

MIGUEL AYUSO
(Editor)

DE MATRIMONIO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2015

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN	15
TRAMONTO O ECLISSE DELLA FAMIGLIA? , <i>Daniilo Castellano</i> ...	17
1. UN DATO DI FATTO	17
2. DUE PAROLE SUL TITOLO.....	19
3. ANCORA UN'OSSERVAZIONE PRELIMINARE.....	20
4. IL CONCETTO DI FAMIGLIA	20
5. SU TALUNE CONSEGUENZE GIURIDICHE DELLA DEFINIZIONE/CONCETTO DI FAMIGLIA	23
6. ESIGENZE DELLA REALTÀ E DEL DIRITTO E CONTRADDIZIONI LEGISLATIVE (POSITIVE) E GIURISPRUDENZIALI	25
7. IL CONTEMPORANEO E PROGRESSIVO ECLISSARSI DELLA FAMIGLIA E IL SIMULTANEO SORGERE DI QUESTIONI GIURIDICHE.....	27
8. IL DIRITTO DI FAMIGLIA TRA FONDAMENTO E «FONTE DI PRODUZIONE»: UN PROBLEMA NODALE E ATTUALE PER LA FAMIGLIA ECLISSATA	31

	Pág.
A FAMÍLIA E OS NOVOS MODELOS DE UNIÃO SEXUAL, <i>Ricardo Dip</i>	35
1. A FAMÍLIA TRADICIONAL PERDE SEU ESPAÇO PÚBLICO...	35
2. O NATURAL E O CONTRANATURAL	39
3. FAMÍLIA NATURAL VS. EGOTISMO CONTRAFAMILIAR.....	41
 MARRIAGE, NATURE, AND LAW, <i>Brian M. McCall</i>	 43
1. OVERVIEW OF NATURAL LAW	45
2. MARRIAGE AND THE PRIMARY PRECEPTS OF NATURAL LAW: THE PRIMARY PURPOSE OF MARRIAGE IS THE PRO- CREATION, REARING AND EDUCATION OF CHILDREN.....	48
 LÄSST SICH EHE BELIEBIG DEFINIEREN?, <i>Wolfgang Waldstein</i> ...	 61
1. AUFFASSUNG DER EHE IM RÖMISCHEN RECHT	64
2. GILT DIE DEFINITION DER EHE VON MODESTINUS HEU- TE NOCH?	73
3. ERGEBNIS	77
 MARIAGE INDISSOLUBLE ET MODERNITÉ, <i>Bernard Dumont</i>	 79
1. LA LOGIQUE IDÉOLOGIQUE ET JURIDIQUE MODERNE	81
2. VISION CATHOLIQUE DE L'INDISSOLUBILITÉ.....	85
3. RÉALITÉ ET CAUSES D'UNE PERTE DE SENS.....	88
4. «CHRÉTIEN, RECONNAIS TA DIGNITÉ!»	93
 INVIOLABILIDAD DE LA INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMO- NIO, <i>Alejandro Ordóñez Maldonado</i>	 97
1. CRISIS EN LA CONCEPCIÓN DE LA FAMILIA	97
2. UNA PASTORAL REALISTA Y FIEL A LA DOCTRINA.....	100

	Pág.
3. LA ADMISIÓN DE DIVORCIADOS UNIDOS EN SEGUNDAS NUPCIAS AL SACRAMENTO DE LA COMUNIÓN DESCONOCE LA INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO	102
EL MATRIMONIO, INSTITUCIÓN DE DERECHO NATURAL, ANTE EL DERECHO DEL ESTADO, José María Sánchez	109
1. INTRODUCCIÓN	109
2. EL MATRIMONIO, REALIDAD NATURAL QUERIDA POR DIOS.....	110
3. INDISOLUBILIDAD MATRIMONIAL Y DIVORCIO	113
4. EL MATRIMONIO NATURAL ANTE EL DERECHO ESTATAL.	115
5. CONCLUSIÓN	129
LA INCIDENCIA DE LA FALTA DE FE DE LOS CONTRAYENTES EN LA VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL, Luis María de Ruschi	131
1. PRESENTACIÓN	131
2. TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN EL AULA SINODAL...	132
3. CONTRATO Y SACRAMENTO.....	134
4. LA DIGNIDAD SACRAMENTAL DEL MATRIMONIO: SU POSIBLE EXCLUSIÓN Y EL LLAMADO <i>ERROR DETERMINANS</i>	137
5. LA FALTA DE FE Y SU INCIDENCIA EN EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL EN LOS RECIENTES DISCURSOS DE LOS PONTÍFICES A LA ROTA ROMANA	144
6. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.....	147
ALGUNAS REFLEXIONES (POLÍTICAS) SOBRE LA NATURALEZA DEL MATRIMONIO Y LA FAMILIA, Miguel Ayuso	151
1. INTRODUCCIÓN	151
2. EL «ECLIPSE» DE LA FAMILIA	154
3. LA «EVAPORACIÓN» DEL MATRIMONIO	159
4. CONCLUSIÓN	168
ÍNDICE ONOMÁSTICO	169

PRESENTACIÓN

El tema del matrimonio es de vital trascendencia para las sociedades contemporáneas. Su «evaporación» de las legislaciones corre pareja con el «eclipse» de la familia en nuestros días. Todas las cuestiones concernidas son extremadamente delicadas y deben ser contempladas desde los planteamientos más elementales hasta las últimas consecuencias previsibles. Pues cualquier mal enfoque —escribió en relación a uno de sus problemas más graves el gran jurista español J. VALLET DE GOYTISOLO— conduce necesariamente a soluciones erróneas, ya por su orientación parcial (bajo un punto de vista, con olvido de la perspectiva total) o por partir de presupuestos falsos (de premisas equivocadas no puede llegarse —tanto menos cuanto más riguroso sea el razonamiento— a conclusiones verdaderas).

Lo que vale desde hace tiempo para los «ordenamientos» civiles (que para ser tales debieran resultar funcionales a un orden jurídico que muchos coetáneos reducen a puro sistema en un ejercicio de «geometría legal») parece que se ha extendido incluso últimamente al ámbito eclesiástico (con gran daño para la civilización, o lo que queda de ella, pues no en vano la Iglesia custodia el derecho natural y de gentes).

La Unión Internacional de Juristas Católicos, asociación internacional privada de fieles de derecho pontificio, ha considerado oportuno ofrecer un conjunto de reflexiones al debate hodierno para el necesario esclarecimiento de los graves asuntos implicados. Cumple así con una apremiante obligación civil y religiosa.

Los autores no son sólo variados por su procedencia geográfica y cultural, sino también por su concreto quehacer dentro del universo ju-

rídico. Todos enseñan o han enseñado alguna disciplina jurídica, pero todos añaden a esa dimensión académica alguna otra faceta profesional que convierte el haz de textos aquí recogidos en particularmente relevante. Así, encontramos a un abogado civilista estadounidense, a un altísimo funcionario (nada menos que el procurador general) colombiano, a un magistrado brasileño, a un canonista de la cancillería argentina, a un filósofo francés y otro italiano (directores de sendas revistas), a un rector de universidad austriaco y a un abogado (antes magistrado) español.

Cada uno de los ensayos que integran este libro se publica en la lengua en que fue escrito, reforzando así la internacionalidad, y la unificación de la presentación, habida cuenta de lo anterior, se ha reducido al mínimo. Hay, pues, un texto en inglés, francés, alemán, italiano y portugués, así como cuatro (si sumamos la conclusión de quien suscribe) en español. Esta desproporción a favor de la lengua castellana no viene determinada tanto por el lugar donde se edita el volumen, como por la representación de la España peninsular junto con la de la América española (en dos países relevantes para la cultura jurídica como Colombia y Argentina). Debe añadirse aún el hecho de ser español el curador del trabajo y presidente en la actualidad (desde 2009) de la Unión Internacional de Juristas Católicos, que ha querido añadir también algunas páginas al final.

M. A.

TRAMONTO O ECLISSE DELLA FAMIGLIA?

IL MATRIMONIO E IL SUO FONDAMENTALE PROBLEMA FILOSOFICO-GIURIDICO

Danilo CASTELLANO
Università degli Studi di Udine

1. UN DATO DI FATTO

Alla fine degli anni '60 del secolo scorso l'Europa fu investita dalla «Contestazione», cioè da un generale movimento di protesta (soprattutto studentesca) non riducibile ai fisiologici tentativi di protagonismo giovanile. Il vento forte e impetuoso della protesta sembrò, allora, travolgere tutto. Taluni ebbero l'impressione¹ che le istituzioni civili stessero per

¹ Per avere l'idea dell'impressione allora sollevata dalla «Contestazione» anche a livello istituzionale, è sufficiente ricordare che, per esempio, Ch. DE GAULLE, presidente della Repubblica francese, prima di prendere decisioni per l'ordine pubblico in occasione del cosiddetto «Maggio francese» o «Maggio '68», consultò i comandanti in capo delle Forze Armate e rivolse un proclama alla Nazione. La «Contestazione» fu, infatti, propriamente un vasto movimento di rivolta, caratterizzato da motivazioni sociali, politiche, ideologiche, orientato a combattere la società «tradizionale» spesso erroneamente scambiata con la società sociologicamente «effettiva» alla fine degli anni '60 del Novecento. La «Contestazione» fu un movimento internazionale che coinvolse non solamente le istituzioni civili ma anche quelle religiose. La stessa Chiesa cattolica ne venne in quegli anni investita, anche perché la «Contestazione» apparve a molti conciliabile con la presunta (e come tale presentata) «rivoluzione» conciliare di allora.

crollare sotto l'onda d'urto di un movimento (la «Contestazione», appunto) che, combinando MARX e REICH, si presentava ostile a ogni forma e insofferente nei confronti di ogni istituto. *In primis* nei confronti dell'istituto del matrimonio. Non solo di quello religioso (lasciato, eventualmente e nell'ipotesi migliore, alla libera scelta delle persone), ma anche di quello civile e, comunque, nei confronti del matrimonio religioso con effetti civili. Non potendo in quegli anni per ragioni sociologiche arrivare a decretarne la fine, in diversi Paesi si introdusse il divorzio² e si avviarono contemporaneamente radicali riforme del diritto di famiglia³. In altre parole si operò con cautela ma con decisione: la famiglia «tradizionale» venne considerata «superata»⁴. Essa andava «ridefinita», «ripensata» e «riorganizzata» al fine di favorire soprattutto la piena espansione del *vitalismo* che rappresentava l'anima della «Contestazione»⁵. Il proposito era nuovo anche se non erano mancati in passato tentativi in tal senso. Questi, però, erano stati realizzati (soprattutto dalle riforme illuministiche, dalla cultura romantica e da quella idealistica) conservando l'istituzione del matrimonio anche se radicalmente trasformato nei suoi presupposti e nella sua concezione: il *vitalismo* era stato considerato da queste dottrine elemento necessario dell'istituto del matrimonio e questo, a sua volta, era considerato la sua «forma» necessaria. Non importa, al fine di questa considerazione, la forma da esso assunta. Quello che rileva è il fatto che essa —fosse quella religiosa o quella civile— era ritenuta irrinunciabile.

² Esempio, a questo proposito, è il «caso italiano». Il 1° dicembre 1970 venne approvata la cosiddetta legge del divorzio. Essa fu sottoposta a referendum popolare nel 1974. Il referendum confermò la Legge n. 898/1970.

³ Nel 1975, un anno dopo la conferma per via referendaria del divorzio nell'ordinamento giuridico della Repubblica italiana, fu riformato in Italia il diritto di famiglia con la Legge n. 151/1975, la quale accolse molte istanze della «Contestazione», della cultura giuridica illuministica e della *Weltanschauung* romantico-idealistica.

⁴ Allora anche l'egemone cultura della cristianità sposò queste tesi. Basterebbe pensare all'appoggio esplicito e incondizionato dato alla riforma del diritto di famiglia italiano e, prima ancora, all'impegno profuso contro la famiglia «patriarcale», presentata (erroneamente) come «tradizionale». Si vedano, per esempio, le posizioni dello storico e diffuso settimanale «Famiglia cristiana» (Alba, Edizioni Paoline, 22 novembre 1972). Per una critica a questa scelta, considerata «rivoluzionaria», si cfr. D. CASTELLANO, *La «Contestazione»: una via cattolica al radicalismo?*, Udine, La Nuova Base, 1977, pp. 55-60.

⁵ La «Contestazione», quindi, si ispirava alla dottrina liberalradicale; era fenomenologia del liberalismo (anche se il liberalismo veniva proposto per via marxista e psicoanalitica). Del resto basterebbe considerare attentamente quanto scrive, per esempio, il liberale L. T. HOBHOUSE per convincersi della fondatezza dell'affermazione. Il Liberalismo —scrive, infatti, questo autore— è stato «un movimento di liberazione, una rimozione di ostacoli e di apertura di canali per il flusso di attività libere, spontanee, vitali» (L. T. HOBHOUSE, *Liberalism*, trad. italiana, Firenze, Sansoni, 1975, p. 53).

Il matrimonio, infatti, era considerato generalmente da queste dottrine la via per elevare «il momento della vivezza naturale» —come si esprime, per esempio, HEGEL— a «vincolo spirituale [...] indissolubile *in sé, nel suo diritto*», vale a dire il matrimonio era considerato via per elevare il *vitalismo* al di sopra dell'accidentalità delle passioni e del temporaneo libito particolare⁶. Con la «Contestazione» e con le riforme del diritto di famiglia cui essa diede vita, nonché con l'introduzione dell'istituto del divorzio, si operava un ribaltamento: l'accidentalità delle passioni e il temporaneo libito particolare dovevano prevalere, perché erano manifestazione di «autenticità» (intesa alla maniera di HEIDEGGER). Ogni vincolo, soprattutto se pubblico e istituzionale, era considerato una denegazione del diritto alla libertà (propriamente alla «libertà negativa»), una soffocazione del *vitalismo*. Nessuna obbligazione, in questa prospettiva, doveva (e deve) essere assunta e tanto meno imposta. Ognuno avrebbe avuto (e avrebbe) diritto a essere se stesso, intendendo il «se stesso» come immediatezza della sua contingente volontà, delle sue momentanee pulsioni, dei suoi vitalistici desideri.

2. DUE PAROLE SUL TITOLO

Prima di procedere è opportuno precisare (e, quindi, chiarire) il significato del titolo del presente lavoro. «Tramonto», secondo i dizionari, può avere significato di «fine». Per esempio dire che la vita è al tramonto significa che essa sta per terminare. «Eclisse», invece, è sinonimo di «oscuramento» (parziale o totale) di una realtà. Parlare di «tramonto» o di «eclisse» della famiglia significa domandarsi se la famiglia volge alla fine oppure se, nel tempo presente, è solamente «oscurata». Anche il suo «oscuramento», comunque, comporta una difficoltà: quella di cogliere in modo adeguato, completo, la sua essenza e il suo fine. Se non viene colta la sua essenza, cioè il suo concetto (regolativo dell'agire in quanto «ordine» della natura di una «cosa», da questa imposto alla volontà umana), non è possibile né conoscere la sua finalità né operare, soprattutto sul piano legislativo positivo, in conformità alla sua natura, nel rispetto cioè della sua essenza. Le norme positive rischiano, così, di farsi strumenti di disordine e di creare difficoltà per il raggiungimento del fine: nel caso *de quo* per il raggiungimento del fine proprio della famiglia.

⁶ Cfr. G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Parte III, Sez. I, §§ 161, 163.

3. ANCORA UN'OSSERVAZIONE PRELIMINARE

Di famiglia si è parlato sempre in molti sensi. Nell'epoca contemporanea, tuttavia, si parla spesso della famiglia in senso improprio, talvolta in senso erroneo. In passato, infatti, si è parlato di famiglia come società coniugale, parentale, domestica e via dicendo. Le definizioni usate coglievano e sottolineavano un aspetto della realtà familiare, il quale non escludeva le altre definizioni. Erano, queste, definizioni aperte al reciproco accoglimento; consentivano, cioè, la loro integrazione senza escludere il nucleo più profondo e nascosto, rappresentato dal contratto che origina il *consortium omnis vitae* (classica definizione del giurista romano MODESTINO⁷), che non è il mero *ricoscimento* di un'opzione della volontà (come l'intesero, per esempio, l'Idealismo e il Romanticismo) ma il necessario permanere dell'atto del matrimonio che non può non permanere nel tempo perché la permanenza è richiesta dalla sua stessa natura e dalla sua finalità. Oggi le definizioni sociologiche e legalpositive di famiglia si sono moltiplicate. Si parla, per esempio, di famiglia «nucleare» ma anche di famiglia «allargata»⁸. In questo caso la seconda definizione esclude la prima in quanto il nucleo della famiglia in quella «allargata» come viene oggi intesa non c'è: la sua composizione variabile la rende «liquida» come direbbe un sociologo contemporaneo⁹. Si parla, ancora per esempio, di matrimonio e di famiglia omosessuale, negando così alla famiglia la sua finalità naturale¹⁰. In breve, oggi si deve registrare una confusione terminologica che è propriamente e innanzitutto una confusione concettuale e, quasi sempre, segno di decadenza morale.

È opportuno, pertanto, cercare di cogliere la natura della famiglia per poter considerare, poi, che cosa essa richiede sul piano giuridico.

4. IL CONCETTO DI FAMIGLIA

Fra le molte definizioni che sono state date della famiglia quella aristotelica pare sia la più chiara e la più aperta a consentire organizzazioni

⁷ *Digesto*, 23, 2, 1.

⁸ Il termine viene qui usato in senso strettamente sociologico, non nel senso giuridico istituzionale.

⁹ Cfr., per esempio, le tesi di Z. BAUMAN.

¹⁰ «Matrimonio» deriva dalla fusione di due parole: *mater* e *munus*, e significa propriamente *dovere di generare*. Il matrimonio era compito della madre. Il padre aveva, invece, il dovere di provvedere al sostentamento della famiglia con il *patrimonium*. Parlare di «matrimonio» omosessuale è, pertanto, una contraddizione in termini, un'autentica assurdità.

sociologiche e giuridiche diverse della famiglia stessa, conservando inalterato il suo «nucleo». E ciò perché essa è una definizione che raggiunge il concetto, vale a dire l'essenza della famiglia. La definizione aristotelica della famiglia conserva attualità in presenza di diverse esigenze organizzative che si sono presentate (e tuttora si presentano) nel tempo e che sono diventate di volta in volta «modelli» di famiglia nelle varie epoche storiche. ARISTOTELE, dunque, afferma che la famiglia è «la comunità che si costituisce per la vita quotidiana secondo natura»¹¹.

Innanzitutto va portata l'attenzione sul fatto che la famiglia «si costituisce». Se si costituisce significa che essa, pur essendo una comunità naturale, prende avvio da un certo momento: con il contratto di matrimonio che, in quanto contratto, richiede il *libero consenso* delle due parti e un'intrinseca *causa*. Il contratto di matrimonio richiede innanzitutto che entrambe le parti siano libere, cioè poste nella condizione di volersi liberamente obbligare e di obbligarsi a una totale e reciproca donazione, senza riserve. Richiede, poi, una *causa* che è rappresentata dalla procreazione ed educazione dei figli («impulso naturale» lo definisce ARISTOTELE), la quale richiede una diuturna oblazione dei coniugi non solo per «conservare» le «proprie» creature ma anche per aiutarle a divenire quello che esse sono per natura¹².

Va sottolineato, poi, che la famiglia «si costituisce» per una necessità di ordine naturale. È necessario, infatti, che «si uniscano gli esseri che non sono in grado di esistere separati l'uno dall'altro, per esempio la femmina e il maschio in vista della procreazione», osserva ancora ARISTOTELE¹³. Non nel senso, oggi diffuso, secondo il quale all'origine starebbe la coppia. La coppia viene dopo gli esseri singoli anche se è necessaria per la procreazione. Essa —la cosa va sottolineata— è necessaria per la procreazione. L'essere maschio o femmina è una caratteristica dell'individuo, non la sua essenza. Poiché la natura (*rectius* Dio, si deve dire, riconoscendo ragionevolmente, a differenza di ARISTOTELE, che il mondo è stato creato) non fa

¹¹ ARISTOTELE, *Politica*, I, 1252a.

¹² Un'opera di M. e M. DE CORTE, dedicata a un figlio morto giovanissimo (M. e M. DE CORTE, *Deviens ce que tu es. Léon notre fils 1937-1955*, Paris, N. E. L., 1969), esprime molto bene, sin dal titolo, l'insegnamento dei classici secondo i quali l'uomo deve divenire ciò che è. Il divenire non solo presuppone l'essere ma tende alla perfezione del proprio essere, nonché alla Causa del proprio essere. «Divenire ciò che si è», pertanto, è dovere di ogni uomo. È tensione di tutta la vita, perché mai l'uomo è perfetto. La ricerca della perfezione di se stessi, che significa piena attualizzazione della propria essenza, è imperativo della natura e per la natura intelligente e libera; imperativo che può essere rispettato solo con l'aiuto di chi (autorità) è chiamato ad aiutare le persone a crescere secondo il fine oggettivo inscritto nella loro natura.

¹³ ARISTOTELE, *Politica*, I, 1252a.

nulla per caso, è chiaro che ci dev'essere una ragione della differenza dei sessi, i quali non solo sono interdipendenti, ma hanno anche una ragione (finalistica) della loro esistenza e della loro interdipendenza. È per questo che il cosiddetto «matrimonio» omosessuale è un'assurdità: esso starebbe a significare che la volontà s'impone sulla realtà e che il pensiero sarebbe sinonimo di fantasia; cosa teoreticamente assurda e giuridicamente inaccettabile, perché il pensiero può essere solamente pensiero della realtà e perché la realtà dev'essere sempre considerata dal giurista: la vocazione del giurista, infatti, è «realista». La stessa codificazione non ha potuto prescindere dalla realtà. I Codici civili, infatti, stabiliscono che la realtà dissimulata (degli atti) prevale sulla realtà simulata. «Secondo natura», quindi, è e può essere solamente il matrimonio/famiglia eterosessuale.

Va osservato, inoltre, che la famiglia «si costituisce» per la vita quotidiana, cioè per rispondere ai bisogni naturali e alle esigenze umane della vita di ogni giorno. I bisogni «naturali» e le esigenze «umane» non sono i bisogni indotti, le passioni umane, le opzioni irrazionali. In breve, non sono quelli dettati da una vita disordinata; anzi la famiglia serve anche per evitare di incorrere nel disordine: dovendo essa educare i figli, presuppone che gli educatori (quelli che «comandano», direbbe ARISTOTELE) educino secondo razionalità, vale a dire secondo l'ordine della natura la quale impone ad ognuno (comandato o comandante) di raggiungere ed usare la razionalità (caratteristica propria dell'essere umano) per poter vivere autonomamente, cioè individuando da solo le norme che la natura umana impone all'uomo di rispettare per essere uomo. Presuppone, però, anche un ordine che non è imposto dall'arbitraria volontà, propria o di altri (in questo caso l'ordine sarebbe convenzionale), ma che è parte di noi stessi, anzi che è il nostro essere essenziale. Il legislatore, pertanto, non può legittimamente varare una qualsiasi legislazione relativa al diritto di famiglia, essendo egli vincolato all'ordine della famiglia medesima.

Va osservato, infine, che la famiglia è una comunità. Molto di più, dunque, di una semplice società e, comunque, come questa richiede un «principio» formale che la renda «una». Cosa impossibile in presenza dell'anarchia introdotta per norma in taluni ordinamenti giuridici contemporanei come, per esempio, quello italiano: in Italia, infatti — come si è accennato — è stata approvata e promulgata la Legge 19 maggio 1975, n. 151, con la quale è stata introdotta la disgregazione della famiglia come ha osservato un (allora) giovane studioso¹⁴.

¹⁴ Cfr. F. MARINO, «La disgregazione della famiglia. Appunti sulla riforma e sulla sua applicazione (Legge 19 maggio 1975, n. 151)», in AA.VV., *Questione cattolica e questione democristiana*, Padova, Cedam, 1987, pp. 201-226.