



diritto & religioni

Semestrale
Anno X - n. 2-2015
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

20



LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno X - n. 2-2015
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero, A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli (†), R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci
A. Bettetini, G. Lo Castro
M. d'Arienzo, V. Fronzoni,
A. Vincenzo
M. Jasonni, L. Musselli (†)
G.J. Kaczyński, M. Pascali
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile

Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefani
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali
S. Testa Bappenheim
V. Maiello
A. Guarino

Parte III

SETTORI

Lettere, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Chiara Ghedini - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura.

Filiazione e genitorialità. La prospettiva canonistica alla prova delle riforme civilistiche e della scienza medica

DOMENICO BILOTTI

1. *Le connessioni tra la filiazione e il matrimonio. L'opportunità di rileggere in modo più articolato i rapporti (e le differenze) tra la legislazione civile e il diritto canonico*

I lineamenti per una comparazione tra la nozione di filiazione nel sistema civile e in quello canonico non sono né esigui, né occasionali. Ciò è la conseguenza di almeno due ragioni che sono state adeguatamente individuate dalla dottrina e, sostanzialmente sino ad oggi, comprovate dalla stessa legislazione. In primo luogo, le affinità tra le due diverse accezioni di filiazione discendono dalle convergenze riscontrabili nella regolamentazione del matrimonio. Gli ordinamenti civili muovono, sempre più spesso, verso un riconoscimento di forme di unione familiare distinte da quelle originatesi a seguito e per effetto del matrimonio¹. Esso ha tradizionalmente rappresentato, però, la sedes più opportuna, sul piano etico oltre che su quello giuridico, per la procreazione della prole e per la corretta individuazione dei rapporti intercorrenti tra i genitori e i figli. In questo caso, la motivazione appare maggiormente visibile: se i genitori sono tra loro coniugi, la prole non può che nascere nel contesto del matrimonio rapporto. Nello svolgimento, cioè, di un'unione matrimoniale rettammente instaurata².

È stato variamente osservato che una ricostruzione del genere, soprattutto

¹ Pur ammettendosi come non sempre si tratti di un *riconoscimento* riuscito, che, anzi, talvolta, ha favorito la disorganicità delle disposizioni civilistiche, v. LUCILLA CONTE, *Le unioni non matrimoniali*, in <http://www.gruppodipisa.it>.

² Un'impostazione che ha lungamente contraddistinto entrambi i regimi matrimoniali (quello civile e quello canonico) e che è ancora centrale nella prospettiva del matrimonio ecclesiale. In proposito, cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Il matrimonio tra diritto e legge. Sondaggi nella storia*, in Myriam Tinti, a cura di, *Famiglia e diritto nella Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2014, pp. 42-43.

to negli ultimi decenni³, si presenterebbe sin troppo restrittiva e, per altro verso, incapace di prestarsi ad un'adeguata rilettura delle nuove dinamiche dell'unione familiare e della procreazione. Queste ultime, ben più spesso che in passato, possono realizzarsi anche al di fuori di un rapporto tra i genitori qualificato dal vincolo matrimoniale e, persino, contro di esso. Ad esempio, in situazioni nelle quali, uno dei genitori sia coniugato con un soggetto diverso dal padre o dalla madre dei figli naturali. Ciò ha messo in crisi o, almeno, ha sottoposto ad una profonda revisione critica, il criterio tradizionale della corrispondenza tra la verità biologica e quella giuridicamente riconosciuta, nell'individuazione degli statuti della filiazione⁴. Conseguentemente, facendo venir meno un profilo di comparazione tra la filiazione come intesa dal diritto canonico e quella civilistica. Il comune rilievo del favor legitimitatis, a propria volta corrispondente alle intrinseche affinità strutturali tra il matrimonio canonico e quello civile, sembra essersi di molto affievolito⁵. Nella legislazione civile, ciò è avvenuto in forza della pressoché compiuta parificazione avutasi tra le diverse tipologie della filiazione, che hanno condotto ad una sostanziale unitarietà dello status di figlio⁶, fino all'entrata in vigore del decreto legislativo 28 Dicembre 2013, n. 154, sulle cui modifiche alla sistematica codicistica si tornerà nel seguito della trattazione. Non può dirsi che la legislazione canonica e la sua applicazione nell'ordinamento ecclesiale siano state del tutto insensibili a queste modificazioni, rilevanti sotto il profilo giuridico-civile, oltre che, più ampiamente, nel complesso sistema delle relazioni sociali. Nel sistema ecclesiale, il favor legitimitatis è stato concretamente declinato in almeno due modi distinti e tra loro, in qualche misura, complementari. Da un lato, ciò ha riproposto sul piano dei rapporti tra i genitori e i figli quel favor matrimonii che è ritenuto generalmente applicabile ai rapporti tra due soggetti divenuti coniugi. Questo criterio formalistico non appare facilmente isolabile dalla sua dimensione solidaristica, per cui il

³ Secondo una prospettiva di studio individuata già in PIETRO PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *Rassegna di diritto civile*, 1988, pp. 601 ss.

⁴ Coglie le opportunità e le ragioni di questa revisione GILDA FERRANDO, *Le prove biologiche nell'accertamento della filiazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 1, pp. 21-30.

⁵ Nel contesto di un più ampio processo giuridico-culturale, v. anche ALPHONSE BORRAS, *Intervento*, in Andrea Bozzolo, Maurizio Chiodi, Giampaolo Dianin, Pierangelo Sequeri, Myriam Tinti, *Famiglia e Chiesa. Un legame indissolubile*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2015, pp. 67-68.

⁶ V., in proposito, PAOLA LOVATI, REBECCA RIGON, *Competenza, procedimenti e ascolto del minore alla luce della riforma della filiazione*, in PAOLA LOVATI, REBECCA RIGON, *La coppia e la famiglia di fatto dopo la riforma della filiazione*, con i contributi di GRAZIA OFELIA CESARO, ANNA MARIA SCODITTI, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 135 ss. (più generalmente, nel medesimo volume, cfr. anche PAOLA LOVATI, REBECCA RIGON, ANNA MARIA SCODITTI, *Rapporti genitori-figli: la riforma della filiazione*, pp. 51 ss.).

favor legitimitatis significa (anche) la predisposizione di tutti quegli istituti giuridici che rendono più agevole il conseguimento dello status di “figlio legittimo”.

L'attuale dottrina canonistica, inoltre, è comprensibilmente ferma nell'enunciare i tratti fondamentali dell'istituto matrimoniale, individuandoli, di là dalle diverse scelte terminologiche concretamente osservabili, nell'indissolubilità, nella naturalità, nell'eterosessualità e nella procreatività – oltre che nella monogamia, intesa come unità, integrità ed esclusività del rapporto coniugale⁷. È importante (e nondimeno particolarmente difficile) provare a fornire, per ciascuno di questi elementi caratterizzanti, una definizione sufficientemente inclusiva da potere rappresentare uno strumento ermeneutico di una qualche utilità, nell'approccio alle diverse teorie. Con l'avvertenza che, almeno in questa fase, si preferirà non misurarsi sul tema dell'indissolubilità, dal momento che, almeno quanto ai suoi rapporti con i legami parentali, vi sarà modo di tornare più diffusamente nel seguito della trattazione.

Per naturalità dell'istituto matrimoniale, si intenderanno in questa sede tanto l'inquadramento del matrimonio nel novero del diritto naturale, quanto, nell'ambito più strettamente procreativo, il riconoscimento di quelle sole forme di unione tra i coniugi che prevedano la consumazione della sessualità coniugale attraverso un'accezione intrinsecamente biologica e antropologica (humano modo) della copula⁸. L'afferenza del matrimonio canonico al diritto naturale, pur a volte messa in dubbio (ma con argomenti che non sono risultati dirimenti⁹), implica l'indisponibilità ad istanza umana delle sue proprietà fondamentali. In base alle diverse ricostruzioni, questa forma di indisponibilità può essere interpretata secondo maggiore o minore gravità, ma essa rappresenta in ogni caso un nucleo del vincolo matrimoniale che è inevitabilmente sottratto alla sua alterazione, a pena di violare, appunto, norme generalmente ritenute di diritto divino. Quanto al secondo aspetto, ossia: l'avversione verso forme di consumazione dell'atto sessuale che prescindano da un rapporto fisico tra i coniugi volto alla procreazione, possono rilevarsi ulteriori profili. Esso, infatti, appare diretta conseguenza dei rapporti tra la

⁷ Caratteristica largamente affermatasi anche in impostazioni culturali dichiaratamente laicali, come ben poteva dimostrarsi in CLAUDIA MANCINA, *Differenze nell'eticità. Amore, famiglia, società civile in Hegel*, Guida, Napoli, pp. 186-187.

⁸ Questa accezione è sottoposta a critiche in MARIO TEDESCHI, *Sulla natura del matrimonio canonico. La copulatheoria*, in *Veritas non auctoritas facit legem. Scritti di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, Giuseppe Dalla Torre, Carlo Gullo, Geraldina Boni, a cura di, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2012, pp. 481 ss.

⁹ Ricostruisce questa vicenda teorica, non aderendo alle tesi contrarie, del resto minoritarie, GIACOMO BERTOLINI, *Intenzione coniugale e sacramentalità del matrimonio*, I, CEDAM, Padova, 2008, *passim*.

sessualità e la procreazione e dei valori che sono chiamati a governarli secondo il diritto della Chiesa. D'altra parte, però, è causa (o concausa) di una nozione sempre meno netta e stabile di impotentia. Una nozione sempre più mobile, appunto, perché, pur legata alla procreatività (come attitudine, almeno potenziale, alla procreazione: spes prolis), fattualmente e formalmente diversa dalla procreazione in senso stretto (che, a seguito del concepimento, possa compiersi nella generazione della prole)¹⁰.

Quanto alla necessaria eterosessualità del matrimonio canonico, si è soliti osservare come sia proprio questo uno degli elementi che stanno favorendo, negli ultimi decenni, una progressiva scissione tra il portato comune alla disciplina canonistica e a quella civilistica. Sembra, però, inavveduto limitarsi a questo rilievo di ordine essenzialmente estrinseco. Sul piano teologico-giuridico, infatti, l'eterosessualità non può essere più declinata, se mai era stato possibile, in quanto orientamento sessuale che, unico rispetto agli altri, può portare ad una procreazione humano modo concepita¹¹. Al contrario, soprattutto dopo il Concilio Vaticano II, essa sembra avere perso la propria componente definita con più di qualche ragione corporalista (unione feconda tra l'uomo e la donna, rilevante innanzitutto sotto il profilo dell'atto sessuale, in quanto reciproca datio del corpo)¹². E va, invece, intesa come dialettica e completamento tra il maschile e il femminile, riflessione sull'unicità della persona e armonizzazione – e non annullamento – delle differenze. Nella prospettiva che si intende seguire ciò non costituisce, in realtà, un'evoluzione del diritto matrimoniale canonico, ma più consapevolmente la fondata ipotesi di un autentico ritorno ai suoi profondi lineamenti originali¹³.

Non sembra casuale, secondo questo ragionamento, la fortuna che ancora caratterizza l'opera del giureconsulto romano Erennio Modestino. Quest'ultimo, infatti, pur svolgendo la propria attività ben prima della cd. cristianizzazione dell'Impero romano e pur chiaramente ascrivibile ad un'influenza culturale essenzialmente ellenistica, è tra le fonti più ricorrenti nel Digesto di

¹⁰ Dà conto di questa evoluzione, sino a ritenere l'*impotentia* destinata ad *eclissarsi* dal novero della legislazione e dell'applicazione giurisprudenziale, almeno nei suoi originari tratti distintivi, ALESSANDRO D'AVACK, *Il crepuscolo dell'impotenza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (<http://www.statoechiese.it>), Marzo 2010.

¹¹ In questi termini, v. LEONARDO BOFF, *Sexual Pleasure and the Catholic Church*, in <http://www.leonardoboff.com>, 15th October 2004.

¹² Un tipo di tradizione approfonditamente sottoposto a critiche in EDOARDO DIENI, *Tradizione "juscorporalista" e codificazione del matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1999.

¹³ Almeno sul piano programmatico, non era dissimile lo spirito della Lettera Enciclica di GIOVANNI PAOLO II, *Mulieris Dignitatem*, 15 Agosto 1988 (reperibile in <http://www.vatican.va>), nella misura in cui la valorizzazione del *genio femminile*, da parte del Magistero, veniva assunta non in *antitesi* rispetto alla precedente tradizione giuridico-ecclesiologica, ma in conformità al suo più *autentico* spirito.

Giustiniano¹⁴. Oltre che, ancor prima, uno dei pochi giuristi fatti salvi dalla legge delle citazioni per la risoluzione dello *ius controversum*¹⁵. La definizione di matrimonio proposta da Modestino, evidentemente, non è ancora quella propria del diritto canonico, anche perché su molti punti appare ellittica (ad esempio, proprio in materia di sessualità e procreazione). Il riferimento al diritto divino, però, contestualmente alla evidente sanzione di eterosessualità dell'unione matrimoniale, ne decretano la fortuna presso la canonistica di tutti i tempi: *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (Dig. 23. 2. 1. Modestinus 1 reg.).

Quanto al rilievo riconosciuto al carattere della procreatività dell'unione matrimoniale canonica, inoltre, si potrebbe ribadire quanto già osservato in ordine al progressivo distanziamento tra la prospettiva civilistica e quella ecclesiastica. Senonché, appare opportuno segnalare che la procreatività è strettamente connessa all'eterosessualità, ai sensi della disciplina canonistica. Un aspetto che, invece, sembra star divenendo meno rilevante nel diritto civile. Quando si registra la progressiva differenziazione tra il matrimonio canonico e il matrimonio quale istituto contrattuale di diritto privato (civile), infatti, si omettono due passaggi importanti, che qualificano in modo più chiaro la presunta discrasia. La prima cesura, infatti, ha riguardato in modo molto incisivo gli effetti giurisdizionali, ma con minore significatività le discipline sostanziali, relative, ad esempio, ai requisiti dell'atto. La concezione del matrimonio come quella di un istituto sottoposto ad una regolamentazione civilistica, originata dalla Riforma protestante¹⁶, non ha alterato la struttura del matrimonio, ma le modalità del sindacato su di esso nonché, a monte, l'individuazione dell'autorità deputata a regolamentarlo.

Quando si discute, oggi, delle differenze tra il matrimonio civile e il matrimonio canonico, al contrario, si enfatizza il diverso significato assunto, nei due sistemi, proprio dalla procreatività e dalla eterosessualità.

Per gli ordinamenti civili, l'una sarebbe ormai prettamente concepita in termini di tecniche riproduttive e sostanziale dominio del progresso tecnico-

¹⁴ L'osservazione, che pure, come si vedrà, parrebbe riguardare più da vicino il diritto civile, è sostanzialmente proponibile anche in riferimento al diritto penale *giustiniano*. Cfr. MARCO MEL-LUSO, *La schiavitù nell'età giustiniana*, Presses Universitaires, Paris, 2000, pp. 99 ss. (in termini più generali, ma riguardo ad argomenti affini, v. anche EVA CANTARELLA, *Il ritorno della vendetta. Pena di morte: giustizia o assassinio?*, Rizzoli, Milano, 2007, *passim*).

¹⁵ Ambito nel quale apparivano, tuttavia, di maggiore ricorrenza nella prassi le fattispecie a contenuto patrimoniale. Sul contributo di Modestino, relevantissimo anche in quest'ambito, SILVIA VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, CEDAM, Padova, 2011, pp. 210 ss.

¹⁶ Di eccezionale chiarezza, in proposito, PAUL R. HINLICKY, *The Redemption of the Body: Luther on Marriage*, in ID, *Luther and the Beloved Community. A Path for Christian Theology after Christendom*, Eerdmans, Cambridge, 2010, pp. 179 ss.

scientifico; l'altra, in un numero crescente di ordinamenti, sarebbe degradata, sino ad essere pienamente fungibile rispetto all'omosessualità, ai fini della stipulazione del contratto. Entrambi gli assunti, tuttavia, non possono essere accolti nella loro formulazione più radicale. Innanzitutto, perché gli ordinamenti civili non hanno legalizzato (cioè: riconosciuto per lecita) ogni forma di tecnica riproduttiva, restando, ad esempio, bandite ipotesi come quella della clonazione umana¹⁷. E, in secondo luogo, l'apertura al riconoscimento di unioni omosessuali non è avvenuta in modo incondizionato, ma sempre attraverso il previo riconoscimento dell'unione omosessuale nell'alveo di un valore costituzionalmente sancito e tutelato. Nell'ambito dell'ordinamento civile italiano, non sono mancate proposte di riconoscimento delle unioni omosessuali (benché difficilmente attraverso il ricorso al same sex marriage in senso stretto) e le forme di una loro maggiore protezione giuridica sono da tempo messe in atto¹⁸. La dottrina maggiormente favorevole a questa evoluzione non ha mai mosso dall'assioma di una stretta equiparabilità tra l'unione omosessuale e quella eterosessuale. Non solo una stretta equiparazione sarebbe inconseguibile, anche in riferimento alla genesi storico-giuridica dei diversi istituti. Bisognerebbe pure notare come, tra i movimenti civili più impegnati nel riconoscimento dei diritti delle persone omosessuali, sia tradizionalmente respinta la piena identificazione tra il modello familiare tradizionale e quello, rinnovato, aperto alle convivenze omosessuali¹⁹. Perciò è parso più opportuno ricondurre la possibile protezione giuridica di queste ultime non già, o non direttamente, agli articoli 29, 30 e 31 della Costituzione, rispettivamente relativi al matrimonio, alla prole e alle esigenze socio-economiche delle famiglie. Bensì, al novero delle formazioni sociali, garantite dal precedente articolo 2²⁰. Ciò, da un lato, evita di dovere

¹⁷ Secondo dei *canoni etico-giuridici* che trovano articolata trattazione in CINZIA PICIOCCHI, *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?*, in <http://www.biodiritto.org>.

¹⁸ Ricostruisce l'implementazione, benché in via essenzialmente giurisprudenziale, dei diritti delle convivenze omosessuali BARBARA PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in <http://www.rivistaaic.it>, sostenendo, inoltre, la preferenza per modelli di regolamentazione mutuati dalla disciplina matrimoniale.

¹⁹ A questo titolo basti ricordare l'opera di MARIO MIELI, *Elementi di critica omosessuale*, Einaudi, Torino, 1977, che oggettivamente concorse ad approfondire il tema dell'omosessualità nella cultura italiana del tempo.

²⁰ Di diverso avviso PAOLO CAVANA, *La famiglia nella Costituzione italiana*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2007, p. 905. La Corte costituzionale italiana nella sentenza 14 Aprile 2010, n. 138 (in G. U. 21 Aprile 2010, n. 16), sembrerebbe, invece, avere mantenuto la prospettiva indicata, *supra*, nel testo. Quanto ad interpretazioni opposte della medesima pronuncia, cfr., *infra*, n. 107.

prendere posizione circa la meritevolezza, o meno, dell'equiparazione tra le unioni omosessuali e quelle eterosessuali, oltre che tra quelle eterosessuali de facto e quelle costituite a seguito del matrimonio. Dall'altro, consente di subordinare la valutazione della convivenza (o, secondo i casi, della partecipazione ad una realtà associativa), qualunque essa sia, al raggiungimento di un principio cardine dell'ordinamento: la libera formazione della persona, lo svolgimento della personalità umana.

Ecco perché mette conto sottolineare che, se frattura v'è stata, tra il matrimonio civile e quello canonico, essa non ha riguardato né, come si sosteneva nei decenni passati, l'indissolubilità, né la procreatività o l'eterosessualità. Quanto piuttosto l'ambito, ancor più circostanziato, del rapporto qualificato tra questi tratti dell'istituto matrimoniale. Senz'altro inscindibile, per l'ordinamento canonico, che pure, in attuazione del fine primario della *salus animarum* e, più specificamente, del *bonum coniugum* di cui al diritto matrimoniale post-conciliare, può dotarsi di discipline puntuali che favoriscano un elemento in luogo di un altro²¹. Rapporto eventuale, ancorché per nulla disincentivato, nel diritto profano.

Nella dimensione canonistica, si evidenzia il segno di un'evoluzione normativa che non rinnega il fondamento naturale dell'unione matrimoniale, ma che si implementa in ragione del dinamico disvelamento del diritto divino. Mano a mano, esso specifica i propri contenuti nel peculiare riconoscimento del *sensus fidei* e nel costante sforzo interpretativo della comunità umana.

Nella dimensione civile, paiono entrare in gioco, invece, le sempre meno condivise e le sempre più elastiche nozioni del buoncristianesimo e dell'ordine pubblico (matrimoniale)²². È per questa via, del resto, che la dottrina giuridica laicale si presenta sostanzialmente concorde con quella canonica nel considerare negativamente le ipotesi di bigamia e, conseguentemente, gli ordinamenti che, invece, la prevedano, se non quando prescrivano. Per l'*ordo ecclesiae*, la

²¹ Anche se questa ipotesi appare scongiurata nel diritto matrimoniale vigente, dove *bonum prolis*, *bonum coniugum* e *bonum fidei* riescono ad integrarsi con equilibrio. Alcuni esempi di questa *specialissima* relazione in ANDREA ZANOTTI, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 118-119.

²² Sui mutevoli contenuti assunti dal limite costituzionale del buon costume, v. anche VINCENZO PACILLO, *Buon costume e libertà religiosa. Contributo all'interpretazione dell'art. 19 della Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 2012. Circa la problematica individuazione del significato da attribuire all'*ordine pubblico matrimoniale*, cfr., tra gli altri, NICOLA COLAIANNI, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: la (limitata) ostatività della convivenza coniugale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (<http://www.statoechiese.it>), Luglio 2014. Più specificamente, sull'*ordine pubblico* come *architrave* dei rapporti tra giurisdizione (matrimoniale) ecclesiastica e giurisdizione (matrimoniale) civile, articolata la prospettiva *solidaristica* sviluppata in JLIA PASQUALI CERIOLI, *La "maggiore disponibilità" nei confronti del diritto canonico matrimoniale: una formula "ellittica" al vaglio dell'evoluzione dell'ordine pubblico*, in *Diritto e Religioni*, 2008, V, pp. 344 ss.

bigamia si pone al di fuori della pienezza del matrimonio cristiano, di quella indissolubilità che non è solo una comunità di vita, ma anche di amore (la quale consegue una stabilità sua propria in ragione del sacramento). Per l'ordinamento civile e, in sostanza, nella più parte degli ordinamenti statuali, la bigamia ha un carattere plurioffensivo, rispetto ad una pluralità di situazioni meritevoli di tutela: la stabilità e la certezza degli statuti familiari, i diritti e doveri tra i coniugi (che in un rapporto multilaterale sarebbero difficilmente esigibili e configurabili), il rapporto tra i genitori e la prole. La presente analisi, invero, proverà a riscontrare se questo rapporto venga effettivamente turbato dalla scissione tra il principio della verità biologica e il riconoscimento giuridico civile. Anche quando si rispondesse negativamente a questo quesito, l'accettazione di modelli matrimoniali poligamici risulterebbe particolarmente difficoltosa. Non per forza in quanto violazione della reciproca fedeltà tra i coniugi (che l'ordinamento canonico e quello civile non si rifiutano di prendere in considerazione²³), ma certamente quale possibile elemento di contraddizione e conflittualità rispetto all'unità e all'armonia familiare.

È possibile, perciò, anticipare che l'approccio metodologico seguito nella trattazione non si concretizzerà in un raffronto continuativo tra le recenti acquisizioni della dottrina civilistica e il progresso inquadramento etico, prima ancora che giuridico, propugnato dalla scienza canonica. Semmai, anche al fine di rendere l'esposizione più idonea a descrivere i processi in corso in ciascun ordinamento (quello ecclesiale e quello civile), si procederà dapprima analizzando la disciplina ecclesiastica, alla luce di una riflessione giuridico-teologica che non si conclude né col Concilio Vaticano II²⁴, né con l'entrata in vigore del Codex Iuris Canonici, ma che si proietta sino ai giorni nostri. In secondo luogo, le medesime tematiche, e in particolar modo i rapporti formali e sostanziali intercorrenti tra la filiazione e il matrimonio, verranno svolte in riferimento alle recenti riforme civilistiche. La suggestione di studio così proposta mira a sottolineare ulteriormente la progressiva asimmetria tra la normativa canonica e quella civilistica. La prima orientata a ribadire la valorizzazione dell'intima relazione intercorrente tra l'ambito

²³ Anzi, è sostenibile che, in un'ottica *lato sensu* sanzionistica, quantunque prevalentemente patrimoniale (nell'addebito della separazione e nel risarcimento del danno patito), la prassi della giurisdizione civile sia stata più attenta a vagliare le conseguenze negative della violazione dell'obbligo di reciproca fedeltà. Per qualche conferma empirica, vedansi gli orientamenti giurisprudenziali riportati in GIOVANNI IORIO, *Infedeltà coniugale e risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 43 ss.

²⁴ Il Concilio Vaticano II, semmai, costituisce l'inizio di una riflessione giuridico-pastorale più attenta all'evoluzione del sentire sociale, in ambito familiare, come si osserva in LUCIANO MUSSELLI, *Manuale di diritto canonico e matrimoniale*, Monduzzi, Bologna, 1995, pp. 125-127, nonché, più di recente, in ENNIO RUSSO, *Corso di diritto civile. Studi sul diritto di famiglia*, Gangemi, Roma, 2016, pp. 356-357.

matrimoniale, la filiazione e lo statuto genitoriale²⁵; la seconda, almeno alle risultanze odierne, sempre più risolutamente propensa a rimarcare l'autonomia di ciascuno degli aspetti considerati²⁶.

2. *Ulteriori elementi circa la specificità e l'autonomia del diritto matrimoniale*

Come si è tentato di dimostrare nel paragrafo precedente, la disciplina canonistica circa la filiazione risente in modo inevitabile di quella relativa ai rapporti tra i coniugi e, più in particolare, al matrimonio, anche inteso come atto e sacramento, oltre che rapporto. Questa solo apparente coincidenza si riproduce, del resto, nelle disposizioni codicistiche, che al rapporto matrimoniale dedicano pochi canoni, contraddistinti, per altro verso, da una certa brevità e stringatezza²⁷. La normativa scaturente dal combinato disposto dei canoni dal 1134 al 1140 non è, però, né il tentativo di rendere meno manifesta una consapevole omissione, né una forma inappropriata di regolamentazione. Il rapporto tra i coniugi, infatti, per sua stessa natura, vede costantemente in relazione obblighi di natura civilistica e precetti che, invece, riguardano la specifica appartenenza religiosa. Anche nei rapporti con la prole, quale che sia lo stato di avanzamento delle riforme legislative in atto, è verosimile che il diritto ecclesiale non intenda creare commistioni o frapposizioni superflue rispetto ad una più analitica disciplina di obblighi civili. Purché essi risultino, evidentemente, congrui a garantire il bene della famiglia e dei suoi membri.

La disciplina della filiazione, d'altra parte, sarebbe stata impensabile senza un previo accertamento della struttura giuridica del matrimonio. In una delle più importanti fonti della storia del diritto canonico, il *Decretum*, prevale un'impostazione a-contrattualistica del matrimonio²⁸, che è per parte

²⁵ Di "relazioni di adiacenza" tra le ricordate nozioni si parla in PIER GIORGIO SOLINAS, *Arbores Americae. Le rappresentazioni della parentela nell'epoca della de-parentalizzazione*, in Pietro Scarduelli, a cura di, *Antropologia dell'Occidente*, Meltemi, Roma, 2003, pp. 73-74.

²⁶ Lineamenti più sistematici offerti anche in INGRID LUND-ANDERSEN, *The Danish Registered Partnership Act*, in Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs, eds., *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2003, pp. 13-18; RAMON HINOJOSA, MELANIE SBERNA, WILLIAM MARSIGLIO, in Katarina Wegar, ed., *Adoptive Families in a Diverse Society*, Rutgers, New Brunswick-London, 2006, pp. 126-127.

²⁷ La riflessione trovasi espressa, in modo più approfondito, in PAOLO MONETA, *I rapporti giuridici tra i coniugi*, in Myriam Tinti, a cura di, *Famiglia e diritto*, cit., pp. 107 ss., nonché in Id, *Intervento*, in Andrea Bozzolo, Maurizio Chiodi, Giampaolo Dianin, Pierangelo Sequeri, Myriam Tinti, *Famiglia e Chiesa*, cit., pp. 122-123.

²⁸ Per superare lo *iato* tra la posizione di Graziano e la più decisa svolta contrattualistica dei secoli

propria condivisa da Alberto Magno e Tommaso d'Aquino. Il modello consensuale-contrattuale sembra fondarsi su più solide basi argomentative con Innocenzo III e Gregorio IX, determinando, nell'approccio giuridico, più di qualche motivo di comparazione con la filosofia di Bonaventura, Duns Scotto ed Enrico da Susa²⁹. Il dibattito, che sembra rappresentare una questione antica e suggestiva, quanto ormai remota, torna d'attualità non appena lo si ritenga definitivamente superato. Così fu, ad esempio, nel diritto ecclesiastico del XIX e del XX secolo, quando gli ordinamenti giuridici civili, che avevano, pur con le peculiarità del caso, assimilato una nozione contrattualistica del matrimonio, finivano per affiancarlo a strumenti affini alle ipotesi di recesso e risoluzione del contratto (quali il divorzio)³⁰. La critica che veniva mossa ai teorici di una visione neocontrattualistica del matrimonio era la seguente: una volta ammessa la natura contrattuale del matrimonio, che argomenti persuasivi potevano essere espressi dalla Chiesa nei riguardi di istituti volti alla sua risoluzione? Come si sarebbe potuta conciliare l'indissolubilità del vincolo matrimoniale con la sua rilettura nell'ambito del diritto contrattuale? E, in questo senso, il tema della filiazione doveva apparire intimamente legato alla riflessione sulla natura giuridica del matrimonio, visto che la procreazione era, sul piano sostanziale, probabile conseguenza della sessualità coniugale concepita come *ius in corpus*. Né finivano qui gli interrogativi. A volere menzionare quelli più rilevanti: la Chiesa avrebbe dovuto o potuto concepire una specifica azione pastorale a beneficio dei figli di genitori divorziati? E questi ultimi in che modo e con quali diritti e doveri avrebbero continuato (o meno) a far parte dell'ordinamento della Chiesa³¹?

successivi, la dottrina ricorre alla figura del contratto *a formazione progressiva* – in modo da coniugare l'indissolubilità del vincolo allo scambio delle prestazioni e all'ipotesi del loro inadempimento. Per questa via, cfr. LORENZO CUCIUFFO, *Contributi tomistici alla dottrina del matrimonio canonico*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 1992, pp. 20 ss.

²⁹ Per una valutazione comparativa dell'influenza degli Autori, citati nel testo, nel diritto vigente, v. GRZEGORZ KADZIOCH, *Il ministro del sacramento del matrimonio nella tradizione e nel diritto canonico latino e orientale*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1997, pp. 194 ss.

³⁰ Che la questione fosse di rilevantissimo spessore teorico emerge nettamente nelle fonti del periodo. V., tra gli altri, CARLO FRANCESCO GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, Unione tipografico-editrice, Torino, III ed. riv. ed ampl., 1891-1899, (sull'aspetto menzionato nel testo, lo specifico riferimento è all'edizione del 1884, pp. 166-168, per i *tipi* del medesimo Editore). Appare di grande interesse, ancorché più limitata nella ricostruzione giuridico-civile, l'opera *pseudonima* del PARROCO DI UTOPIA A. P. C., *Confutazione della dissertazione dell'Abb. G. F. sul matrimonio considerato come contratto civile e sul divorzio*, Avallone, Napoli, 1830, non solo in quanto fonte *preunitaria* che si inserisce a buon diritto nella pubblicistica del *pamphlet* giuridico, ma anche quale ironica e originale tesi a sostegno della compatibilità tra l'introduzione del divorzio e lo *ius ecclesiae*.

³¹ Questi quesiti restano ovviamente aperti e coinvolgono proposte ricostruttive motivatamente in disaccordo. Argomenti a favore di un'interpretazione evolutiva vengono evidenziati in GIAMPAOLO

Il Concilio Vaticano II è stato, forse, superficialmente ritenuto espressione di un approccio più vicino ad istanze pastorali che a questioni eminentemente giuridiche. Ma non sembra il caso di avallare oltre questa tesi³². Certo fondata dal punto di vista dell'analisi delle fonti formali dello *ius ecclesiae*, ma inadeguata nel momento in cui si sia rifiutata di valutare gli effetti del Concilio nell'applicazione del diritto antecedente al Vaticano II e nella produzione normativa al Concilio successiva. Le conseguenze non sono poche, né possono essere ritenute inessenziali, altrimenti non si sarebbe avuta una nuova codificazione ecclesiale, né le fonti concordatarie avrebbe mai potuto conoscere quel processo di revisione e rivalutazione che interessa sino ad oggi la dottrina³³. Soprattutto nel caso in cui la fonte concordataria disciplini anche lo specifico oggetto del matrimonio canonico o, *rectius*, il recepimento dei suoi effetti in un ordinamento secolare.

Benché il dibattito sulle implicazioni del Concilio Vaticano II sia ancora aperto, non è questa la sede per pretendere di ritornarvi esaustivamente. Mette conto, però, di sottolineare che esso non si è limitato a dare indicazioni pastorali o a fornire una sistemazione più compiuta ad approcci teologici che, altrimenti, sarebbero rimasti disorganici. Il significato giuridico del Concilio, soprattutto nel diritto di famiglia, è difficilmente revocabile, anche perché si registra uno dei passaggi più netti nella transizione dal diritto pre-conciliare a quello post-conciliare. Nello schema del matrimonio, il *mutuum adiutorium* non è più requisito sufficiente a regolamentare e a guidare la relazione tra i coniugi e, conseguentemente, l'instaurazione della famiglia. Si tratta di una forma di reciproco sostegno molto importante, ma che ancora appare sussidiaria rispetto agli scopi procreativi-istituzionali del matrimonio. La centralità del *bonum coniugum* affermata dal Concilio è di ben altro spessore³⁴, anche perché sembra superare adeguatamente tanto un rigido contrattualismo, che avrebbe maggiori difficoltà ad integrarsi all'ambito sacramentale, quanto gli apprezzabili, ma poco coordinati, interventi di matrice teologica e pastorale che si erano succeduti nel Magistero pre-conciliare.

DIANIN, *Matrimonio e divorzio*, in Andrea Bozzolo, Maurizio Chiodi, Giampaolo Dianin, Pierangelo Sequeri, Myriam Tinti, *Famiglia e Chiesa*, cit., pp. 524 ss.

³² Anche quando essa si sia storicamente proposta senza *venature* polemiche o *negativistiche*, come si riconosce in LUCIANO ZANNOTTI, *La Chiesa e il principio di autorità. Una riflessione sugli elementi essenziali del diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 7-8.

³³ Come, del resto, dimostrava ampiamente la completa sezione documentale di Isabella Bolgiani, a cura di, *La Chiesa Cattolica in Italia. Normativa pattizia*, Giuffrè, Milano, 2009.

³⁴ Sull'approfondimento che la salvaguardia del *bonum coniugum* implica rispetto al riconoscimento del *mutuum adiutorium*, v. PIERO ANTONIO BONNET, *Essenza e sacramentalità della dinamica familiare*, in M. Tinti, a cura di, *Famiglia e diritto*, cit., pp. 83-84.

Per queste ragioni, risulta di gran lunga che, accanto alle proprietà positivizzate del matrimonio in factio esse (l'unità e l'indissolubilità), si affianchi lo specifico rilievo dell'ordinatio ad bonum prolis e dell'ordinatio ad bonum coniugum. Pensare l'una in reciproca distinzione rispetto all'altra vorrebbe dire non tanto, e comunque non solo, depotenziare irrimediabilmente il progresso giuridico che ha connotato la disciplina matrimoniale canonistica, nonostante le ipotesi, tutto fuorché risolte, di possibili contraddizioni. Significherebbe, soprattutto, non evidenziare adeguatamente l'assoluta specificità del matrimonio nello stesso ambito del diritto sacramentale ecclesiale.

I rapporti tra sessualità, filiazione e matrimonio sono ancor più direttamente indicativi di uno specifico modo di relazionarsi alle norme giuridiche civili nelle Chiese ortodosse. In esse, appare generalmente poco condivisa la prospettiva sulla procreazione veicolata dal diritto canonico occidentale. Ad avviso di Meyendorff³⁵, addirittura, la concezione cattolica peccerebbe in ultima analisi di utilitarismo (almeno fino al Concilio Vaticano II e alla susseguente codificazione del 1983). La disciplina matrimoniale canonica, nella prospettiva di Meyendorff, avrebbe lungamente disatteso di occuparsi delle esigenze esistenziali dei coniugi. Si sarebbe, piuttosto, vincolata alla procreazione, finendo per dare marcato rilievo alla sola filiazione legittima. Dal punto di vista giuridico, le tesi di Meyendorff potrebbero essere precisate. L'intima connessione tra il favor matrimonii e il favor legitimitatis ha spesso reso, nella pratica, meno visibile l'interesse del diritto ecclesiale per la componente solidaristica del matrimonio rapporto. Ciò, però, appare essere stata la conseguenza di un approccio legislativo umano e di una prassi invalsa di regolazione dei rapporti sociali, essa stessa difficilmente armonizzabile col più profondo significato della tradizione scritturale in materia di unione coniugale. Come giustificare, ad esempio, il giudizio tradizionalmente sfavorevole nei confronti dell'impotenza, mitigatosi pur con alcune incertezze negli ultimi decenni, se sin dal Vecchio Testamento sono ritenute paradigmatiche anche unioni dove uno dei coniugi fosse sterile³⁶? Nella rilettura ebraica, come in quella cattolica, il rapporto tra Sara e Abramo è presentato alla stregua di una comunità di vita pressoché memorabile, essendo particolarmente avanzata l'età di entrambi. E, se Abramo riesce a generare una propria discendenza al di fuori del rapporto con Sara, con la schiava Agar, l'evento che assume la portata del prodigio è costituito proprio dalla nascita di Isacco, il figlio nato dall'unione tra i due sposi.

³⁵ La più importante esposizione delle tesi dell'A., richiamate nel seguito, trovasi in JOHN MEYENDORFF, *Marriage: an Orthodox Perspective*, St. Vladimir's Seminary Press, New York, 1975.

³⁶ Cfr. LEONARDO BOFF, *Chiesa: carisma e potere* (1981), trad. it., Borla, Roma, 1986, pp. 112-113.

Testimonianze di questo tipo indicano, non solo ad avviso del Meyendorff, come non debba creare alcun tipo di meraviglia la frequenza (evidentemente non occasionale) di matrimoni contratti tra persone che non riescano a generare. Ed è proprio per questo che, nella storia delle istituzioni giuridiche ecclesiali, l'impotenza, pur con tutte le insoddisfazioni del caso, si è progressivamente resa autonoma dall'ipotesi, meno specifica, dell'incapacità a generare una discendenza³⁷.

L'impotenza non mirava (e certo non mira oggi) a dare sanzione normativa, con dirette conseguenze sull'instaurazione del vincolo matrimoniale, a un'ampia e indefinita assenza di prole. Non è, in sostanza, fenomeno che riguardi il concepimento di nascituri, che è fase successiva al compimento dell'atto sessuale. L'impotenza solo a quest'ultimo è sempre più correntemente riferita. Ecco perché, nella ricostruzione di Meyendorff e, in modo meno radicale, presso la dottrina largamente maggioritaria³⁸, non perdono validità anche unioni coniugali più o meno consapevolmente infeconde.

A distanziare ulteriormente Meyendorff dalla prospettiva canonistica è la valutazione che l'A. offre circa la morale sessuale cattolica, desumibile anche dall'insieme delle norme osservate in ambito matrimoniale. Queste ultime risentirebbero dell'orientamento di Sant'Agostino sulla sessualità umana³⁹. È noto come Agostino considerasse la sessualità inevitabilmente sottoposta ad una valenza peccaminosa e libidinosa, fonte di un piacere che allontana dalla preghiera⁴⁰. La generazione della prole consentirebbe di attutire la valenza negativistica così impressa alla sessualità, permettendo la nascita di nuovi fedeli cristiani in una famiglia formata da genitori cristiani. L'intenzionale limitazione della prole sarebbe per Agostino sovrapponibile alla fornicazione.

³⁷ Può riportarsi quanto affermato in modo particolarmente appropriato in PAOLO MONETA, *Intervento*, in Andrea Bozzolo, Maurizio Chiodi, Giampaolo Dianin, Pierangelo Sequeri, Myriam Tinti, *Famiglia e Chiesa*, cit., p. 273: "il principio della connessione inscindibile tra significato unitivo e significato procreativo dell'atto coniugale – affermato dall'Enciclica *Humanae Vitae* e ribadito in senso inverso, con riguardo alla procreazione assistita, dall'istruzione *Donum Vitae* – deve quindi essere ripensato alla luce di questo nuovo modo di sentire e ricollocato nel contesto culturale del nostro tempo".

³⁸ L'A. torna su tematiche affini, comparandole alle altre prospettive confessionali per evidenziare il punto di vista prescelto, in JOHN MEYENDORFF, *Byzantine Theology. Historical Trends and Doctrinal Themes*, Fordham University Press, Bronx, 1979.

³⁹ Questo orientamento è, ovviamente, interpretato in modo ancor più critico in MICHEL FOUCAULT, *Interventi, colloqui, interviste* (1994), III, trad. it., Alessandro Pandolfi, a cura di, *Estetica dell'esistenza, etica, politica*, Feltrinelli, Milano, 2010, pp. 151 ss. Letture siffatte sono, invece, diffusamente criticate in CORMAC BURKE, *Sant'Agostino e la sessualità coniugale*, in *Annales Theologici*, 1991, 5, pp. 185 ss.

⁴⁰ Da qui si è soliti far discendere, invece, una petizione di principio a favore della continenza sessuale. Sul punto, ROMANO CANOSA, *La restaurazione sessuale: per una storia della sessualità tra Cinquecento e Settecento*, Feltrinelli, Milano, 1993, p. 64.

La ricostruzione di Meyendorff è acuta e la chiarezza espositiva che la connota su questo aspetto è consequenziale allo stile diretto con cui le tesi sono espresse dall'A.; comunque sia, per quanto riguarda l'ambito più circostanziato del diritto matrimoniale canonico, si può concordare che, senza la riflessione agostiniana, difficilmente lo *ius ecclesiae* avrebbe tipizzato in una lunga fase della sua storia, tra i fini secondari del matrimonio, il *remedium concupiscentiae*⁴¹. Le tesi di Meyendorff, inoltre, sembrano avere il pregio di evidenziare come, nonostante la dimensione pubblicistica conseguita dal diritto di famiglia, almeno una componente della sessualità familiare debba essere preservata da una troppo invadente azione regolativa⁴².

Ai sensi della ricostruzione canonistica, ad esempio, sarà inevitabile riscontrare una netta e, a volte, approfonditamente argomentata contrarietà tanto ai mezzi contraccettivi, quanto agli atti procreativi esterni al rapporto coniugale. Questa idea trova una diffusa giustificazione teologico-giuridica nell'istruzione della Congregazione per la dottrina della Fede del 1987⁴³, *Donum Vitae*, su il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione. Si tratta, però, di aspetti particolarmente delicati, che riguardano la più intima sfera delle scelte dei coniugi. Nell'ottica di Meyendorff, pur se inevitabilmente si cercherà di dissuadere da scelte siffatte (rapporti sessuali extramatrimoniali o pratiche contraccettive di profilassi sessuale), non è necessario condannarle apertamente, né esigere che gli effetti conseguiti con la dissuasione siano notori. Si tratta di un'acquisizione di interesse, anche perché Meyendorff non prende analiticamente in considerazione una distinzione, invece, oramai di uso comune nella scienza medica. In Meyendorff, non rileva in dettaglio la differenza, cioè, tra trattamenti farmacologici materialmente abortivi e tra ritrovati della cd. contraccezione emergenziale, che agiscono a prescindere dall'effettiva fecondazione⁴⁴. Interessa, piutto-

⁴¹ Né, del resto, questa fase può e deve dirsi realmente conclusa ad avviso di CORMAC BURKE, *Il "remedium concupiscentiae" nella Teologia del matrimonio: profilo storico-critico*, in *Annales Theologici*, 2007, 21, pp. 299 ss., ove, anzi, si sostiene la necessità di tornare a considerare i valori e il significato del *remedium*, anche nel vigente sistema di diritto matrimoniale.

⁴² Per una sintetica quanto fedele ricostruzione del pensiero dell'A., vedasi PÉTER SAZBÒ, *Famiglia e matrimonio nell'ortodossia. Frammenti e ottica di lettura*, in Myriam Tinti, a cura di, *Famiglia e diritto*, cit., pp. 201 ss.

⁴³ Sulle posizioni assunte nell'Istruzione, vedansi, tra gli altri, GRAZIANO BORGONOVO, *Karol Wojtyła/ Giovanni Paolo II: una passione continua per l'uomo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003, pp. 128-129; JOSEPH RATZINGER, *The Ratzinger Reader: Mapping a Theological Journey*, Lieven Boeve, Gerard Mannion, edd., Continuum, New York-London, 2010, pp. 5 ss.; PAOLO RUDELLI, *Matrimonio come scelta di vita*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, 2004, pp. 321 ss.

⁴⁴ Ancorché si tratti di una fonte che sembra non considerare negativamente la differenza proposta nel testo, una documentata analisi medica trovasi in PIETRO DAL RI, STEFANO ZAFFAGNINI, VALEN-

sto, riscontrare se le forme artificiali della contraccezione possano avere, o meno, effetti abortivi. La trattazione dei meccanismi chimico-biologici attraverso cui l'effetto si realizza appare di gran lunga secondaria. Meyendorff, in ultima analisi, pare soffermarsi soprattutto sulla ineliminabile differenza ontologica tra la contraccezione (in qualunque modo realizzata) e l'interruzione della gravidanza (a prescindere se perseguita farmacologicamente, e come, o sulla base di uno specifico intervento chirurgico)⁴⁵. Le distinzioni, pur cruciali dal punto di vista medico, all'interno delle due grandi categorie individuate non hanno un peso specifico autonomo, rispetto all'ovvia differenza tra l'evitare o l'interrompere il concepimento e le sue fasi successive.

In più, nelle tesi di Meyendorff, appare da rimarcare l'intuizione per cui la specifica modalità di approccio di una Chiesa, rispetto alla legislazione civile in materia di famiglia, costituisca la conseguenza di una previa concezione del diritto matrimoniale generalmente inteso. In altre parole: in base a come le Chiese recepiscono le leggi civili in materia di diritti dei coniugi e della prole, è possibile ricostruire il punto di vista morale che le Chiese medesime cercano di imprimere alla propria disciplina matrimoniale confessionale. Lo spunto appare ancora più chiaro e certamente incisivo, in riferimento al dibattito corrente nelle Chiese ortodosse e ai rapporti da queste avviati coi poteri civili statuali, ma non è del tutto privo di interesse nel diritto canonico della Chiesa di Roma. Meyendorff, difatti, pur giustificando dal punto di vista teologico le sue tesi (ambendo, cioè, a dar loro carattere potenzialmente universale), introduce un principio di relativizzazione della disciplina giuridica di diritto umano, rispetto al mutamento dei diversi fattori sociali. La norma di diritto umano, oltre a garantire il perseguimento di scopi che sono sottratti, nell'ambito canonistico, a scelte di politica legislativa, cerca di rispondere a valori e a istanze socialmente avvertiti in un contesto dato⁴⁶.

A questo titolo, è sufficiente pensare all'adozione del decreto Tametsi

TINO BERGAMINI, MASSIMO FRANCHI, *La contraccezione d'emergenza: efficacia, sicurezza, profilo costo beneficio, modalità di utilizzo*, in <http://www.aiedverona.org>.

⁴⁵ Una differenza rilevante anche dal punto di vista medico-scientifico. In proposito, v. EMANUELA TURILLAZZI, MARGHERITA NERI, IRENE RIEZZO, *Metodologia accertativa medico-legale in ostetricia e ginecologia: valutazione degli eventi e delle responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2007.

⁴⁶ È parimenti singolare che una proposta ricostruttiva del genere sia sostanzialmente accolta dalla pronuncia di un organo giurisdizionale civile, quale può qualificarsi il Tribunale Costituzionale del Portogallo (il riferimento è alla decisione n. 121/2010, reperibile in <http://www.tribunalconstitucional.pt>, relativamente alla discrezionalità legislativa nel riconoscimento delle convivenze omosessuali). Sottolineando l'operatività di questo modo di argomentare, pure nello specifico ambito matrimoniale, vedasi GIOVANNI VAGLI, *L'approvazione della legge che consente il matrimonio tra omosessuali in Portogallo*, nei *Quaderni Costituzionali*, 2010, 3, p. 607.

durante il Concilio di Trento⁴⁷. Esso è sostanzialmente ricordato per avere introdotto l'obbligatorietà della forma pubblica nel regime matrimoniale. Si tratta di un decreto che appare particolarmente rigoroso per tre ragioni. Contiene prescrizioni precise anche quanto alla fase attuativa del decreto (l'istituzione dei registri parrocchiali); si colloca con coerenza nel disegno dei Padri conciliari tridentini, improntato al recupero di posizioni e disciplina rispetto all'avanzata della Riforma⁴⁸. E, in ultima istanza, pone fine alla prassi dei matrimoni clandestini, pur salvaguardando dal punto di vista effettuale e formale quelli celebrati prima della promulgazione del decreto medesimo. A ben vedere, l'esigenza di stringenti istituzioni di controllo, rispetto a quella che si sarebbe chiamata libertà matrimoniale, è giustificata dall'istanza, parimenti fondata e diffusa, di limitare la ricorrenza dei matrimoni clandestini. Il più possibile, nei secoli, sino ad eliminarli del tutto (o quasi) dalla fisiologia dell'ordinamento canonico. Evidentemente, le Scritture non contengono dirette prescrizioni sulla forma pubblica del matrimonio e non si può formulare un giudizio di condanna o discredito su tutti i matrimoni contratti prima dell'entrata in vigore del Tametsi. Il decreto, cioè, pur non potendo, né volendo, snaturare la struttura del matrimonio quale definita del diritto naturale, assecondava finalità eminentemente formate si nell'ambito dell'ordinamento umano. La forma pubblica, inoltre, riletta come prescrizione a sussidio del favor legitimitatis, nel caso di filiazione tra i coniugi, appare certamente come uno scopo meritevole. Ma non era evidentemente questa (o solo questa) la ragione che aveva spinto alla redazione del decreto e al rigore del suo regime applicativo.

Se la proposta interpretativa di Meyendorff può, perciò, essere adattata con la prudenza del caso all'intero svolgimento della legislazione umana negli ordinamenti delle Chiese cristiane, ha, in ambito matrimoniale, precipuo rilievo e speciale attualità nel contesto delle Chiese ortodosse.

La controversia più problematica, nel rapporto tra il diritto matrimoniale civile e quello ecclesiale, riguarda la dinamica delle relazioni tra la Chiesa ortodossa e lo Stato in Grecia e in Russia. La Chiesa ortodossa greca postula un indefettibile continuum tra il matrimonio religioso e quello civile, sicché

⁴⁷ Sull'influenza nel *Decreto* in tutta la legislazione matrimoniale canonica fino al *Codex Iuris Canonici* del 1917, v. ANDREJ SAJE, *La forma straordinaria e il ministro della celebrazione del matrimonio secondo il Codice latino e orientale*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2003, pp. 69 ss.; sui presupposti che portarono al superamento di quell'accezione, cfr. ROMEO ASTORRI, *Dalla critica alla teologia post-tridentina all'approfondimento della natura sacramentale del matrimonio canonico*, in *Veritas non auctoritas facit legem*, cit., pp. 85 ss.

⁴⁸ Per un inquadramento sui lavori del Concilio, piace ricordare, per tutti, ADRIANO PROSPERI, *Il Concilio di Trento: una introduzione storica*, Einaudi, Torino, 2001.

questo si risolve in quello, anche nell'individuazione dei principi generali sui rapporti tra i genitori e la prole⁴⁹. La Chiesa ortodossa tanto può rivendicare anche in forza dell'articolo 3 della Costituzione della Repubblica ellenica. Non si configura come una religione di Stato in senso stretto, ma le modalità del suo riconoscimento rendono certamente l'ordinamento statutale greco più disponibile nei confronti della specificità delle discipline relative alla Chiesa ortodossa⁵⁰. Il primato etico-giuridico del matrimonio religioso ne è diretta conseguenza.

Al contrario, la Chiesa ortodossa russa mantiene un atteggiamento maggiormente possibilista nei confronti del matrimonio civile, ritenendolo valido anche nel caso in cui non sia né seguito né preceduto dalla celebrazione religiosa. La Chiesa russa è, anche in queste discipline di dettaglio, influenzata dai decenni di governo comunista e, per quel che qui interessa, dall'esclusività allora accordata dalla legislazione statutale al matrimonio civile. Un discorso simile riguarderebbe anche le norme sulla filiazione e sul riconoscimento della paternità e della maternità, dove l'impegno della Chiesa ortodossa russa è sempre stato declinato in senso solidaristico, attenuando gli effetti delle pregresse disposizioni civili pre-federali⁵¹.

La contrapposizione testé ricordata non implica soltanto la possibilità di verificare alcune intuizioni di Meyendorff, ma consente di richiamarsi a problematiche tipiche del diritto di famiglia vigente nella Chiesa ortodossa. Il Sinodo della Chiesa ortodossa, in Grecia, ha espresso una posizione molto prudente nei confronti del matrimonio civile, ritenendolo al più atto al soddisfacimento degli interessi di cittadini atei o non cristiani⁵². D'altra parte, ha specificato che esso non può riguardare il cristiano ortodosso, perché il fedele greco ortodosso non può non ricorrere alla celebrazione matrimoniale religiosa. L'ortodosso che rifiuta il matrimonio religioso e che contrae

⁴⁹ Il dato è criticamente rilevato in MELANIE LANDAU, *Tradition and Equality in Jewish Marriage. Beyond the Sanctification of Subordination*, Continuum, New York-London, 2012, pp. 34 ss.

⁵⁰ V. FRANCESCO ALICINO, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM, Padova, 2011, pp. 239 ss.

⁵¹ Talvolta, però, non riuscendo ad applicare il medesimo principio nei confronti della dottrina delle altre Chiese cristiane. Significativamente, al riguardo, GIANCARLO BRUNI, *Quale ecclesiologia? Cattolicesimo e ortodossia a confronto: il dialogo ufficiale*, Paoline, Milano, 1999, pp. 331 ss. Avvertita dottrina ritiene, del resto, preferibile un'opzione solidaristica, rispetto a pretese *lato sensu* pedagogiche, anche nell'esercizio del potere pubblico. Cfr., tra gli altri, SALVATORE BERLINGÒ, *Bioetica, biodiritto e il contributo scientificamente legittimato*, in juriste, *dell'ecclesiasticista*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (<http://www.statoechiese.it>), Luglio 2015, pp. 3-4.

⁵² Sui riflessi civilistici di questa impostazione, appare compiuta l'analisi di GIULIA SARNARI, *I sistemi matrimoniali e delle unioni affettive nei Paesi dell'Unione europea*, in EAD, MARINA BLASI, *I matrimoni e le convivenze "internazionali"*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 120 ss.

esclusivamente matrimonio civile non è dissimile dall'ortodosso che si sottragga all'eucaristia. Pur sempre in grado di richiamare a sé la misericordia e il perdono, egli si pone al di fuori della sua Chiesa, disconosce talune delle sue caratteristiche istitutive.

Il Sinodo della Chiesa russa si è trovato ad affrontare una situazione significativamente diversa. In Russia, come in molti altri Paesi dell'Europa orientale e con tratti, per certi versi, ancor più allarmanti⁵³, il declino del modello ecclesiastico sovietico ha significato soltanto in un primo momento la riarticolazione di una Chiesa nazionale, realmente collaborativa rispetto ai destini del governo civile. Non sono mancate, dopo i nuovi esecutivi repubblicani costituzionali, istanze ecclesiali che hanno denunciato il decadimento dei costumi, successivo ai decenni di influenza comunista, e che hanno tentato di imporre una più evidente penetrazione delle argomentazioni religiose nella sfera pubblica. In Russia, in particolar modo, contro l'impostazione generale della Chiesa autocefala, tollerante in materia di matrimonio civile, coniugio e disciplina privatistica della filiazione, numerosi pastori intransigenti hanno cercato di avvalorare opzioni interpretative simili a quelle approvate dal Sinodo greco. Il Sinodo della Chiesa russa ha, fino ad oggi, evitato di indulgere negli aspetti più polemici di questa controversia prettamente giuridico-dottrinale e ha, anzi, apertamente ammonito la parte più assertiva del clero locale. Invitandola, in ultima analisi, a preservare l'insegnamento della Chiesa russa per cui anche il matrimonio civile e le discipline privatistiche derivantine hanno da essere trattate con rispetto e autentica sollecitudine pastorale.

Sulla base della proposta ricostruzione, che in molti punti richiama le acquisizioni teoriche di Meyendorff, sembra non potersi negare come il diritto di famiglia e il diritto matrimoniale palesino sempre più nettamente le rispettive specificità. Appaiono chiari, nel novero di tutte le Chiese cristiane, i legami tra la concezione di famiglia sostenuta e le discipline del matrimonio, volta per volta, presentate. Nel netto profilarsi di un ambito specifico del diritto confessionale, si nota pure che la scelta dei codici canonici, quello orientale e quello occidentale, non è isolata. Non si rinuncia a disciplinare analiticamente i rapporti tra i genitori e la prole in ossequio a una malintesa, e pur sostenuta, prevalenza degli obblighi civili generali e astratti, rispetto a quelli ecclesiali, per loro propria natura specificamente destinati ai fedeli. Semmai, si predilige che aspetti di particolare intimità domestica possano trovare nella dimensione relazionale loro propria la più compiuta concretiz-

⁵³ Alcuni esempi relativi all'Europa balcanica sono proposti in JOSEPH H. H. WEILER, *Individui e diritti: "l'uva acerba"*, nei *Quaderni Costituzionali*, 2010, 3, p. 611.

zazione, rispetto agli scopi trascendenti perseguiti dal sistema giuridico confessionale. È, comunque sia, parimenti chiara l'assoluta tipicità del diritto, unilaterale e bilaterale, destinato alla tutela della comunità familiare, della sua singolare specificità e della sua non questionabile unitarietà e, appunto, intimità. Alla stregua di tali considerazioni, perciò, l'ambito delle relazioni giuridicamente qualificate tra i genitori e la prole manifesta la propria evidente originalità rispetto a qualsivoglia situazione privatistica⁵⁴. E ciò vale a segnalare un'omologa istanza negli ordinamenti confessionali e in quelli laico-civili, che si traduce, comunque sia, in posizioni spesso non sovrapponibili, proprio perché deputate alla tutela, sì, di situazioni affini, ma nel contesto di valori ordinamentali qualitativamente irriducibili.

Come si è avuto modo di anticipare, del resto, se di incomunicabilità deve parlarsi, in riferimento all'ordinamento civile e a quello canonico, oltre che ai loro rapporti, essa non può che apparire un'incomunicabilità sopravvenuta. La piena corrispondenza tra le due discipline, progressivamente superata nell'ultimo cinquantennio⁵⁵, non impedisce, però, di notare come il diritto matrimoniale civile riveli ancora l'influenza del paradigma canonistico⁵⁶ e come, d'altra parte, la stessa dottrina canonistica abbia finito per accettare categorie d'analisi largamente operanti nella scienza giuridica laica⁵⁷.

3. *La disciplina canonistica e la riflessione sui limiti alla procreazione tra bonum coniugum e tutela della prole*

Alla luce degli esempi suesposti, non suscita meraviglia che l'ordinamento canonico abbia introiettato un criterio ormai tendenziale negli ordinamenti civili: la corrispondenza della situazione giuridica alla realtà naturale.

⁵⁴ Ed è un punto di partenza che consente di mettere in luce il particolare tipo di interessi che soggiace alla disciplina della famiglia. È, perciò, convincente la ricostruzione teorica svolta in GILDA FERRANDO, *Il punto sul diritto di famiglia: c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Politica del diritto*, 2008, pp. 3-44.

⁵⁵ Dando di questa divaricazione, profonda ancorché non definitiva, una lettura in più punti aderente a quella, quivi, proposta, vedasi, per tutti, LUIGI MENGONI, *L'impronta del modello canonico sul matrimonio civile nell'esperienza giuridica e nella prassi sociale attuale nella cultura europea*, in *Ius*, 1988, 1, pp. 451 ss.

⁵⁶ Su questa tesi, nel dibattito italiano, ampia la rassegna giurisprudenziale e bibliografica proposta in CHIARA MINELLI ZAGRA, *Matrimonio e cultura giuridica. Il giudice dello Stato di fronte all'ordinamento canonico*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 12 ss.

⁵⁷ Alcune previsioni in questo senso, forse rivelatesi sin troppo ampie, in EDOARDO DIENI, *Le unioni "di fatto": quale rilievo per l'ordinamento canonico?*, nei *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2002, 1, pp. 139-163, nonché, allargando la prospettiva in ambito interreligioso, Id, *Introduzione al tema "Matrimoni e ordinamenti religiosi"*, in *Daimon*, 2002, 2, pp. 13-17.

Si tratta di un importante raccordo tra filiazione naturale e filiazione giuridica, sul quale si sono innestati alcuni principi di “civiltà giuridica”, che hanno giovato allo stesso diritto della Chiesa. In esso sono state approfondite, dal punto di vista pastorale e non senza effetti sul piano formale legale, le responsabilità nell’assunzione delle funzioni parentali, la cura dell’interesse del minore, la certezza e la stabilità degli status, nonché l’attenzione alla solidarietà e all’armonia familiare. Su questi aspetti, il diritto ecclesiale può comprensibilmente sembrare ancor più avvertito di quello civile, nonostante ci si riferisca ad un ordinamento in cui ha acquisito grande rilievo l’intrinseca e necessaria connessione tra filiazione e matrimonio⁵⁸.

Il favor legitimitatis si è tradizionalmente manifestato in istituti di diversa natura e nell’adozione di terminologie giuridiche spesso contraddittorie. È, ad esempio, in disuso, ma ancora accettata, per la ricostruzione delle ipotesi che riesce a comprendere, la tradizionale categorizzazione sulla diversa qualificazione dei figli spurii (nati da chi non avrebbe potuto contrarre matrimonio)⁵⁹. La dottrina distingue(va) quattro tipologie principali e gran parte di quelle nozioni è penetrata anche nella riflessione civilistica. Accanto ai figli adulterini (nati da un genitore già coniugato), poteva parlarsi di figli sacrilegi (quando uno dei genitori fosse impedito da ordine sacro o da professione religiosa), incestuosi (nati da genitori consanguinei o affini in linea collaterale) e, persino, nefarii (nati da genitori ascendenti o discendenti in linea retta). Dal punto di vista tecnico, soprattutto la distinzione tra figli incestuosi e nefarii doveva sembrare particolarmente precisa, a fronte di un lessico comune che avrebbe plausibilmente utilizzato il medesimo aggettivo (incestuosi) per descrivere entrambe le ipotesi⁶⁰. Quello che, però, conta osservare è che si tratta di una evidente rappresentazione dei legami tra la filiazione legittima e il matrimonio, attraverso il paradigma della sessualità lecita. Non possono spiegarsi altrimenti né la definizione dei figli nati da chi non avrebbe potuto o dovuto contrarre matrimonio col termine spurii, né le diverse ipotesi ricordate, ove si realizza in pienezza una frattura tra genitorialità e coniugalità.

⁵⁸ Cfr. PIERO ANTONIO BONNET, *Essenza e sacramentalità*, cit. Quanto al recepimento di almeno alcuni dei medesimi presupposti negli ordinamenti civili, in particolar modo in materia di tutela minorile, v. ANDREA GUAZZAROTTI, *Bilanciamenti e fraintendimenti: ancora su Corte costituzionale e CEDU*, nei *Quaderni Costituzionali*, 2010, 3, pp. 593-594.

⁵⁹ Sulla quale un’impostazione motivatamente critica e rigorosa trovasi in GIUSEPPE CAPUTO, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno: il matrimonio e le sessualità diverse, tra istituzione e trasgressione*, CEDAM, Padova, 1984, pp. 197 ss.

⁶⁰ Secondo l’uso, evidentemente negativistico, riscontrato in SALVATORE PULIATTI, *Incesti crimina. Regime giuridico da Augusto a Giustiniano*, Giuffrè, Milano, 2001.

Il favor legitimitatis non ha assunto soltanto forme (ed istituti) così apparentemente rigidi ed escludenti, essendo stato a volte utile ad approntare specifiche norme di garanzia, che consentivano la tutela delle parti deboli dei rapporti familiari.

A questo titolo, si è soliti ricordare il tradizionale giudizio di favore della dottrina canonistica riguardo alla legittimazione per subsequens matrimonium, al punto che l'operatività di quest'ultima non è mai stata subordinata alla presenza di una specifica dichiarazione di volontà. È da ritenere che, in questo caso, al favor legitimitatis si affianchi il favor matrimonii, dal momento che è anche a beneficio dell'unione matrimoniale che il meccanismo si realizza senza l'onere di assumere una espressa volontà formale, successiva alla celebrazione⁶¹.

A ben vedere, del resto, anche il fatto che la disciplina del matrimonio putativo non sia stata significativamente modificata, tra il Codex del 1917 e quello del 1983, almeno quanto all'identità, alla struttura e alla ratio dell'istituto, implica l'adeguata valorizzazione della buona fede di almeno uno dei coniugi⁶². Oltre che la realizzazione di effetti giuridici tipici nei confronti della prole.

Quanto all'accertamento della paternità e della maternità, la sistematica canonistica continua a presentare punti di contatto con la tradizione romanistica, anche se, è bene ricordare, il diritto romano, pur non sfornito di taluni istituti di solidarietà familiare, muoveva da una concezione essenzialmente patrimonialistica del diritto di famiglia⁶³. Nella quale la figura del pater familias corrispondeva ad un centro di imputazione di interessi, che aveva diretto rilievo anche dal punto di vista prettamente economico e gestionale. Valori di questo tipo solo marginalmente possono essere traslati al diritto ecclesiale, non solo perché in esso le eventuali tensioni tra patrimonialità e non patrimonialità si risolvono a favore della seconda. È, semmai, la prevalenza del criterio biologico a porre a base del sistema del riconoscimento (della

⁶¹ Si tratterebbe di un'applicazione, invero più accorta ed equitativa di quanto suggerirebbe la testuale dicitura della massima, del principio per cui *subsequens matrimonium tollit peccatum praecedens*. Si aderisce ad una valutazione meno *positiva* della regola richiamata, forse in ragione della sua originaria valenza romanistica, nella quale finiva per fare da *legittimazione* alla prole concepita a seguito di *concubinato*, in LUCIA BELTRAMI, *Il sangue degli antenati. Stirpe, adulterio e figli senza padre nella cultura romana*, Edipuglia, Bari, 1998, pp. 85 e ss.

⁶² Come notasi, ancor prima dell'entrata in vigore del Codex del 1983, in ALESSANDRO ALBISSETTI, *Contributo allo studio del matrimonio putativo in diritto canonico. Violenza e buona fede*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 7 ss., innanzitutto a tutela dei figli *incolpevoli*.

⁶³ La quale riverberava, appunto, nelle amplissime e *invasive* attribuzioni devolute al *pater*. Così, STEFANIA ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 37, n. 88.

paternità e della maternità) la convinzione per cui *mater semper certa est pater numquam*. Si tratta(va) di un criterio inoppugnabile, che adesso è messo penetrantemente in discussione dalle tecniche di fecondazione eterologa⁶⁴. Non è questa sede per formulare un giudizio morale sulle pratiche in esame. Certo è che in esse si realizza una evidente scomposizione di un processo che era apparso per secoli consolidato, nel nome del continuum tra procreazione, gestazione e filiazione. In circostanze siffatte, la stessa maternità torna ad essere oggetto di indagine, se diviene materia controversa tra le parti, a poco ormai valendo l'altra massima per cui *mater semper certa est, etiam si vulgo conceperit*. Espressione, beninteso, di un giudizio negativistico nei confronti della sessualità femminile e di un più diffuso ostracismo sociale nei confronti dell'adulterio della moglie, rispetto a quello del marito⁶⁵.

Un giudizio del genere veniva, almeno in parte, bilanciato dalla tradizionale *praesumptio iuris tantum*, per cui il padre è il marito della madre. Si tratta di una *praesumptio definita vehementissima*: la prova contraria alla presunzione *iuris tantum* deve realizzarsi in *omnimoda certitudine*. Non sarebbe, ad esempio, sufficiente limitarsi a dimostrare l'adulterio materno, in ragione del *favor filiationis*: il figlio potrebbe, infatti, esser stato concepito tanto dall'adultero quanto dal padre, e allora prevarrebbe l'individuazione della genitorialità in capo a quest'ultimo. Anzi, se ci si limitasse consapevolmente a voler dimostrare l'adulterio materno, sarebbe ipotizzabile un esercizio del diritto processuale strumentalmente concepito in spregio alla buona fama della donna (additandola ad adultera, ma senza riuscire a provare per falsa la *praesumptio*).

È, altresì, chiaro che il diritto di accertare la genitorialità biologica in luogo di quella sociale non soggiace a limiti di sorta, proprio perché un'ampia, ma formalistica, applicazione del criterio della verità biologica consente di poterla dimostrare con tutti gli strumenti che si rivelassero necessari. È bene precisare, inoltre, che né nella pratica giurisdizionale, né nell'analisi dottri-

⁶⁴ Il tema è articolatamente affrontato, pur fornendone una lettura marcatamente *negativistica*, in FRANCESCO D'AGOSTINO, *Famiglia "naturale" e famiglia "sintetica"*, in Myriam Tinti, a cura di, *Famiglia e diritto*, cit., pp. 225 ss.

⁶⁵ Assetto mantenutosi sostanzialmente sino ai giorni nostri, non appena si ricordi che, ai sensi degli artt. 559 e 560 del Codice penale, l'adulterio della moglie era generalmente punito, mentre la punibilità del marito era da configurarsi solo in presenza di un concubinato mantenuto nella casa coniugale o notoriamente altrove. E tale restò l'impianto del Codice penale sostanziale, in materia, sino alle note pronunce di C. Cost. 19 Dicembre 1968, n. 126, e 3 Dicembre 1969, n. 147. Variamente limitata, in pratica, era pure l'azione di separazione per adulterio del marito, esperibile solo se realizzato in circostanze tali da costituire *ingiuria grave* alla moglie (anche l'art. 151 del Codice civile fu *espunto* dall'ordinamento giuridico, per merito di una pronuncia costituzionale – 19 Dicembre 1968, n. 127).

nale, l'operatività dell'accertamento della verità biologica vale a scardinare qualunque temperamento sistematico, a favore dell'intimità e dell'unità familiare.

A conferma di questa affermazione, pare sufficiente limitarsi a richiamare il caso della fecondazione post mortem: il figlio si considera legittimo, anche se stricto iure esso fosse nato più di trecento giorni dopo lo scioglimento del matrimonio⁶⁶.

Il diritto matrimoniale canonico, perciò, pur essendo profondamente radicato nella più universale precettività del diritto naturale, non è insensibile, nelle discipline concrete che appronta, alle modificazioni esterne, di qualunque tipo esse siano. Questa peculiare adattabilità consente di confrontarsi col matrimonio canonico e con la progressiva stratificazione ultra-secolare della normativa che lo connota, ponendo a confronto i principi generali, volta per volta individuati, con le nuove fattispecie concrete che si impongono all'attenzione dell'interprete.

Le principali modificazioni con cui il diritto matrimoniale canonico ha dovuto confrontarsi sono essenzialmente di due tipi: quelle suggerite dalla costante interazione con le legislazioni civili e quelle proposte da una evidente implementazione delle tecniche farmacologiche, riproduttive e chirurgiche. Le prime hanno, in qualche misura, ridimensionato la percezione sociale dell'istituto matrimoniale⁶⁷, mentre le seconde hanno significativamente ridisegnato il quadro delle nozioni biologiche che vengono correntemente utilizzate nell'applicazione del diritto matrimoniale.

In ordine al primo elemento, l'opinione comune è che, nella palese difformità tra la statuizione civile e quella canonica, possa prevalere un principio di tolerantia, per cui la Chiesa continua ad applicare il diritto suo proprio e non approva le violazioni normative compiute attraverso la realizzazione di atti civilmente leciti. In una sorta di giudizio comparativo tra gli effetti della violazione e l'irrogazione di una sanzione, però, la valenza negativa si

⁶⁶ Evidentemente ciò non solleva il giudice dal *dirimere* la questione, quando motivatamente adito. Pur difficilmente potendosi disconoscere, allora, la possibilità di un contrario accertamento giurisdizionale, vedansi, prima dell'entrata in vigore della legislazione in materia di procreazione medicalmente assistita, MASSIMO DOGLIOTTI, *Inseminazione post mortem e intervento del giudice di merito*, in *Famiglia e diritto*, 1999, pp. 384 ss., nonché, sottolineando aspetti parzialmente difformi, GIUSEPPE CASSANO, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1999, 1, pp. 226 ss. Più recenti profili in BIANCA CHECCHINI, *Accertamento e attribuzione della paternità*, CEDAM, Padova, 2008, pp. 245 ss.

⁶⁷ Pur nel quadro di principi che l'ordinamento riconosce come suoi propri ed immodificabili, secondo lo spunto ricostruttivo individuato in SARA DOMIANELLO, *Ordine pubblico, giurisprudenza per principi e deliberazione matrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 128.

attenua fino ad elidere, o quasi, le conseguenze derivanti dalla trasgressione delle proprie norme⁶⁸. Il rapporto con le innovazioni scientifiche, per certi versi, è più problematico e lo si è visto in materia di accertamento della paternità e della maternità. La giusta ricerca della verità biologica deve integrarsi al favor filiationis e non può porsi in contrasto con la tutela della dignità umana. In caso contrario, lo strumento processuale adoperato, pur di particolare rilievo nel garantire il conseguimento di risultati in omnimoda certitudine, finisce per produrre effetti certamente ingiusti e come tali da essere respinti. La riflessione può valicare i confini della filiazione e riferirsi tout court alla posizione processuale del minore. Si è soliti affermare, ad esempio, che al compimento del settimo anno il minore consegue l'uso della ragione. Questa affermazione deve, però, essere munita di contenuti concreti e di specificazioni puntuali. Più che di una categoria non del tutto assimilata dagli ordinamenti civili (l'uso della ragione, nozione diversa dalla capacità in senso stretto), si è in presenza di una condizione anagrafica in cui il minore è almeno in grado di compiere quegli atti per cui ne abbia discernimento. Non si tratta né di un *numerus clausus*, né di fattispecie estendibili a piacimento ed è sempre ammessa la prova contraria circa l'effettivo discernimento del minore⁶⁹. Essa, però, non potrà che essere ottenuta tenendo in conto gli interessi del minore e col rispetto e con le tutele specificamente destinati ad un soggetto ancora in formazione, particolarmente vulnerabile e, perciò, meritevole di una speciale protezione giuridica.

La caratteristica adattabilità del diritto canonico diviene, allora, occasione stimolante per favorire una responsabile dialettica tra le previsioni normative generali e astratte e il singolo caso concreto. Nella decisione, le acquisizioni dottrinali più risalenti possono essere utilizzate. Anzi, questo scambio tra tradizione e adeguamento, in modo che il nuovo diritto possa combinarsi al vecchio a beneficio della *salus animarum*, è comprensibilmente incentivato dalla Chiesa⁷⁰. La decisione, ancor prima di costituire nuovo

⁶⁸ Una forma di *tolleranza* che non potrà non combinarsi con una certa *discretio* nell'approcciarsi alle situazioni concrete della violazione e della *trasgressione*. In argomento, v. anche GIAMPAOLO DIANIN, *Matrimonio e divorzio*, cit., pp. 540-541.

⁶⁹ Sulla disciplina della minore età, in particolar modo nel diritto sostanziale, ma più ampiamente a partire dalla codificazione del 1983, cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Diritto alla vita e diritto dei minori nell'ordinamento canonico*, in AA. VV., *Tutela della famiglia e diritto dei minori nel Codice di diritto canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2000, pp. 61-76. Sulle cautele che dovrà incontrare il regime probatorio, v. anche ALBERTO VANZI, *L'incapacità educativa dei coniugi verso la prole come incapacità ad assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2006, pp. 209 ss.

⁷⁰ Anche se non sono numerose le circostanze in cui il Magistero prende espressamente in considerazione la riferita questione metodologica. Alcuni spunti potevano leggersi, comunque sia, nella

diritto, può favorire l'integrazione tra il diritto vigente e quello vivente. Ed essi concorrono a rispondere alle nuove esigenze sostanziali e processuali e alle nuove incognite di carattere esistenziale, morale e comportamentale, che sono poste dall'utilizzo di avanzati ritrovati medici e diagnostici.

Uno dei casi più dibattuti, tra quelli che meglio possono essere inseriti in questo ragionamento, è costituito dall'ipotesi di patologie sessualmente trasmissibili, non solo nei confronti dell'altro coniuge (quando questi non sia affetto dalla malattia trasmissibile), ma anche a beneficio della prole nascente dalla copula coniugale. L'atto procreativo non può essere concepito come obbligo idoneo a violare i diritti e i doveri dell'obligato. Paolo VI, nell'Enciclica *Humanae Vitae*, si era sospinto a prevedere che, in presenza di motivi particolarmente seri, la decisione di non procreare potesse riguardare anche l'intera durata del matrimonio⁷¹. Parrebbe sin troppo agevole rilevare come ipotesi siffatte rischino di potere essere, nella pratica, confuse con forme di esclusione, più o meno interessate, del *bonum prolis*. Una coniugalità che voglia fondarsi a prescindere dall'ipotesi della genitorialità non acquisisce quei caratteri che il sacramento del matrimonio imprime ai rapporti tra i coniugi.

La posizione della dottrina è sempre stata oscillante, perché si rivela oggettivamente difficile rinvenire uno stabile punto di equilibrio tra la rilevanza dell'elemento procreativo e l'individuazione delle cause che possano o, in alcuni casi, debbano concludersi nella scelta di non procreare. Sarebbero pur sempre configurabili forme arbitrarie di questo rapporto. Ed è ancora in un'ottica tendenzialmente pessimistica, al riguardo, che una decretale di Gregorio IX prevedeva, nel caso dei lebbrosi, l'obbligo per il coniuge sano di adempiere il *debitum coniugale*⁷². Nel valutare disposizioni del genere, vanno tenuti in conto almeno due elementi. La legislazione gregoriana muoveva da una precisa concezione del rapporto matrimoniale. Come già

Lettera Enciclica di GIOVANNI PAOLO II, *Fides et ratio*, 14 Settembre 1998 (reperibile in <http://www.vatican.va>). Vedansi, in particolar modo, i nn. 14 (laddove il Pontefice indica genericamente le innovazioni introdotte dai due Concili ecumenici, senza ulteriori distinzioni), 31 (sulla natura relazionale dell'uomo, anche nelle realtà associative, dotate, entro certi limiti, di regole proprie) e 46 (dove è mantenuta la condanna all'umanesimo ateo e all'immanentismo, ritenendo tale giudizio confacente anche alle esigenze della contemporaneità).

⁷¹ PAOLO VI, Lettera Enciclica *Humanae Vitae*, 25 Luglio 1968, reperibile in <http://www.vatican.va>; un'opportuna rilettura sulle implicazioni d'essa, rispetto al contenuto giuridico della procreazione nell'unione matrimoniale, può rinvenirsi in MAURIZIO CHIODI, *Matrimonio e generazione*, in Andrea Bozzolo, Maurizio Chiodi, Giampaolo Dianin, Pierangelo Sequeri, Myriam Tinti, *Famiglia e Chiesa*, cit., pp. 517-519.

⁷² La previsione è, però, riletta quale difesa del diritto dei lebbrosi a contrarre matrimonio in PAOLO SCOPONI, *I divieti matrimoniali in casi singoli*, Gregorian Biblical Press, Roma, 2011, pp. 20 ss.

osservato, attraverso gli interventi di Innocenzo III e di Gregorio IX, era in corso il progressivo avvicinamento del matrimonio canonico al modello consensuale-contrattuale, sul quale convergevano le tesi di personalità come Enrico da Susa. Il sinallagma in cui era da configurarsi il debitum coniugale si concludeva nel trasferimento di un diritto sul corpo del coniuge, all'interno del quale la prestazione sessuale era forma tipica dell'adempimento.

In altre parole, il coniuge sano non poteva eccepire il morbo della lebbra di cui fosse affatto l'altro coniuge, per non adempiere. Per altro verso, andrebbe pur brevemente ricordato che al tempo di Gregorio IX le cognizioni medico-scientifiche, anche presso le classi colte, erano sostanzialmente frammentarie e particolarmente limitate. Il Magistero della Chiesa non riusciva, ad esempio, ad impedire che, in caso di epidemie gravi, sorgessero le più improbabili ricostruzioni sulle ragioni del morbo, a volte addirittura avallate dai dottori del tempo⁷³. Sulla circolazione della lebbra, le acquisizioni scientifiche erano assai ridotte e nella cultura medievale presero piega convincenti diffusi, il cui fondamento è oggi, per fortuna, solidamente confutato.

Quello che conta osservare è, perciò, non l'applicazione della decretale di Gregorio IX e nemmeno la pedissequa riproponibilità della questione rispetto a patologie di più recente scoperta, ma di pari o maggiore gravità. Dal punto di vista giuridico, sembra, invece, necessario riscontrare l'orientamento dottrinale che ha formalizzato, pur in modo controverso, una serie di ipotesi in cui l'atto procreativo non solo non era ritenuto esigibile, ma veniva addirittura variamente sconsigliato e, persino, inibito. Attesa la particolare gravità dei motivi cui sembra alludere lo stesso Paolo VI, si è ammesso, in alcuni casi, un largo principio di tutela della vita del coniuge e della prole che, dietro istanze comuni, ha potuto assumere forme diverse. Dalla (mera) facoltà di astenersi dal procreare sino alla (piena) esenzione dall'obbligo di compiere atti sessualmente fecondi.

Rispetto ad esse, nella dottrina come nella giurisprudenza, è prevalsa una certa prudenza. La centralità del momento procreativo nella fattispecie matrimoniale canonica è stata correttamente inquadrata dal Concilio Vaticano II, sino a coordinarsi alla supremazia del bonum coniugum nella realizzazione di una vera *communitas vitae et amoris*. Resta il fatto che il confine tra la

⁷³ Numerose fonti potrebbero attestare questa problematica relazione tra la vita associata (anche quella familiare, anche quella religiosa) e l'assoluta carenza di studi oggettivi in ambito epidemiologico. Vedansi almeno JOLE AGRIMI, CHIARA CRISCIANI, *Malato, medico, medicina nel Medioevo*, Loescher, Torino, 1980; NILDA GUGLIELMI, *Il Medioevo degli ultimi. Emarginazione e marginalità nei secoli XI-XIV*, Città Nuova, Roma, 2001, pp. 115 ss.; GABRIELLA PICCINI, *Il Medioevo*, Mondadori, Milano, 2004, pp. 215 ss.

motivata e sofferta astensione dalla procreazione e la possibilità, nei fatti, di escludere, attraverso essa, uno dei bona matrimoniali, non è affatto inoppugnabile e segnato. E l'interprete si vincola, come diversamente non potrebbe fare, a cercare di non far rientrare nel parametro della giustizia pratiche che, se non adeguatamente circostanziate, sarebbero certamente *contra jus*.

Nei casi più dibattuti, la mancata realizzazione del momento procreativo, pur potendo fondarsi su considerazioni affini a quelle, sin qui, proposte, è stata addotta a suffragio della nullità del matrimonio. In queste circostanze, anche al rischio di rendere pronunce particolarmente controverse, la giurisprudenza ha preferito far interagire, ove possibile, altri capi di nullità, formalmente distinguibili dall'esclusione del *bonum prolis* (in tal senso, vedasi già Neapolitana, c. Oder, 23 Marzo 1999)⁷⁴. Così ragionando, il mancato, o conseguito, compimento di atti sessualmente fecondi, non diviene l'asse portante della decisione e la stessa autorità giurisdizionale può, in qualche misura, non estendere la propria argomentazione ad una parte così delicata e difficilmente sondabile dell'intimità coniugale. Diversamente, purtroppo, sarebbe nel caso in cui la *res litigiosa* si esaurisse completamente nell'accertamento di tale aspetto. In quel caso, la giurisdizione ecclesiastica dovrebbe vagliarlo esaustivamente – dandone ovviamente conto in sentenza – e riscontrare l'evenienza e la fondatezza della decisione di non porre in essere atti procreativi.

Non appare sorprendente che autorevole e risalente dottrina abbia cercato di giustificare le proprie posizioni su aspetti così rilevanti, proprio a partire da una valutazione dei rapporti tra il compimento dell'atto coniugale e la generazione e la tutela della prole. Gli orientamenti principali si fanno risalire al Sanchez e al De' Liguori, entrambi variamente seguiti e sostenuti anche nelle tesi di Autori di molto successivi⁷⁵.

Il primo argomentava come la generazione dei figli non potesse che essere sempre ritenuta (giuridicamente) lecita, sino all'atteggiarsi come (moralmente) doverosa⁷⁶. Non sarebbero potute sussistere ipotesi ricostruttive dif-

⁷⁴ Per una opportuna ricostruzione, circa le problematiche sollevate nella vicenda, v. ILARIA ZUANNAZZI, *La filiazione nel diritto canonico della famiglia*, in Myriam Tinti, a cura di, *Famiglia e diritto*, cit., pp. 153-154, n. 164.

⁷⁵ Al punto da proporre limitazioni al *diritto al matrimonio*, ad avviso di GERALD D. COLEMAN, *Can a Person with AIDS marry in Catholic Church?*, in *The Jurist*, 1989, 49, pp. 258-266; in modo, forse, meno ultimativo LINO CICCONE, *Aids: problemi etici in ambito coniugale*, in *Medicina e Morale*, 1992, 4, pp. 619-632. Una vasta *panoramica* su un tema che molto colpì la dottrina a cavallo tra anni Ottanta e Novanta in Sandro Gherro, Gianfrancesco Zanuazzi, a cura di, *Matrimonio canonico e AIDS*. Atti del Convegno (Verona, 24 Febbraio 1994), Giappichelli, 1995.

⁷⁶ Il riferimento è a TOMMASO SANCHEZ, *De Sancto Matrimonii Sacramento disputationum*, IX, 24, 25. V., al riguardo, ALFREDO RAVA, *Il requisito della rinnovazione del consenso nella convalidazione*

formi. Siamo in presenza di una accezione forte della *spes prolis*, perché, pur spesso in contraddizione con argomenti di carattere scientifico, ci si spingeva ad immaginare che la patologia trasmissibile potesse arrestarsi, invece, con la nuova generazione. E finanche si fosse realizzata questa ipotesi, invero esclusivamente auspicabile e non occasionalmente impossibile, il buon esito della *spes* sarebbe stato, in fin dei conti, irrilevante. A prescindere dal giudizio sulla trasmissione di una patologia o dalle altre circostanze che, ad avviso dell'opposta dottrina, ammetterebbero la decisione di non procreare anche per tutta la durata del matrimonio. Difatti, nel caso, più probabile, della trasmissione alla prole di malattie gravi dei genitori o di pericolo per la salute dell'altro coniuge, a seguito dell'atto sessuale, il suo compimento non sarebbe potuto venire meno. Si ripropone, in sostanza, la tesi di Gregorio IX sul *debitum* e, anzi, rispetto ad essa, non sembra ci si premuri troppo di giustificare, nell'alveo del rapporto debito-credito, (la generazione dei figli che segue) il compimento dell'atto sessuale. Quest'ultimo non avrebbe, perciò, rilievo in quanto prestazione nell'ambito di una visione contrattualistica del matrimonio, ma oggettiva obbligatorietà in ragione dei fini che, a mezzo del sacramento matrimoniale, l'ordinamento canonico persegue.

Il De' Liguori, al contrario, postulava la grava illiceità morale di rapporti sessuali in presenza di un grave pericolo per la vita e la salute di entrambi i coniugi (o di uno solo di essi) e della prole⁷⁷. La tesi de qua partiva, all'opposto, da una valutazione integrale di quello che si sarebbe chiamato, presso Autori successivi, il bene della vita. L'atto procreativo ha la funzione di trasmettere la vita, di assicurare la generazione della prole. Se esso si pone contro alcuno dei suoi effetti biologici più immediati, da una generale obbligatorietà degrada sino ad una grave illiceità. Che tale si rivela a tutela di ciascuno dei componenti della famiglia. Del coniuge sano, se il nocumento gli derivasse dall'unione sessuale col coniuge gravemente malato; di entrambi i coniugi, nel momento in cui la consumazione del rapporto potesse risultare esiziale per ciascuno di essi. Della prole che sarebbe generata, al rischio di gravi menomazioni, idonee a mettere in serio pericolo la prosecuzione dell'esistenza; dei figli nati prima che uno dei genitori contraesse il *morbum*, i quali, a seguito dell'atto sessuale tra il padre e la madre, potrebbero rischiare di perdere entrambi.

Probabilmente, pur nella dovizia degli argomenti addotti, entrambe le tesi

semplice del matrimonio (can. 1157, § 2). *Studio storico-giuridico*, Gregorian University Press, Roma, 2001, pp. 56 ss.

⁷⁷ L'opinione richiamata trovasi in ALFONSO MARIA DE' LIGUORI, *Theologia Moralis*, III, nn. 48-50; in merito, cfr. SANDRO SERRERI, *Famiglia e lavoro nell'insegnamento sociale della Chiesa: da Leone XIII a Giovanni Paolo II*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2006, p. 46. Non sembra aderire del tutto alla ricostruzione proposta nel testo ROMANO CANOSA, *La restaurazione*, cit., p. 95.

presentate rischierebbero di risultare sin troppo estreme. L'una imponendo in ogni caso la generazione della prole o, almeno, il compimento dell'atto coniugale, pure in quei casi in cui i coniugi ne siano impossibilitati proprio dall'aggravarsi delle condizioni a seguito della malattia. L'altra, tuttavia, da completarsi e specificarsi, meglio indicando le cause e le ragioni dell'illiceità morale di un atto procreativo tanto rischioso per la tutela della vita. E, certamente, con cognizioni medico-scientifiche di molto implementate rispetto agli anni in cui il De' Liguori affrontava la questione.

Il fatto che in entrambi gli Autori sia centrale il riferimento alla filiazione giuridica e, sul piano biologico, alla generazione della prole può, comunque sia, essere ritenuto indicativo della specifica prospettiva canonistica in materia di responsabilità dei genitori e, ancor prima, di diritti e doveri dei coniugi. Difatti, il ministero dei genitori cattolici, sancito e disciplinato dal diritto, trova nel sacramento del matrimonio irripetibile investitura, già all'interno di quel singolo rapporto coniugale (e non di qualunque altro, astratto, ipotetico o venturo)⁷⁸.

La gravità dei compiti educativi dei genitori si estende a tutte le forme dell'istituzione salvifica della Chiesa e aderisce al munus docendi, sanctificandi e regendi, essendone parte con piena dignità. Si tratta, perciò, di un ruolo che, a mezzo del sacramento matrimoniale, ribadisce la propria specificità rispetto agli obblighi civili dei genitori nei confronti della prole. A beneficio di essa, però, tanto le implicazioni giuridiche, quanto quelle sacramentali, tanto gli aspetti privatistici, quanto i precetti religiosi, sono inevitabilmente chiamati a cooperare.

Non è infondato ritenere, perciò, che nel comune riconoscimento del valore intrinseco dell'affettività genitoriale possano, forse, scorgersi (le opportunità di) nuove ipotesi di comparazione e di cooperazione, tra i diritti civili e quelli confessionali⁷⁹. In modo che la progressiva differenziazione delle diverse normative formali, determinata prevalentemente ma non esclusivamente dal processo di secolarizzazione⁸⁰, non escluda una riflessione co-

⁷⁸ Cfr. PIERO ANTONIO BONNET, *Essenza e sacramentalità*, cit., pp. 89-105.

⁷⁹ Il dato è accolto, in un' apprezzabile prospettiva comparatistica che riguarda ordinamenti di tradizione concordataria quali l'Italia (i Paesi *latini* in Europa e il Sud America), in VERONICA ROLDAN, *Valori, cultura e religioni. Processi di globalizzazione e mutamento sociale*, Carla Settimi, a cura di, Franco Angeli, Milano, 2011, pp. 42 ss.

⁸⁰ Tra i molti che confermano la non esaustività del mero riferimento alla secolarizzazione, nel comprendere le innovazioni giuridiche in atto, v. PASQUALE LILLO, *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso*, III ed., Giappichelli, Torino, 2012, pp. 23 ss.; avendo sempre presente il riferimento a sistemi concordatari o di radicata tradizione cristiana, v. anche AMALIA DIURNI, *America Latina*, in Ead, a cura di, *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 60 ss.

mune in vista di obiettivi di giustizia sostanziale, all'interno del diritto di famiglia⁸¹.

4. *Le riforme civilistiche e le controverse opportunità di accesso ai più recenti ritrovati medico-scientifici. Nuove possibilità di tutela del diritto alla salute e all'integrità familiare*

Sulla base di quanto sinora affermato, si è cercato di dimostrare come il diritto civile e il diritto canonico abbiano conosciuto fasi anche radicalmente diverse, nella disciplina della filiazione, come in quella matrimoniale. Sono state registrate alcune discrasie, che verranno meglio precisate nel seguito della trattazione, ma non sono mancate anche profonde affinità, soprattutto nella predisposizione di alcuni strumenti di tutela. Almeno dal punto di vista normativo, pari sembra l'attenzione all'interesse del minore. In entrambi i sistemi, la coesione e l'intimità familiare non si rivelano quali semplici affermazioni teoriche, trattandosi all'opposto di valori che ciascun ordinamento, con le proprie norme e a presidio delle proprie rispettive prerogative, mira a tutelare e a difendere⁸².

Si dovrebbe osservare come la stessa predisposizione di istituti omologhi abbia, poi, finito per perseguire interessi radicalmente diversi. Stando ai rapporti tra i coniugi, la separazione canonistica⁸³, di cui ai cann. 1152 e ss., ha inevitabilmente una ratio diversa da quella civile. In un'ottica finalistica, infatti, la separazione canonica per adulterio si fonda su una certa interinalità ed è caratterizzata (o, meglio, dovrebbe essere sempre caratterizzata) dall'accoglimento, dal perdono, dal ricongiungimento e, infine, dalla ricostruzione della vita coniugale.

⁸¹ Si immaginano persistenti contrapposizioni ideologiche in questo campo, al contrario, in NANCY FRASER, *Giustizia sociale nell'era della politica dell'identità: redistribuzione, riconoscimento e partecipazione*, in Ead, Axel Honneth, eds., *Redistribuzione o riconoscimento? Una questione politico-filosofica* (2003), trad. it. Meltemi, Roma, 2007, pp. 87 ss.

⁸² Il principio dell'omogeneità delle tutele approntate, ad avviso di autorevole dottrina, non si applica, del resto, soltanto ai rapporti tra la sfera civile e la sfera religiosa. Andrebbe rimarcato, nella prima, anche nelle relazioni tra la giurisdizione (civile) nazionale e quella internazionalistica, in modo che l'effettiva tutela dei diritti non debba risentire della *sedes* presso cui è fatta valere. In proposito, v. ANDREA GUAZZAROTTI, *Bilanciamenti e fraintendimenti*, cit., p. 596.

⁸³ Sebbene la dottrina giuridica civile tenda a riconoscere il rilievo della separazione canonica come possibile modello normativo anche per gli ordinamenti privatistici. Pur considerando i divergenti sviluppi, cfr. DANIELA CIANCIO, *Addebito e adulterio*, in *Diritto & Diritti*, 16 Gennaio 2013; per un primo resoconto sui diversi fini della separazione personale in diritto canonico, vedasi la rassegna bibliografica di LUCIANO OLIVERO, *La separazione di fatto dei coniugi*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 7.

La posizione degli ordinamenti civili è molto diversa e la disciplina italiana non fa eccezione. Fino a tempi piuttosto recenti, la posizione dell'adultero e, ancor più, dell'adultera, subiva gravi limitazioni. Esse, ormai, sopravvivono nell'accertamento processuale della separazione, ma non si sostanziano in forme, più o meno velate, di *deminutio capitis* o nell'ammissibilità di forme riparatorie private o, peggio, arbitrarie di alcun tipo⁸⁴. Al di là del giudizio morale sull'adulterio, del resto, l'ordinamento civile accoglie il presupposto di favorire la conciliazione: una ricomposizione non traumatica è preferibile rispetto ad una complessa fase contenziosa. Quando, però, la prosecuzione della convivenza appaia intollerabile, l'ordinamento si dimostra tendenzialmente più pronto a favorire la cessazione dell'unione coniugale e a ritenere questa cessazione elemento sostanzialmente positivo, almeno per la parte nei cui confronti non si muovano addebiti. Quanto alla cura degli interessi della prole, inoltre, il diritto canonico recepisce in positivo la nozione ecclesiologicala e pastorale della famiglia come chiesa domestica. Ritiene, perciò, massimamente preferibile l'armonia tra i coniugi, che, ai sensi del canone 1135, hanno pari doveri e diritti per quanto riguarda la comunità di vita coniugale. La sistematica civilistica, forse in modo più prosaico, ma a volte fondato, accetta espressamente l'ipotesi che la convivenza con entrambi i genitori possa arrecare nocumento al minore e dispone, in modo più o meno analitico, le apposite procedure⁸⁵.

Queste differenti prospettive non esauriscono tutte le divergenze tra il diritto matrimoniale canonico e quello civile, ma tutte richiamano, come le altre, una inevitabile distinzione. La visione contrattualistica del matrimonio, negli ordinamenti secolari, ha reso possibile l'introduzione del divorzio e ha spinto a favorirne il ricorso in determinate circostanze. La visione contrattualistica del matrimonio, nel diritto canonico, per altro verso non sempre accolta in positivo dalla dottrina, ha, comunque sia, salvaguardato l'indisponibilità del vincolo. Gran parte delle differenze sistematiche, sin qui osservate, discende, più o meno chiaramente, da questa inevitabile divaricazione.

Anche in materia di filiazione, sussistono profonde affinità, ma le non occasionali differenze discendono, a propria volta, da prospettive ordinali andate in direzioni inequivocabilmente diverse. Il diritto canonico

⁸⁴ Alcune di questi ipotesi, ormai non più costituenti norme incriminatrici di diritto vigente (come l'*omicidio per causa d'onore*), sono opportunamente analizzate e stigmatizzate in FABIO BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 148.

⁸⁵ Pur dimostrando di non ritenere questa la forma preferenziale per favorire la crescita del minore medesimo, come si riconosce in TOMMASO AULETTA, *Dai principi costituzionali al "diritto vivente"*. *Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future*, in <http://www.gruppodipisa.it>.

continua a privilegiare le connessioni tra il matrimonio e la filiazione; il diritto civile mira a tutelare in modo progressivamente più articolato tutte le ipotesi di filiazione che si situino al di fuori del rapporto matrimoniale. L'equiparazione di tutti gli status della filiazione, avvenuta, in Italia, non senza incertezze rilevanti, con la Legge 10 Dicembre 2012, n. 219, ha formalizzato questo passaggio, cercando di riequilibrarlo con istanze proprie del diritto antidiscriminatorio e della solidarietà sociale⁸⁶.

Quel che è certo è che la legislazione italiana è tardivamente arrivata ad approntare forme di riconoscimento già esistenti nel diritto di altri Stati membri dell'Unione Europea. L'Unione è priva di competenze dirette in materia di filiazione e famiglia⁸⁷, perché è, sin dall'atto della sua formazione, impegnata a rispettare le diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa. Nel caso in cui, su una data materia, estranea al novero delle competenze previste nei Trattati, la maggior parte degli Stati membri presentasse una disciplina di elevata garanzia, l'Unione sarebbe sfornita di strumenti immediatamente precettivi per spingere lo Stato membro meno avvertito ad adeguare il livello delle tutele. Anche per queste ragioni, hanno avuto un certo rilievo le bozze di testi normativi (a carattere, appunto, persuasivo e non precettivo) che sono circolate, ad opera di agenzie internazionali o gruppi di studio, nel tentativo di rendere più omogenee e qualificate le diverse legislazioni nazionali. Si è trattato di iniziative meritorie e, in alcuni casi, della reale espressione di un'elaborazione comune approfondita. L'utilità di documenti del genere non può, però, essere sopravvalutata. Essi concorrono a fissare degli orientamenti ermeneutici, possono indicare lo stato della legislazione e fornire suggerimenti condivisibili de iure condendo, ma non risolvono, né potrebbero farlo, le problematiche cui si riferiscono. Basti ricordare che bozze similari hanno riguardato il divorzio e il riconoscimento degli effetti conseguentini nel territorio della UE, le linee-guida sulla disciplina della responsabilità genitoriale e, in modo più generico, taluni profili di tort law. Si tratta, cioè, di documenti ancora disorganici, quanto alle materie individuate e alle proposte formulate⁸⁸.

⁸⁶ Sull'integrazione tra i due profili, quanto, però, alle discipline giuridiche differenziate in ragione dell'orientamento sessuale, v. CARMELO DANISI, *Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza: il caso dell'orientamento sessuale*, in <http://www.forumcostituzionale.it>.

⁸⁷ Osservazione debitamente comprovata in ROSSANA PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo. Tra integrazione del mercato e tutela dei diritti fondamentali*, Cacucci, Bari, 2012, pp. 22 ss.

⁸⁸ Questo progetto di *collezione* delle regole comuni in materia di responsabilità è sfociato nell'adozione da parte dell'EUROPEAN GROUP ON TORT LAW dei *Principles of European Tort Law* (rinvenibile anche in <http://www.civil.udg.edu>).

Nell'ambito de quo, appare per più punti difficile (se non quando pericoloso) che siano fissati in una fonte normativa trans-nazionale i caratteri minimi costitutivi della famiglia e del matrimonio. Non tanto perché così si rischierebbe di violare le tradizioni e le culture dei popoli europei o perché si sconfinerebbe in una sfera ancora profondamente legata alle specificità dei diritti statuali. I diritti statuali hanno potuto adottare disposizioni in palese contrasto con i principi e le tutele riconosciuti nel diritto dei Trattati⁸⁹. In altre parole, la statualità del provvedimento legislativo non ne garantisce necessariamente la migliore rispondenza alla protezione giuridica di situazioni concrete. Semmai, nell'enfasi non occasionale con cui si accolgono i suggerimenti di progressiva integrazione dei diritti nazionali, si cela il rischio di devolvere a fonti non legislative i compiti e i poteri della legislazione propriamente detta. In più, finanche si approntasse un testo a carattere persuasivo concernente i caratteri essenziali dell'unità familiare, si potrebbe davvero essere sicuri circa un suo utilizzo responsabile? Non si rischierebbe di escludere dai parametri individuati per definire l'essenza giuridica della famiglia tutte quelle situazioni che, per mera scelta discrezionale, non siano state ricomprese nel novero dei canoni convenzionali adottati? Per risolvere eventuali casi di discriminazione, in sostanza, il ricorso a strumenti di soft law è frequentemente incoraggiato, perché in esso non si adottano decisioni vincolanti, munite, in caso di mancata ottemperanza, di rigidi apparati sanzionatori⁹⁰. D'altra parte, gli strumenti approntati rischiano di essere totalmente carenti quanto ai profili applicativi, rendendo necessaria la precettività delle vecchie fonti di hard law, per concorrere all'attuazione degli scopi comuni suggeriti⁹¹.

E quale approccio si seguirebbe per definire la famiglia, lo status di figlio o gli obblighi scaturenti dal matrimonio? Un criterio espositivo diffuso e analitico, che rischia di essere disatteso in ogni caso, oltre che di rivelarsi sin troppo dettagliato per una sua armonica attuazione, o uno più breve e incompleto, che lascia però inalterate le incognite per cui era stato redatto e utilizzato?

⁸⁹ Cfr., in proposito, J. SHOW, *La Corte europea di giustizia di fronte al diritto di cittadinanza: una sfida alla sovranità nazionale dei Paesi membri?*, nei *Quaderni Costituzionali*, 2010, 3, p. 614.

⁹⁰ Questa modalità di produzione normativa è, ad esempio, particolarmente apprezzata in FORTUNATO FRENI, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso. Questioni di bioetica, codici di comportamento e comitati etici*, Giuffré, Milano, 2000.

⁹¹ Semmai, essa potrà risultare vincolata nel contenuto (*rectius*: nel risultato atteso), ma difficilmente potrà essere integralmente sostituita, e a breve termine, da fonti di carattere non legislativo. Così ELISABETTA LAMARQUE, *Adozione da parte dei single omo e eterosessuali: i paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?*, in <http://www.forumcostituzionale.it>.

Allo stesso modo, è innegabile che le Corti internazionali e quelle europee abbiano avuto un ruolo non di poco conto nel favorire il processo di integrazione. Usando, volta per volta, come parametro la legislazione che meglio sembrava rispondere agli scopi istitutivi dell'Unione e al reticolato di diritti in essa previsti. O, persino, arrivando a suggerire soluzioni normative radicalmente nuove, apparentemente in grado di segnare una chiara evoluzione in positivo del diritto degli Stati.

Questo ruolo, soprattutto nell'ambito di cui si discorre, è stato, comunque sia, essenzialmente collaborativo, ma assolutamente non dirimente⁹². Anche perché, se fino ad un decennio addietro la riflessione della dottrina sembrava evidenziare l'elevato grado di disposizioni comuni al diritto degli Stati, oggi sembra in corso il processo opposto. In base al quale, non si possono non registrare le differenze, soprattutto quelle aggravatesi dopo pur discutibili processi di riforma (si è soliti, in proposito, far riferimento al caso dell'Ungheria⁹³, ma più generalmente ai Paesi dell'Europa dell'Est, complessivamente considerati).

All'esito di questo dibattito, i punti che dovranno realmente motivare un più deciso impegno degli operatori sembrano essere essenzialmente due. Da un lato, non si potrà procrastinare troppo a lungo l'individuazione di criteri certi per favorire la libera circolazione degli status familiari – potendo aumentare, come già è aumentata, la mobilità dentro e fuori l'Unione. E, dall'altro, dovrà essere sempre valutato favorevolmente l'affinamento delle disposizioni di garanzia, a presidio degli interessi delle parti più deboli dei rapporti sociali.

I diritti nazionali, anche quelli più evoluti, hanno spesso origini tutto fuorché tuzioristiche e, in questa evoluzione, è facile riscontrare la stessa modificazione del significato attribuito a lemmi come famiglia, filiazione e matrimonio. Non fa eccezione il caso dell'Italia. Basti pensare alla codificazione civile del 1865, che si inseriva in un quadro di politica legislativa

⁹² Per quanto riguarda la Corte di giustizia, appare opportuno il rinvio a SARA LORENZON, *Il dopo Trattato di Lisbona: completezza ed effettività dei rimedi giurisdizionali di fronte alla Corte di giustizia*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010, 1, pp. 135 ss.; sui temi sollevati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, vedasi GIUSEPPE CASUSCELLI, *Convenzione europea, giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo e sua incidenza sul diritto ecclesiastico italiano. Un'opportunità per la ripresa del pluralismo confessionale?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (<http://www.statoechiese.it>), Settembre 2011.

⁹³ Sulle politiche migratorie, che, in realtà, interessano l'ambito della filiazione, almeno quanto al conseguimento del diritto di cittadinanza e alle ipotesi di ricongiungimento familiare, v., ad esempio, CORENTIN LÉOTARD, *Gli ungheresi si ribellano alla xenofobia del governo*, in <http://www.internazionale.it>, 7 Agosto 2015. Per un resoconto di precedenti vicende di politica parlamentare, cfr. ANDREA TARQUINI, *Ungheria, passa la Costituzione di Orban*, in *la Repubblica*, 11 Marzo 2013.

sostanzialmente liberale⁹⁴. Non era prevista alcuna forma di tutela per i figli adulterini e anche la codificazione fascista del 1942 sembrava procedere, pur nella diversa impostazione perseguita, nella stessa maniera. Nonostante l'aumento delle disposizioni ad hoc, rimanevano due limiti di non poco momento. In primo luogo, la necessità del consenso dell'altro coniuge per l'ingresso nella casa coniugale del figlio naturale riconosciuto durante il matrimonio⁹⁵. E, a un più ampio livello di politica del diritto, non poteva non segnalarsi il mancato instaurarsi del rapporto di parentela tra più figli naturali degli stessi genitori. Si tratta di limiti che smentiscono l'idea pubblicistica di famiglia usualmente attribuita al legislatore fascista, a meno che non ci si intenda preventivamente sul senso da attribuire a questa visione pubblicistica e centralistica⁹⁶.

L'attenzione del fascismo ad una valutazione organicistica dei corpi intermedi, perfettamente inquadrati nella costruzione giuridica dello Stato fascista, era certo un'innovazione rispetto allo Stato liberale. Ma non integrava, sempre e comunque, un'evoluzione in positivo.

È stato spesso riscontrato il debito che questa ricostruzione avrebbe nei confronti della dottrina di Antonio Cicu⁹⁷, per il quale la famiglia sarebbe, come noto, un aggregato organico di formazione naturale e necessaria. Ci si permette da dissentire da proposti parallelismi troppo disinvolti. La più parte della dottrina del Cicu, in materia di famiglia e filiazione, è messa a punto negli anni Dieci del XX secolo. Circa trent'anni prima della codificazione fascista e della legislazione speciale pre – e, soprattutto, post – codicistica.

Certo, nell'opera di Cicu si rinvengono elementi che, a volte in buona fede, alle altre con imperizia, il legislatore fascista deve aver pur tentato di recepire normativamente. L'andamento di questo tentato recepimento, specialmente a partire dagli anni Trenta, è stato molto opinabile, restando in esso ben poco della tensione etica e comunitaristica del diritto di famiglia

⁹⁴ Sulla regolamentazione privatistica del Codice civile del 1865, v. ANTONIO GORGONI, *Famiglia e matrimonio. Profili evolutivi nel diritto europeo*, in *Persona e Mercato*, 2013, 12, p. 247.

⁹⁵ Si concentra, in particolar modo, sull'ipotesi prospettata ANTONIO GORGONI, *Famiglia e matrimonio*, cit., pp. 248-249.

⁹⁶ Ad esempio, non sovrapponibile al *disegno* costituzionale, ove pure la regolamentazione familiare resta *sospesa* tra valori pubblicistici ed istanze privatistiche. Di interesse, la ricostruzione teorica e comparatistica proposta in PIETRO RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie*, in *Rivista di diritto civile*, 1988, I, p. 304.

⁹⁷ La tesi trovava sistemazione organica in ANTONIO CICU, *Il diritto di famiglia: teoria generale*, Athenaeum, Roma, 1914; un bilanciato inquadramento delle diverse ipotesi, che si misurano sui rapporti tra la dottrina di Cicu e il diritto privato della legislazione fascista, trovasi in MICHELE SESTA, *Il diritto di famiglia tra le due guerre e la dottrina di Antonio Cicu*, nell'edizione di ANTONIO CICU, *Il diritto di famiglia*, cit., rist. Forni, Bologna, 1978, pp. 1 e ss.

di Cicu. E, all'opposto, rafforzandosi l'idea che l'intervento statale nella regolazione della famiglia e della filiazione dovesse avvenire secondo precisi scopi politico-istituzionali.

È stato opportunamente evidenziato come anche l'epocale riforma del diritto di famiglia del 1975 contenesse dei limiti non irrilevanti⁹⁸. E, tra essi, poteva spiccare che non si prevedesse il diritto di chi nasceva da soggetti non coniugati tra loro a diventare membro delle famiglie d'origine dei propri genitori. Ciò a dire che spesso i limiti della legislazione non possono nemmeno essere qualificati come conseguenza di una precisa politica del diritto, più spesso profilandosi in quanto testimonianze del sentire comune in un periodo storico dato. Introdotto questo criterio interpretativo prudenziale, la legislazione italiana di famiglia, a partire dalla Legge 1 Dicembre 1970, n. 898⁹⁹, almeno fino alla fine degli anni Novanta e ai tentativi di migliorare l'istituto dell'adozione, può essere riletta anche alla luce di importanti elementi positivi. Tra essi, possono segnalarsi il carattere non più eccezionale del riconoscimento dei figli adulterini, la rimozione dei limiti all'accertamento della paternità e della maternità naturali, l'uniformazione del rapporto tra il genitore e il figlio a prescindere dal retaggio del favor legitimitatis.

L'avanzamento degli strumenti dell'analisi e della ricerca biologiche ha, per altro verso, reso meno aleatoria la rispondenza tra la certezza formale e la verità naturale e molti di questi aspetti sono stati favorevolmente accolti anche dalla dottrina più vicina ad istanze ecclesiali.

La già ricordata legge n. 219 del 2012 si inserisce in questo percorso, anzi portandolo per molti aspetti a compimento, ma le scelte terminologiche che la connotano derivano ancora da quel lessico comune che segnala i rapporti, invero molto stretti, tra diritto e cultura¹⁰⁰. Non si spiegherebbe altrimenti come una legge, espressamente orientata alla parificazione degli status filiali, possa recuperare nella titolazione proprio quelle nozioni che mira a superare, denominandosi Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali. L'effetto è, almeno sotto il profilo simbolico, certamente contradd-

⁹⁸ Pur tra i primi commentatori della legge a metterne in luce anche gli aspetti positivi, può richiamarsi in proposito STEFANO RODOTÀ, *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in *Politica del diritto*, 1975, pp. 676-677.

⁹⁹ Il richiamato provvedimento (*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*) introdusse in Italia, come noto, l'istituto del divorzio, nei fatti *scalfendo* la prospettiva dell'indissolubilità *assoluta* del vincolo matrimoniale, derivante dal matrimonio canonico (anche da un matrimonio canonico *trascritto*). La revisione concordataria del decennio successivo aumentò le preoccupazioni circa una politica ecclesiastica definitivamente scetra dai presupposti su cui si fondava il disposto costituzionale, di cui agli artt. 7 e 8 della Carta medesima. Siffatta preoccupazione veniva correttamente ritenuta eccessiva in SARA DOMIANELLO, *Ordine pubblico*, cit., p. 72.

¹⁰⁰ Su questi rapporti, v., per tutti, SALVATORE BERLINGÒ, *Bioetica, biodiritto*, cit., p. 10.

dittorio: la legge n. 219 ha perfettamente parificato la filiazione naturale e quella legittima? O mantiene un certo numero di disposizioni speciali per la filiazione naturale, sicché essa si avvicina a quella legittima, ma ne resta normativamente e qualitativamente diversa, per non dire concettualmente e intrinsecamente subordinata?

Di questo avviso, può essere ritenuto l'orientamento critico che ha ritenuto la legge n. 219 espressione di buone e valide intenzioni innovative, ma di strumenti applicativi sin troppo prudenti¹⁰¹. In alcuni punti, gli aspetti innovativi paiono realmente interessanti. Talvolta collocandosi nel solco di già consolidati orientamenti giurisprudenziali, ma finalmente svolgendoli in modo più organico. Si prenda in considerazione il testo, modificato, dell'articolo 251 del Codice civile. Non solo perché ad essere modificata è stata anche la rubrica (da Riconoscimento dei figli incestuosi ad Autorizzazione al riconoscimento). Pur con tutta una serie di cautele applicative difficilmente evitabili – stando alla mera valutazione testuale, bisognerebbe considerare la previa autorizzazione del giudice per il riconoscimento del figlio, nonché la valutazione della necessità di evitare ad esso qualunque forma di pregiudizio a seguito del riconoscimento. È abolito il termine incestuosi, che inevitabilmente richiama una certa carica dispregiativa, come si è visto non del tutto estranea al medesimo diritto ecclesiale¹⁰². Ed è soppressa, con operazione indubbiamente più controversa, l'ignoranza del vincolo di parentela da parte dei genitori.

D'altra parte, il compromesso generale raggiunto al combinato disposto degli artt. 315 e 315 bis del Codice civile sembra in ogni caso rilevante. L'articolo 315 è novellato secondo un criterio molto netto e stringato: tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico. E l'articolo 315 bis dà contenuti non irrilevanti a quello statuto giuridico, finendo, comunque sia, per incorrere in quelle eccezioni di soverchia prudenza poc' anzi ricordate. Si tenga conto, ad esempio, del secondo comma dell'articolo in parola (il figlio ha il diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti). La proclamata parificazione degli stati giuridici della filiazione può, in conclusione, far affermare che le ipotesi di convivenza more uxorio con prole siano famiglie in cui si forma un vincolo parentale pieno, nella linea retta e collaterale? E, di là dai diritti esercitabili in capo ai figli, queste unioni fami-

¹⁰¹ Quanto ad alcuni elementi critici sulla titolazione del provvedimento, vedasi MICHELE SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e diritto*, 2013, 3, p. 233; sottolineando ancor più decisamente le possibili insoddisfazioni, LEONARDO LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 4, pp. 201 ss.

¹⁰² Al riguardo, si consenta di rinviare a SALVATORE PULIATTI, *Incesti crimina*, cit.

liari che tipo di tutela possono vantare nei confronti degli altri consociati o del potere pubblico?

L'altro interrogativo di rilievo è se la riforma della filiazione, nel nome della unitarietà delle diverse qualificazioni ad essa un tempo riconducibili, potrà favorire una pari equiparazione delle diverse forme di unione coniugale. Dal punto di vista eminentemente formale, è facile rispondere negativamente. Forme ancora più incisive di equiparazione degli status della filiazione possono, almeno teoricamente, avvenire in ordinamenti che abbiano, invece, una disciplina limitativa (o del tutto carente) in materia di unioni omosessuali. È chiaro, però, che talune modificazioni normative valgono a segnalare un complessivo ripensamento degli strumenti regolativi, in special modo in materia di diritto di famiglia. Perciò, almeno indirettamente, una nozione di filiazione, più inclusiva e meno orientata all'originario legame costitutivo con l'unione matrimoniale, può contestualmente determinare una implementazione delle forme di unione affettiva civilmente riconosciute.

Come noto, una definizione eminentemente eterosessuale dell'unione matrimoniale è quella di Ulpiano¹⁰³. Nulla questio, sulla premessa generale per cui *iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt coniubium sit*. Il legame con un'accezione naturalmente eterosessuale della procreatività emerge con nettezza nel passaggio successivo: *et tam masculus pubes quam femina potens sit*. Quanto alla manifestazione di volontà atta ad esprimere il consenso è più marcato il debito nei confronti della tradizione romanistica (*et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt*), in base, cioè, alla capacità giuridica attribuita ai nubendi.

Questo paradigma è stato accolto in fonti autorevoli, cui è tradizionalmente riconosciuta una grande significatività nella tutela dei diritti fondamentali e nell'introduzione di non negoziabili elementi di civiltà giuridica. Una ben poco equivoca presunzione di eterosessualità del matrimonio è, ad esempio, veicolata nell'articolo 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e nell'articolo 23 del Patto Internazionale relativo ai diritti civili e politici¹⁰⁴.

I legami tra il matrimonio eterosessuale e la filiazione hanno, però, perso

¹⁰³ Sull'importanza della *dottrina ulpianea* nella conformazione giuridica del matrimonio, e non solo sull'individuazione legale-formale della sua *eterosessualità*, di interesse MASSIMO BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Giappichelli, Torino, II ed., 2011, pp. 210 ss.

¹⁰⁴ Anche se queste opzioni redazionali devono pur sempre essere rilette alla luce del principio di laicità e della distinzione tra (pregoative dell')ordine civile e (prerogative dell')ordine religioso. Sull'influenza delle Convenzioni internazionali nell'enucleazione di questo principio, cfr. SALVATORE BERLINGÒ, *Bioetica, biodiritto*, cit., pp. 15-16.

parte della loro esclusività, dal momento che in una convivenza more uxorio omosessuale potrebbero ben essere riconosciuti i figli naturali di uno dei due conviventi, come prima preconizzato. È possibile che sussista un vuoto normativo, in assenza di una legislazione organica sul punto, nel momento in cui ci si trovi a dover definire l'esistenza di rapporti giuridici qualificati, o meno, tra il figlio di uno dei conviventi omosessuali e i parenti dell'altro?

La giurisprudenza costante della Corte EDU ha, del resto, precisato in numerose circostanze che, quando la disparità di trattamento è basata sul sesso o anche sull'orientamento sessuale, il margine di apprezzamento statale deve essere narrow (stretto, sottile, il più possibile ridimensionato)¹⁰⁵. La scienza medica non è titolata a rendere universali situazioni giuridiche che universali non sono, ma in una disciplina che prevedesse la possibilità di accesso alla fecondazione eterologa, sembrerebbe da potersi censurare la normativa statale che finisse per estrometterne le coppie omosessuali. Le sentenze della Cedu non sono munite di poteri sullo Stato contraente – eccezion fatta la condanna al risarcimento del danno¹⁰⁶, ma l'utilizzo delle loro risultanze è sempre più frequente nelle giurisdizioni nazionali. Prima di analizzare altri casi in cui, inevitabilmente, le norme giuridiche, nella loro applicazione, necessitano di un maggiore sforzo interpretativo, anche a causa dell'innegabile progresso medico, è opportuno concentrarsi sui principi generali ricavabili dall'esempio proposto.

A dispetto di quanto si sia osservato, lamentando l'eccessiva prudenza del giudice costituzionale, in più parti e da più direzioni, la posizione della Corte costituzionale italiana non è sembrata priva di argomenti. È noto, infatti, che la Corte ha, sì, ritenuto costituzionalmente legittima la scelta di accordare solo a coppie eterosessuali il diritto di contrarre matrimonio, ma ha contestualmente considerato come le unioni omosessuali stabili siano formazioni sociali rientranti nell'alveo dell'art. 2 della Costituzione (in merito, cfr. la discussa, e già ricordata, C. Cost. n. 138/2010¹⁰⁷). E, se già la prima considerazione è a taluno apparsa, forse eccessivamente, come una limitazione alla libertà matrimoniale, può comunque sostenersi che la disci-

¹⁰⁵ La tesi in commento è ricostruita, in calce a un caso concreto, in CARMELO DANISI, *Kozac c. Polonia: difesa della famiglia e discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale*, in <http://www.forumcostituzionale.it>.

¹⁰⁶ Ritorna sulla probabile inadeguatezza del suesposto meccanismo GIUSEPPE CASUSCELLI, *Convenzione europea, giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo e sua incidenza sul diritto ecclesiastico italiano*, cit.

¹⁰⁷ Sulla quale, pur sollevando criticità non riprodotte nel testo, v. ANDREA PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/10: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in <http://www.forumcostituzionale.it>.

plina del matrimonio non deve, né può essere ritenuta l'unica forma giuridicamente stabile di relazione affettiva, improntata a vincoli di solidarietà sociale. Il matrimonio in quanto tale, ai sensi del disposto costituzionale, potrebbe costituire, al più, l'unico possibile fondamento della famiglia di cui all'articolo 29 della Costituzione, ma il legislatore costituente non ha escluso la fondamentale rilevanza anche di altre formazioni sociali. E né può tacersi come, in sede di lavori dell'Assemblea, l'accezione giuridica di matrimonio tenuta ferma non potesse che essere quella risultante dal diritto concordatario, dalla comune regolamentazione civilistica e dal diritto unilaterale statale (speciale)¹⁰⁸. Ciò non implica che si prevedesse di ostacolare l'evoluzione della disciplina matrimoniale, lasciando immutato il quadro legislativo di riferimento, invece modificatosi tanto in via bilaterale, quanto unilaterale.

Ecco perché nel valutare circostanziatamente le convivenze more uxorio, omo – ed etero – sessuali, che pure a talune preoccupazioni possono prestarsi (stabilità, durevolezza, armonia, ecc.), non sembra conferente voler far leva sull'articolo 29 della Costituzione. Perché esso conferisce garanzia costituzionale ad una speciale forma di convivenza giuridicamente riconosciuta, ma non contiene divieti e limitazioni nei confronti di forme ulteriori e diverse di convivenza¹⁰⁹.

Come è stato, inoltre, opportunamente osservato, ed è ormai generalmente riconosciuto, la convivenza può realizzarsi anche in caso di limitata o assente coabitazione. Non solo, perciò, la convivenza è diversa dalla coabitazione, ma non tutte le convivenze possono essere valutate allo stesso modo. Per quel che qui rivela, ad esempio, non si potrà valutare allo stesso modo una convivenza domestica contraddistinta da frequenti litigi o, peggio, quotidiane scene di violenza, e una convivenza sostanzialmente pacifica ed armoniosa. Suscitò perplessità che una pronuncia della Corte di Cassazione avesse riconosciuto l'affido esclusivo ad una madre, convivente in una relazione omosessuale, valutandolo ben preferibile rispetto agli episodi di violenza, addebitati al padre¹¹⁰. In casi del genere, però, le soluzioni ultimati-

¹⁰⁸ La presente ipotesi ricostruttiva è presa in considerazione in ILENIA MASSA PINTO, *Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"*, in <http://www.forumcostituzionale.it>.

¹⁰⁹ Opinione, in parte, diversa sulla garanzia costituzionale delle diverse forme di convivenza trovasi in ANTONIO RUGGERI, *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, in <http://www.rivistaaic.it>.

¹¹⁰ Torna sulla questione ILARIA BEDESCHI, *L'ambiente omosessuale non è dannoso per il minore*, in <http://www.personaedanno.it>; ben diverso avviso è difeso, in riferimento alla ricordata pronuncia, in FRANCESCO RUSCELLO, *Quando il pregiudizio... è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, 6, pp. 570 e ss.

ve sono da evitare e il giudice dovrà cercare di valutare nella singola fattispecie sottoposta alla sua attenzione la migliore garanzia a favore della crescita della prole. Senza pregiudizi di alcun tipo nei confronti dell'orientamento sessuale e, semmai, verificando in che modo esso sia effettivamente vissuto dal genitore affidatario e dal figlio con esso convivente.

È, ora, possibile tornare all'esempio proposto in materia di fecondazione medicalmente assistita, da cui aveva tratto le mosse questa osservazione sulla spesso invocata pariteticità dei diritti esercitabili tra coniugi e conviventi.

La legislazione italiana è stata larghissimamente rimodulata dagli interventi giurisprudenziali ed è pienamente da convalidare quella dottrina che osserva uno scarto notevole tra l'attuale testo della Legge 19 Febbraio 2004, n. 40, e l'originaria formulazione delle disposizioni¹¹¹.

La ratio di quella legge, dal punto di vista ordinamentale, era comprensibile, perché interveniva a disciplinare l'accesso a delle pratiche che si erano evidentemente diffuse già alcuni anni prima dell'approvazione del testo legislativo. Ed è questa sempre più costante dei rapporti tra la medicina e il diritto, tra la chimica e il diritto... tra le scienze naturali e il diritto. Nel momento in cui è perfezionato l'intervento legislativo, la pratica finalmente regolamentata o da tempo si manifestava senza alcuna disciplina positiva di riferimento, o è, a propria volta, irrimediabilmente cambiata. Basti ricordare i problemi applicativi che crea la regolamentazione attuativa della legislazione relativa al contrasto dell'uso di stupefacenti, quando sul mercato illegale le sostanze psicotrope si moltiplicano e cambia, anche radicalmente, la loro struttura chimica¹¹².

Senonché il modo in cui la legge n. 40/2004 ha colmato la ricordata lacuna è sembrato conseguenza di un approccio tendenzialmente negativistico alle nuove tecniche procreative. Con effetti, a volte, contraddittori. Pur senza volere aderire alle numerose critiche subite dal testo legislativo in parola, alcuni rilievi si sono dimostrati fondati. Ad esempio, il mancato accesso alla procreazione medicalmente assistita, qualora si fosse reso necessario l'utilizzo di gameti esterni alla coppia, rendeva paradossalmente beneficiaria delle nuove pratiche mediche soltanto la coppia con i problemi fisici meno

¹¹¹ Al punto che parte della dottrina inizia a valutare la disciplina sulla fecondazione assistita come nuovamente interessata alla mancanza di una legislazione organica. Così, EMANUELE ROSSI, *In assenza di una legge. La battaglia sulla legge 40 (2004) e un quadro normativo incoerente*, in *il Regno-Attualità*, 2015, 1, pp. 15-22.

¹¹² Il rilievo vale a rimarcare l'imperizia dell'azione dell'esecutivo, ad avviso di FRANCESCO VIGANÒ, *Droga: il governo corre ai ripari con un d. l. sulle tabelle, ma la frittata è fatta (e nuovi guai si profilano all'orizzonte...)*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>.

gravi¹¹³. Cioè, quella fisicamente idonea a conseguire il fine procreativo a prescindere dal ricorso a gameti esterni alla coppia medesima. Questa conseguenza era giustificata, ancora una volta, ricorrendo alla disciplina e alla tutela della filiazione, evitando la divaricazione tra genitorialità biologica e genitorialità sociale. E, se questo aspetto poteva essere ritenuto condivisibile, nella formulazione della legge era meno riuscito il tentato bilanciamento tra il contenuto dell'articolo 13 (relativo alla protezione e alla "salute" dell'embrione) e quello dell'articolo 14 (che, invece, e giustamente, rimarca l'utilizzo della ricerca a beneficio della collettività)¹¹⁴. Nella ricerca e nello studio sugli embrioni, deve prevalere la considerazione dell'embrione come autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche o la salvaguardia della valenza generale della ricerca stessa, a beneficio della salute collettiva?

La legge n. 40/2004 fu sottoposta a referendum parzialmente abrogativo, per altro verso su molti dei punti, poi, emendati dalla giurisprudenza¹¹⁵. In quella circostanza sarebbe stato auspicabile il raggiungimento del quorum previsto per la consultazione, a prescindere dal suo esito e ad indicare una diffusa partecipazione democratica della cittadinanza. E, in ossequio alle medesime ragioni, è oggi auspicabile che il legislatore si assuma la responsabilità di sostituire un testo normativo, nei confronti del quale l'esercizio del riformismo è avvenuto al di fuori della legittimazione popolare. Se le leggi devono essere applicate, interpretate, in modo vincolante e in una sola maniera, o sottoposte al sindacato di costituzionalità, il ruolo della giurisdizione è inquestionabile. Per integrarle, modificarle o sostituirle con nuovi provvedimenti legislativi, è necessario, invece, l'intervento di chi detiene il correlato potere.

D'altra parte, nel dibattito sulle nuove frontiere delle filiazione, le acquisizioni della scienza medica ora vanno implementando le potenzialità procreative, ora rischiano di generalizzare la differenza e l'incomponibilità tra la genitorialità biologica e quella naturale.

È necessario che la discussione sia condotta con equilibrio. Si possono contestare gli strumenti diagnostici preimpianto (che pure molte incognite

¹¹³ E tale sarebbe la caratteristica di tutte le legislazioni nazionali basate sul medesimo principio. V., ad esempio, giungendo a conclusioni sostanzialmente non dissimili, LORENZA VIOLINI, *Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile*, nei *Quaderni Costituzionali*, 2010, 3, p. 635.

¹¹⁴ Ritorna sui limiti del difficile *bilanciamento*, solo in parte conseguito dalla legge in commento, ANTONIO GORGONI, *Famiglia e matrimonio*, cit., p. 274.

¹¹⁵ Alcuni elementi sulla *singolare* convergenza tra le materie ove è avvenuta l'astensione del *corpo elettorale* e quelle in cui è intervenuta un'assertiva giurisprudenza costituzionale, e di merito, in EMANUELE ROSSI, *In assenza di una legge*, cit.

hanno), ma è meno attendibile farlo sulla base di una loro presunta riconducibilità a pratiche eugenetiche, dalle quali sono strutturalmente divergenti¹¹⁶. Il ricorso all'eugenetica rimanda a fasi storiche cruenti e a mezzi per conseguire la selezione dei geni molto diversi e più gravi della diagnosi preimpianto.

Può sostenersi, e con un certo pessimismo, per fortuna non sempre fondato, che l'esito delle attività diagnostiche preimpianto influenzi l'assunzione, o meno, della responsabilità genitoriale. Ma, nella dottrina che ha più spesso contestato la legge italiana in materia di fecondazione medicalmente assistita, sussiste un quesito meritevole di essere riproposto¹¹⁷. A tutte le sensibilità presenti nel contesto sociale e a tutte le istanze variamente rappresentate nell'ordinamento giuridico. Confessionali, partitiche, ideologiche, scientifiche... v'è coerenza logica, in un sistema dove la diagnosi preimpianto sia impedita a tutela dell'integrità dell'embrione, ma siano poi consentiti la diagnosi prenatale e, magari a seguito d'essa, l'aborto? Non si porrebbero anche questi ultimi a detrimento di un interesse consimile, ma in uno stadio più avanzato di sviluppo della vita prenatale? In un ordinamento siffatto, il generale rifiuto della diagnostica preimpianto può assumere carattere paradossale.

Per sostenere le istanze che oggi si confrontano – la tutela della vita umana sin dal concepimento e la libertà della ricerca scientifica, specificamente orientata al miglioramento della salute e delle condizioni di vita – non possono essere ammesse scorciatoie. Farsi scudo, nell'uno o nell'altro caso, nell'uno o nell'altro fronte, delle modificazioni che potrebbero imprimersi alle nozioni di procreatività e genitorialità, ha dimostrato di non riuscire a produrre un più condiviso approdo al perfezionamento degli istituti giuridici richiamati.

Sarebbe illusorio ritenere che alla crisi di senso, determinata dalla divaricazione tra le disposizioni civilistiche e i principi canonici, possa seguire ex se, e senza alcuno sforzo interpretativo, una rinnovata comunione di intenti, finalizzata alla reciproca accettazione, tra il diritto statuale e quello ecclesiale, delle rispettive tipicità. È ancora tutto da individuare (e non è escluso che possa non individuarsi) il modo in cui le influenze del sistema canonistico su quello civile e l'evoluzione privatistica, in disaccordo coi principi canonici, potranno riuscire a determinare conseguenze migliorative in entrambi gli ordinamenti. L'incertezza attuale sul modo di definire, tutelare e disciplinare

¹¹⁶ Il rilievo è riproposto in LORENZA VIOLINI, *Fecondazione assistita*, cit., p. 635.

¹¹⁷ Di interesse, ancora, ANTONIO GORGONI, *Famiglia e matrimonio*, cit., p. 274.

la famiglia¹¹⁸ non appare, però, ragione sufficiente per non orientare ricerche future in direzione di impegni e significati comuni¹¹⁹.

¹¹⁸ Un *disagio* risalente per la dottrina più avvertita. Cfr. DIANA R. GARLAND, *Family Ministry*, II ed., IVP, Downers Grove, 2012, p. 54; XAVIER LABBÉE, *Condition juridique du corps humain. Avant la naissance et après la mort*, Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 2012, p. 299; MARTHA MINOW, *Redefining Families: Who's In and Who's Out*, in Karen V. Hansen, Anita Ilta Garey, eds., *Families in the US. Kinship and Domestic Politics*, Temple University Press, Philadelphia, 1998, pp. 7 ss.;

¹¹⁹ Ad esempio, sulle risultanze dell'attività medico-scientifica ai fini processuali, cfr. ANDREA ZANOTTI, *L'incidenza della scienza medica nella giurisprudenza rotale*, in AA. VV., *La giurisprudenza della Rota Romana sul matrimonio (1908-2008)*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2010, pp. 19-39; sul riequilibrio tra esigenze di tutela e di economia processuale, MICHELE ANGELO LUPOI, *Il nuovo assetto procedimentale della separazione facile e del divorzio breve*, in Paolo Morozzo della Rocca, a cura di, *Le nuove discipline della separazione e del divorzio*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2015, pp. 22-23; sulla possibile valenza solidaristica dell'educazione religiosa, MICHELE BERTANI, *Famiglia e politiche familiari in Italia. Conseguenze della crisi e nuovi rischi sociali*, Franco Angeli, Milano, 2015, p. 147; allargando le prospettive al pluralismo religioso caratteristico della società multiculturale, PATRIZIA PALERMO, *Parità coniugale e famiglia multiculturale in Italia*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, pp. 1866 ss.