strettamente in relazione con quello della pari dignità degli sposi e del carattere interpersonale delle relazioni familiari. Se il consenso è fondativo chi lo esprime dev'essere colto come soggetto e persona. Inoltre, poiché il *bonum proles* assume un ruolo primario, i figli sono sottratti giocoforza all'arbitrio di un *pater familias* che esercita su di loro il *ius vitae ac necis*, che sceglie di «innalzare» (il cosiddetto gesto di Ettore) oppure di «gettare» il neonato.

Già nella *lettera a Diogneto* – citata durante questo convegno –, nella quale l'autore fa emergere la sostanza della «differenza cristiana» a prescindere dalla veste formale dei rapporti, si legge che «i cristiani si sposano come tutti e generano figli, ma non gettano i neonati». Il *pater familias* cristiano non esercita pertanto il *ius vitae ac necis* che spetta a ogni *pater familias*, quasi si trattasse di una cosa in sua proprietà, né, si può aggiungere, si riprende la figlia già sposata spezzandone il matrimonio come pure nel diritto romano era consentito. Ancora nell'età di Antonino Pio – scrive Arangio

Ruiz – non si vedeva ostacolo a che il suocero intentasse contro il genero gli interdetti *de liberis exhibendis e ducendis*, salva la facoltà riconosciuta in casi gravi al pretore di denegare l'interdetto di sua propria autorità, *ne bene concordantia matrimonia iure patriae potestatis turbentur*.

Il cristianesimo, in altre parole, restituisce il matrimonio agli sposi difendendoli dalle intromissioni dei genitori e in generale del potere politico e però, dall'altra parte, restituisce ai figli la dignità di persone.

Si pensi del resto alla differenza col matrimonio germanico che avveniva in due tappe: la prima la *Verlobung (desponsatio de futuro)*, un contratto stipulato dalle famiglie degli sposi nel quale il potere sulla donna (mundio) era trasferito dal padre al futuro marito, che in cambio pagava una dote al padre della sposa. Il secondo momento era la *Trauung (traditio puellae)* trasformata nell'evoluzione più recente in una simbolica *traditio* reciproca (mediante un parlare insieme) degli sposi.

Ma quella del cristianesimo non è certo una lotta consumatasi soltanto contro le culture antiche. Essa percorre la storia del diritto di famiglia fino ai giorni nostri, rendendo ragione in fondo allo storico Delumeau il quale si interroga e dubita riguardo alla effettività della cristianizzazione dell'Europa.

Si ricordi in proposito la *vexata quaestio* dei matrimoni clandestini, che occupò intensamente il concilio di Trento sotto la pressione degli stati nazionali i quali miravano a recuperare il requisito dell'autorizzazione da parte dei genitori.

In un momento storico drammatico, la Chiesa tenne botta, e pur con un documento che ai posteri può suscitare facili ironie – il *Decretum de reformatione matrimonii*, il celebre *Tametsi* – il Concilio rifiutò di qualificare invalidi i matrimoni clandestini se contratti col consenso libero degli sposi.

Né il consenso dei genitori né la benedizione sacerdotale assumono il valore di requisito per la validità del matrimonio. Il Concilio introduce semmai il requisito della celebrazione solenne che sicuramente contraddice la clandestinità, ma non il principio della sufficienza del consenso. Lasciando da parte le letture politiche, che della formalizzazione del consenso sono state proposte, essa per il giurista non costituisce certo uno scandalo, quanto piuttosto uno strumento di certezza e insieme di ponderazione previsto tipicamente per ogni manifestazione di volontà cui seguono effetti di notevole rilievo. Si consideri del resto che una formalizzazione del consenso in precedenza era ricercata, nella pratica, mediante un atto notarile col quale veniva redatto il *matrimonialis contractus* in cui spesso assumevano grande ri-

lievo le clausole sulla dote a connotare lo scambio del consenso di una venatura patrimonialistica non immune da interferenze delle famiglie di origine.

In ogni caso il Concilio scontentò gli Stati nazionali: si pensi alla delusione del Parlamento francese dopo la pubblicazione della deliberazione del Concilio e al fatto che in Inghilterra essa non venne nemmeno pubblicata.

L'ingerenza dei genitori sopravviverà in un certo modo fino ad epoca molto recente con le regole delle legislazioni statuali che prevedono la necessità del consenso dei genitori. Questa concorrenza di regole canonistiche con le regole statuali mette in evidenza un profilo di notevole interesse non sempre adeguatamente sottolineato. Il contrasto portato dagli stati al matrimonio canonico viene condotto sfruttando la settorialità del diritto matrimoniale di matrice canonica rispetto al sistema generale del diritto di famiglia. Finché infatti la invalidità del matrimonio rimane monopolio del diritto canonico, la mancanza dell'autorizzazione genitoriale ovviamente non è sanzionata con una invalidità, ma operando sul piano del diritto successorio, cioè mediante la diseredazione. In Francia, ad esempio, un'ordinanza di Enrico II, nel 1556, rende il consenso obbligatorio pena la diseredazione per i figli maschi fino ai 30 anni e per le femmine fino ai 25.

Solo successivamente, quando ormai sarà avvenuta la riconquista del matrimonio da parte del diritto statale, tale requisito sarà munito di una sanzione diretta sul piano della validità del matrimonio. Così il *code civil* del 1804, il codice della rivoluzione francese, continua a richiedere il consenso dei genitori fino ai venticinque anni degli sposi e un rispettoso parere con atti formali anche dopo. E il diritto austriaco prevedeva, per talune province dell'impero e fino al primo Novecento, il «consenso politico» da parte delle autorità comunali.

Ma se con la statualizzazione del diritto matrimoniale si rende più netta la distinzione fra diritto dello Stato e diritto canonico, in quanto il diritto statale diviene autosufficiente anche nel settore del diritto di famiglia, sembra opportuno sottolineare che anche in precedenza il tentativo della Chiesa di presidiare il consenso matrimoniale non andava esente da una certa *contaminatio* che si determinava per effetto del concorso fra disciplina canonica del matrimonio e discipline statuali dei profili di diritto di famiglia ulteriori rispetto al matrimonio.

Ad esempio, la Chiesa predica la libertà e la personalità del consenso matrimoniale, ponendo un principio di pari dignità degli sposi, ma che ne è di questa pari dignità degli sposi se una volta prestato consenso lo Stato prevede un potere del marito sulla moglie e sugli altri componenti della fami-

glia? Certo il cristiano, come ai tempi della *a Diogneto*, può vivere rispettando la pari dignità anche in presenza di leggi che prevedono il contrario; e infatti già san Paolo, pur esortando le mogli a sottomettersi ai mariti (ma dopo averli detti soggetti gli uni agli altri), chiedeva a questi ultimi di amare le mogli come se stessi: e l'amore è in contraddizione con la vera e propria subordinazione! Ma altrettanto certamente il concorso tra disciplina canonica del consenso matrimoniale e in generale del matrimonio, da una parte, e disciplina statutale della famiglia, dall'altra, può facilmente sortire il risultato di indebolire l'effettività delle regole e dei principi del matrimonio canonico. In Italia la questione si è resa manifesta all'opinione pubblica con l'introduzione del divorzio, ma forse si sarebbe dovuta porre ben prima. Se infatti per la Chiesa il matrimonio è retto dal principio del consenso degli sposi e quindi basato sulla pari dignità del marito e della moglie, è accettabile una disciplina della famiglia nella quale il marito acquista potere sulla moglie oppure nella quale l'adulterio della moglie è considerato diversamente da quello del marito? Si tratta di una contraddizione che peraltro fu incorporata nello stesso codice napoleonico, nel quale il consenso al matrimonio della sposa la consegnava in uno stato di soggezione giuridica nei confronti del marito. Una contraddizione che, del resto, si è riprodotta nel diritto italiano fino al tempo della riforma del diritto di famiglia.

In ogni caso è facile supporre che almeno nel passato la *contaminatio* tra regole canonistiche e regole statuali di impronta patriarcale abbia reso meno evidente la differenza tra le due impostazioni facendo confondere, ad esempio, la famiglia borghese coll'idea cristiana di famiglia che il principio del consenso avrebbe suggerito. E ai giorni nostri non possiamo sapere – perché dei se e dei ma sono piene le fosse e comunque è facile stando in poltrona giudicare il passato – quanto avrebbe giovato alla difesa della famiglia, in cui oggi la Chiesa è impegnata, la netta distinzione tra la sua concezione cristiana, basata sulla pari dignità delle persone, e quella tradizionale o più funzionale ai detentori del potere politico.

La statualizzazione del matrimonio e le due tendenze moderne della pubblicizzazione e della privatizzazione. La pubblicizzazione neohegeliana

La statualizzazione del diritto matrimoniale che si compie nel diritto moderno conosce due diverse forme di contrasto rispetto al consenso matri-

moniale di matrice canonistica. Si tratta della pubblicizzazione del matrimonio, da un lato, e della privatizzazione di esso dall'altro.

Della prima il diritto italiano ha fatto esperienza nel periodo tra il codice del 1865 e il codice del 1942. La nostra cultura giuridica di quel periodo fece sua un'idea di atto matrimoniale estranea alla tradizione consensualista di matrice cattolica, e si avvicinò a un concetto di matrimonio come istituzione pubblicisticamente (statalisticamente) intesa. Già il codice Pisanelli del 1865 era stato introdotto con una relazione di accompagnamento nella quale si sottolineava che «il matrimonio più che un contratto (inteso qui come accordo, non come contratto in senso proprio) è un'altra istituzione sociale che cade sotto le prescrizioni dello Stato». Ma sarà poi un giurista celebre, Cicu, dalla cattedra bolognese a dare veste sistematica a questa idea pubblicistica di matrimonio. Egli arrivò a sostenere che il matrimonio non è atto di autonomia, ma atto del potere statale che si compie con la pronuncia dell'ufficiale dello stato civile, mentre «il consenso degli sposi non è che condizione per la pronuncia: questa e solo questa è costitutiva del matrimonio». La tesi del Cicu, peraltro, lascia riconoscere il suo collegamento con un filone di pensiero tedesco che pure richiedeva il consenso dell'autorità. La Chiesa riformata, infatti, negata la natura sacramentale del matrimonio, attribuiva funzione costitutiva del rapporto all'atto del potere ecclesiastico con cui il ministro del culto, raccolto il consenso degli sposi, li dichiara marito e moglie. È sostanzialmente questa concezione che filtrò in Italia attraverso gli ambienti di cultura neohegeliana già nel secondo Ottocento per poi essere ripresa da giuristi autorevoli come lo stesso Cicu nel primo Novecento.

In ogni caso, tale concezione implica una mortificazione del principio del consenso rispetto al matrimonio canonico con corrispondente forte limitazione dei vizi rilevanti: l'errore è limitato all'errore sull'identità e la simulazione non viene nemmeno ricompresa. Inoltre si diffonde un'idea di famiglia istituzione gerarchicamente intesa e funzionalizzata a scopi politici. Si pensi alla formula originaria dell'art. 147, co. 2, c.c. che faceva dei genitori dei precettori della morale fascista (obbligo di istruire ed educare la prole secondo il sentimento nazionale fascista). Tale concezione purtroppo condiziona ancora oggi il dibattito sul tema, impedendo di riconoscere alla famiglia il carattere istituzionale secondo criteri aggiornati e su base solidaristica.

La privatizzazione. Matrimonio tra istituzione e contratto. L'ombra del diritto alla felicità individuale sul matrimonio e la marginalizzazione del *bonum prolis*

A parte la stagione neohegeliana, nel diritto moderno la riconquista del monopolio statale sul matrimonio procede sul binario di una ricostituzione del consenso matrimoniale in senso contrattualistico.

Certo, anche la canonistica utilizza spesso (e impropriamente) il termine contratto, ma, come Jemolo ebbe a precisare, il termine è inteso nel significato di accordo, a sottolineare cioè il principio del consenso (secondo l'originaria diade *contractus – usus*). Le spinte moderne del matrimonio verso il contratto hanno invece una portata diversa che si coglie in chiave anti-istituzionale, secondo la tendenza alla privatizzazione del matrimonio che in Europa durante la seconda metà del Novecento è stata il connotato comune pur nella varietà degli interventi legislativi: una privatizzazione, come precisa Mengoni, da intendere non nel senso giuridico di un ritrarsi dal diritto pubblico, il diritto di famiglia essendo sempre stato parte del diritto privato, ma nel senso sociologico di una disarticolazione nel privato.

L'oggetto del consenso matrimoniale, in altri termini, perde sempre più definizione correlativamente al venir meno della esemplarità normativa e della sensibilità sociale ai valori e con esse di un modello generale e univoco. Nella concezione contrattualistica anche il dovere di *Lebensgemeinschaft*, che in ordinamenti come quello germanico opera come una clausola generale, ossia come rinvio a valori metapositivi, perde il riferimento a un sistema di valori matrimoniali socialmente riconoscibili, e ciò soprattutto nell'epoca del cosiddetto pluralismo etico.

Al potere dello Stato totalitario che assorbiva il matrimonio e la famiglia nello Stato stesso, cioè pubblicizzandolo e così mortificandone quella dimensione di libertà che la costituzione italiana esprime colla formula «società naturale», sembra subentrare un fattore diverso; quest'ultimo tuttavia opera parimenti in contrasto con la formazione delle intimità e solidarietà domestiche indebolendone la capacità di durata, oltre che la percezione di esse come valore. È una tendenza coerente con le caratteristiche dell'economia contemporanea refrattaria ai rapporti di lunga durata (*le lunghe fedeltà*) sostituiti sempre più con la figura dello *Spot-Contract*. Si pensi ai rapporti di lavoro che nel Novecento sono stati sottratti alla regola generale del recesso unilaterale propria dei contratti dando vita a una disciplina autonoma, il diritto del lavoro, mentre oggi si assiste a un'erosione crescente

di questa specialità tanto che negli Stati Uniti il diritto del lavoro tende a scomparire per rifluire nelle discipline dell'organizzazione aziendale.

Riguardo al matrimonio, questa linea evolutiva, nel senso della precarizzazione, è particolarmente evidente nelle legislazioni nord-europee che hanno introdotto il divorzio unilaterale *ad nutum*, quasi una riproposizione dell'antico istituto del ripudio. Ma anche in Italia, se si considera l'applicazione pratica, il divorzio – che nasce come rimedio eccezionale per il caso di fallimento irreparabile – è ormai divenuto normale ogni volta che i coniugi avvertono il fallimento del loro matrimonio. È sintomatico, infatti – come nota Mengoni – che nella prassi giudiziale la nozione di *consortium omnis vitae* sia un termine di riferimento, più che per la determinazione degli obblighi inerenti al matrimonio *in facto*, per l'accertamento della condizione di fondo della domanda di divorzio. È un fenomeno paradossale: un'idea impegnativa di vita matrimoniale, il *consortium omnis vitae*, anziché rappresentare punto di riferimento in termini di dover essere, si converte in uno strumento di ulteriore indebolimento del vincolo matrimoniale, assumendo rilievo come criterio di confronto proprio nel momento della crisi coniugale. Ma in realtà, più che alla commisurazione giudiziale, tale questione nella pratica finisce per essere rimessa al giudizio soggettivo delle parti, onde l'insostenibilità della convivenza risulta dipendere in ultima analisi dagli stessi coniugi.

Ritorno del matrimonio romano senza *honor matrimonii*? L'oggetto sfuggente del consenso matrimoniale nella tendenza alla privatizzazione

Si potrebbe supporre che ai giorni nostri, *novo millennio ineunte*, rivive in pratica, sotto mentite spoglie, il modello del matrimonio romano. Ma forse la storia non ha fatto una capriola all'indietro così formidabile, o almeno non completamente.

La soggettivizzazione della intollerabilità della convivenza matrimoniale, più ancora che come mero ripristino del matrimonio fatto, può essere vista come un capitolo della privatizzazione del matrimonio. Mentre infatti il diritto romano coglie pur sempre la dignità del matrimonio ricercando nel fatto i tratti tipici dell'*honor matrimonii*, la modernità, riducendo il matrimonio a un affare privato e come tale neutro sul piano dell'etica sociale, ne offusca la dignità e rende ambigua la parola stessa che lo designa. E poiché «la parola è un'incarnazione umana del senso», il consenso matrimoniale

vede sbiadire il suo oggetto che si squalifica facendo degradare il matrimonio a un atto privato di disposizione con cui ciascuno, nella sua solitudine disperata, persegue la propria felicità col mezzo dell'altro.

Finché il matrimonio conserva la sua essenza, il consenso di ciascuno degli sposi si riferisce a un oggetto afferrabile e dicibile; e ognuno sa non solo in vista di quale progetto dovrà profondere le proprie energie, ma anche che il dono di sé è per l'unione delle due persone in comunione per la vita; quando invece tale essenza si fa sfuggente e si relativizza in funzione dei mutevoli stati d'animo e aspirazioni dei partner, il consenso come atto fondativo si snatura. A quale idea di matrimonio ciascuno degli sposi acconsente se questa idea può non esser comune nemmeno agli sposi stessi e in ogni caso cambiare a ogni soffio di vento? E quale rapporto si può prefigurare in sostituzione della comunione che non sia irriducibilmente asimmetrico, in cui l'uno non si scopra prima o poi solo il mezzo della (ricerca di) felicità individuale dell'altro?

Il matrimonio allora tende inesorabilmente a farsi contratto, se non altro per determinare i debiti reciproci e i termini dello scambio delle prestazioni. Ed è proprio quando il matrimonio da istituto giuridico dell'unione fra uomo e donna, in grado di costituire degli *status* in funzione dell'*honor matrimonii*, diviene contratto di scambio per la soddisfazione reciproca di interessi individuali che la modernità esibisce il suo problema.

La confusione tra l'economico e ciò che non ha prezzo, tra disponibile e indisponibile, tra essere e avere, tra matrimonio e felicità individuale si proietta dall'illuminismo nel presente.

Dallo *status* al contratto è del resto, come è noto, la cifra giuridica del passaggio dall'*ancien regime* all'ordinamento successivo alla rivoluzione francese. Né sembra casuale il parallelo tra proprietà e matrimonio che si legge nella proposta politica rivoluzionaria. Così come la proprietà viene offerta quale situazione giuridica di appartenenza esclusiva accessibile mediante contratto a tutti in discontinuità col monopolio del sistema feudale, così si afferma di voler sottrarre il matrimonio al monopolio della Chiesa e rimetterlo alla libertà individuale sotto forma di contratto. Addirittura in un primo progetto del codice francese si era proposto di disciplinare il contratto matrimoniale come un contratto a termine conformemente del resto al principio generale della non perpetuità dei vincoli contrattuali che implica il potere di recesso unilaterale dai contratti a tempo indeterminato.

Certo il codice napoleonico del 1804 non si lascia penetrare a fondo dalle idee rivoluzionarie. Portalis e gli altri suoi redattori sono ancora molto

legati alla tradizione. Tuttavia nel codice e nelle legislazioni dell'Europa borghese c'è quanto basta perché il processo di privatizzazione del matrimonio prenda avvio all'insegna del mito del diritto alla felicità intesa in senso individualistico.

Tratto distintivo di tale processo è non solo la dissolubilità del matrimonio, all'insegna di un'idea di libertà individuale cui sarebbe contraddittoria la perpetuità del vincolo, ma altresì l'attribuzione di valore primario alla coppia nei confronti dei figli come si può desumere anche dal fatto che vengono espunti, nella definizione del matrimonio, il riferimento al *ius in corpus* e alla *causa procreationis*. Questo avviene non soltanto per la caratteristica *pruderie* dell'epoca, che peraltro spiegherebbe solo il mancato riferimento al *ius in corpus*, ma soprattutto per un diverso modo di concepire la sessualità e la procreazione in funzione del mito della felicità individuale di cui la coppia diviene strumento.

D'altra parte, se il matrimonio rifiuta i caratteri dell'istituzione per assumere quelli del contratto tenderà per forza a privilegiare gli interessi delle parti contraenti, cioè di chi lo stipula, e a mettere in ombra quelli dei minori. In questa prospettiva della privatizzazione, più difficile è del resto concepire una disciplina eteronoma dell'unione matrimoniale che la valorizzi come struttura idonea per la crescita della prole. E sempre in questa prospettiva non è casuale, ma coerente, la tendenza a separare la responsabilità genitoriale dalla coniugalità, tendenza di cui sono chiara espressione i progetti di riforma del codice civile miranti a modificare la collocazione attuale, fra i doveri coniugali (cfr. art. 147 c.c.), dei doveri verso la prole per trasferirli nell'ambito della disciplina della filiazione e quindi a prescindere dalla coniugalità.

In ogni caso, se si sottrae al matrimonio la solidarietà nel *matris munus*, nel dono e dovere reciproco di cura della prole, e perciò non si prospetta più l'unione come vincolata ad accogliere i figli anche in termini di un dovere di (cercare di) rimanere uniti per svolgere coerentemente la responsabilità bi-genitoriale, tale riduzione si riflette anche sul consenso matrimoniale. Se poi si aggiunge che oggi, con le biotecnologie, la genitorialità diventa sempre più frequentemente il frutto di un atto di volontà, più che un mero fatto biologico, questo aspetto non può che aumentare di rilievo.

La contrattualizzazione del matrimonio tende insomma a subordinare gli interessi dei minori riproponendo in chiave moderna una antica tendenza del diritto matrimoniale non cristiano. In passato il consenso matrimoniale era segnato dall'intrusione della potestà genitoriale e dalle sue pretese di

continuità nella nuova famiglia dei figli. Oggi invece la contrattualizzazione del consenso matrimoniale sgancia la manifestazione di volontà dal riferimento a un modello di convivenza che assume come centrale la cura della prole e determina la sua durata anche in rapporto a tali esigenze: i coniugi si possono separare «per rifarsi una vita» anche a scapito di quella dei minori il cui consenso non ha fondato il contratto matrimoniale. Oggi come allora chi non è *sui iuris* riceve tutela non alla stregua di un diritto ma di un favore.

Matrimonio indicibile e inesorabilità della contrattualizzazione o nuovo consenso alla dignità del matrimonio?

La domanda sul consenso matrimoniale, in conclusione, si risolve nella domanda su cosa sia il matrimonio. L'una rimanda all'altra. Il matrimonio canonico ha elaborato un principio di *scientia minima* che vale già a definire l'esistenza o meno dello stesso consenso. Gli sposi, se desiderano sposarsi sul serio e non per prova, se cioè hanno riguardo all'*honor matrimonii* e rifuggono dall'ideologia dell'indifferenziato, debbono dare il consenso a qualcosa di definito.

I diritti nazionali tendono invece a rinunciare anche a questa *scientia minima*. Nel loro ambiguo oscillare tra matrimonio-contratto e matrimonio-istituzione, essi accumulano tante incertezze che accompagnano in tutti i paesi europei la disciplina dei matrimoni e delle altre convivenze.

Nel diritto italiano l'incertezza sulla natura del matrimonio affiora già nella riforma del 1975 che pure contempla gli artt. 143, 144 e 147 sopra richiamati. È significativo al riguardo il mancato accoglimento, fra gli altri vizi del consenso matrimoniale, dell'*error iuris*, ossia l'errore sulla natura del matrimonio, che invece è rilevante nella disciplina canonistica del consenso matrimoniale; ed è illuminante la giustificazione che si legge nella relazione al Senato che accompagnava il disegno di legge della riforma. In essa infatti si afferma che la mancata previsione di tale vizio si spiega per la difficoltà di una preventiva individuazione di un «opinabile effetto tipico essenziale del matrimonio», cioè, come dice Giacchi in parole più semplici e chiare, per la difficoltà di accertare l'identità del matrimonio come istituto giuridico.

Questo profilo di indeterminazione si rende ulteriormente problematico se si ha riguardo a un altro elemento che si ricava ancora dalla disciplina dei vizi del consenso. Il tema è quello della rilevanza dell'*impotentia coeundi*.

Nel diritto della Chiesa il matrimonio è nullo per *impotentia coeundi* in quanto senza la capacità di compiere l'atto coniugale naturale non si determina quel *consortium omnis vitae* e quella fusione concreta dell'*una caro* che diversificano il matrimonio da qualsiasi altra società umana. Nel diritto civile invece l'*impotentia coeundi* è vizio del consenso unicamente quando era non conosciuta dall'altro coniuge e può essere fatta valere entro il termine di prescrizione che può essere di un solo anno in caso di coabitazione. Perciò l'*impotentia coeundi* finisce per non essere requisito essenziale della validità del matrimonio, riflettendosi quindi in un ulteriore fattore di indeterminazione dell'oggetto del consenso. Certo, dal punto di vista pratico la legge ammette tra le cause del divorzio la mancata consumazione, ma a parte il fatto che il divorzio potrebbe non essere chiesto, la validità del matrimonio rimane non intaccata essenzialmente dalla mera *impotentia coeundi*¹.

La sessualità risulta pertanto una variabile dipendente dal modo soggettivo di intendere il matrimonio, il quale può darsi indifferentemente con o senza sessualità, salvo poi pentirsi e chiedere il divorzio. È un assaggio di privatizzazione, e non c'è da stupirsi! La questione però è, se tale privatizzazione viene spinta fino in fondo, a quale progetto di vita può dare il suo consenso uno sposo se il concetto di matrimonio è la mera variabile dell'opinione mutevole di coloro che lo contraggono. Il consenso per questa via si fa inesorabilmente volontà contrattuale, il cui oggetto dovrà almeno essere determinato nei termini di uno scambio di «prestazioni», come si rende chiaro al momento di ogni separazione quando ognuno chiede il conto all'altro; ma con ciò – si deve avvertire – accresce, piuttosto che diminuire, il compito del diritto, al quale le persone fanno ancora oggi riferimento in Europa, nonostante tutto, pur nelle diverse forme di disciplina delle convivenze. Perché anche quando l'unione viene privatizzata, cioè contrattualizzata, a un certo punto le parti del contratto devono pur risolvere i problemi che sempre si accompagnano ai contratti: di stabilire chi ha dato troppo e chi non ha ricevuto abbastanza e quanto risarcimento del danno si debba pagare.

¹ A proposito dei vizi del consenso in generale, va segnalata la maggiore ricchezza del diritto canonico rispetto ai diritti statuali: un'ulteriore riprova del valore che alla libertà del consenso è riconosciuto dal cristianesimo. Certo, si suole osservare che i diritti degli Stati europei prevedono un facile divorzio e che ciò sul piano pratico surroga la minor rilevanza dei vizi del consenso: ma, a parte le distinzioni più specificamente giuridiche tra vizio del consenso e divorzio, non è un segno di impoverimento culturale quello di una società che mette sullo stesso piano il non essere mai stati sposati con lo svincolarsi da un matrimonio valido?

Questo significa che anche la privatizzazione ha i suoi limiti, e che chi per dare forma alla sua unione si rivolge agli istituti giuridici, siano il contratto oppure il matrimonio, intuisce almeno la necessità di una dimensione terza. Intuisce che il rapporto tra due persone non è la semplice somma di due solitudini, ma rimanda a una solidarietà sociale ineliminabile sebbene ridotta alla forma del diritto. Ma allora anche la parola matrimonio deve pur continuare a potersi pronunciare, se non si vuole che diventi un tabù rimesso a una specie di conoscenza esoterica dei giudici. Il ricorrere al diritto, insomma, indica il bisogno di una rinnovata sensibilità sociale ai valori e dell'esemplarità di comportamenti reali con i quali la buona norma si riconcilia con la normalità fisiologica.

I cenni che nelle pagine precedenti si sono fatti al passato suggeriscono che in ogni epoca l'idea cristiana di matrimonio ha dovuto fare i conti con le vischiosità della tradizione oppure con la resistenza del potere politico o con altri impedimenti. E tuttavia c'è una dignità del matrimonio, che come uno «strato mitico roccioso» (Horkheimer e Adorno), è rimasta nel volgere delle epoche.

Forse il compito della Chiesa, soprattutto come comunità di fedeli – nel suo esistere con il popolo (Maritain) o, come dice Romano Guardini, nel suo rinviare sempre ad altro rispetto all'«attuale» – è quello di riproporre alla più vasta comunità degli uomini un concetto «alto» di matrimonio.

È significativo in tal senso che dopo tanti secoli in cui la definizione del matrimonio nel diritto canonico è rimasta riduttivamente legata allo scambio perpetuo del *ius in corpus* e al *bonum prolis*, ponendo in secondo piano il bene della comunione di vita, il can. 1055 del nuovo Codice riconduce il consenso matrimoniale al concetto di *foedus* evocando l'idea di un'alleanza in cui gli sposi mettono in comunione non singoli fatti, ma *omnem vitam*.

D'altra parte, anche se una simile proposta può sembrare ignorata da molti o troppo «alta» per taluni stili di vita del nostro tempo - che addirittura non sembra nemmeno saper dare una risposta univoca alla domanda sull'oggetto del consenso matrimoniale -, bisogna pur decidersi al bivio: fra contrattualizzare disperatamente anche il consenso del matrimonio canonico oppure mantenere la speranza nella rinascita della capacità di comprendere la dignità del matrimonio e quindi anche in un nuovo consenso sociale. ■

Matrimonio e società

MICHELE NICOLETTI

Da sempre il matrimonio è una questione politicamente rilevante perché tocca uno dei fondamenti delle società umane. Così enunciata è una tesi ovvia, quasi banale, ma che pare essenziale ricordare a chi, di fronte al dibattito politico, anche violento, suscitato dalla proposta di regolamentazione dei diritti dei conviventi, si stupisce di tutta questa animosità suscitata da un tema che sembrerebbe riguardare solo la regolamentazione di relazioni private. Invece, ovviamente, poiché il tema della convivenza tocca direttamente o indirettamente il tema del matrimonio, la questione suscita accese discussioni.

Ordine politico e ordine familiare

Fin dalle origini il tema del matrimonio (e della famiglia) e del suo rapporto con la città, con la società e con la politica è un tema centrale che divide le grandi interpretazioni di cui noi disponiamo all'interno della teoria politica. I due grandi modelli con cui nasce la filosofia politica (Platone e Aristotele) sono due diverse interpretazioni del rapporto tra famiglia e città. Le voglio qui brevemente ricordare perché – a mio modo di vedere – queste due interpretazioni rappresentano in un certo senso delle costanti e in parte anche la discussione di oggi ha a che vedere con questi due modelli esemplari.

Il modello di Platone è uno dei primi ad affermare un elemento molto importante: quello dell'uguaglianza tra uomo e donna e della comunanza delle donne e dei beni. Platone è preoccupato di costruire la città come un qualcosa di unitario e ritiene necessario che per questa costruzione anche la famiglia debba in qualche modo essere costruita coerentemente. Platone scorge perfettamente due rischi potenziali all'interno della dinamica familiare. Il primo di questi è la presenza di una disuguaglianza, quella tra uomo e