

EPHEMERIDES IURIS CANONICI

– Nuova Serie –

56 (2016) n. 2



MARCIANUM PRESS

Ephemerides Iuris Canonici

Nuova Serie

56 (2016) n. 2

Comitato Scientifico – Scientific Committee

Juan Ignacio Arrieta; Orazio Condorelli; Francesco D'Agostino; Giuseppe Dalla Torre; Velasio De Paolis; Jean Paul Durand; Carlo Fantappiè; Brian Edwin Ferme; Pablo Gefaell; Wojciech Koval; Kurt Martens; Cesare Mirabelli; Paolo Moneta; Jorge Otaduy; Kenneth Pennington; Helmuth Pree; Luigi Sabbarese; Ludwig Schmugge; Péter Szabó; Patrick Valdrini.

Direzione Scientifica – Scientific Direction

Alessandro Aste; Eduardo Baura; Geraldina Boni; Giuliano Brugnotto; Giuseppe Comotti; Benedict Ndubueze Ejeh; Andrea Favaro; Giorgio Feliciani; Jürgen Jamin; Manlio Miele; Angelo Pagan; Simona Paolini; Bruno Fabio Pighin; Andrea Pin; Roberto Senigaglia; Matteo Visioli.

<i>Direttore Scientifico</i>	Bruno Fabio Pighin
<i>Direttore Responsabile</i>	Giuliano Brugnotto
<i>Segretario</i>	Benedict Ndubueze Ejeh
<i>Segretario di Redazione</i>	Costantino-Matteo Fabris

<i>Redazione Marcianum Press</i>	<i>Ufficio Abbonamenti</i>
<i>Edizioni Studium Srl</i>	Tel. +39 041 27 43 914
Dorsoduro 1 – 30123 Venezia	e-mail: promozionemp@marcianum.it
Tel. +39 041 27 43 914	sito: www.marcianumpress.it
e-mail: ephic@marcianum.it	
sito: www.fdc.marcianum.it	

La rivista è semestrale – Condizioni per il 2016:

Abbonamento annuale Italia:	€ 52,00	Annata arretrata Italia:	€ 80,00
Resto del mondo:	€ 82,00	Annata arretrata estero:	€ 120,00
Prezzo del fascicolo:	€ 30,00		

Imprimatur: Venezia, 25 novembre 2016, don Angelo Pagan, Vicario Generale (censore don Diego Sartorelli)

Per richiedere la pubblicazione di articoli spedire la richiesta a: Redazione Ephemerides Iuris Canonici, Dorsoduro, 1 – 30123 Venezia, pure via e-mail ephic@marcianum.it

Tutti gli articoli inviati verranno sottoposti a procedura di *peer review* da parte di revisori esterni anonimi. I contributi pubblicati in questa rivista sono registrati in: Canon Law Abstract (Dublin-Essex), Bibliografia canonistica G.I.D.D.C. (Italia), DoGi (Italia), DaKaR (Germania), Kaldi (Austria).

Per la riproduzione anche parziale degli scritti qui pubblicati è necessaria l'autorizzazione esplicita della Redazione.

Iscrizione al R.O.C. n. 1515 del 09.08.2005

ISSN 0013-9491

ISBN 978-88-6512-491-8

Indice

PIETRO PAROLIN <i>L'impegno diplomatico come esercizio di giustizia e misericordia</i>	341
HECTOR FRANCESCHI <i>Il diritto della famiglia nella Chiesa. Approccio ad una rinnovata visione alla luce dell'Esortazione Apostolica «Amoris laetitia» di Papa Francesco</i>	355
BENEDICT NDUBUEZE EJEH <i>«Mitis Iudex Dominus Iesus»: obbiettivi, novità e alcune questioni</i> . .	383
JOAQUÍN LLOBELL <i>Questioni circa l'appello e il giudicato nel nuovo processo matrimoniale (Con brevi considerazioni sul "Tavolo di lavoro" per l'Italia)</i>	405
MIGUEL ÁNGEL ORTIZ <i>La valutazione delle dichiarazioni delle parti nelle cause di nullità del matrimonio</i>	449
DIMITRIOS SALACHAS <i>Riforma del processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nel Codice dei Canonici delle Chiese Orientali (Lettera Apostolica Motu Proprio «Mitis et Misericors Iesus»)</i>	487
LUIGI LACROCE <i>Il riconoscimento in Italia delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale dopo la riforma del processo matrimoniale canonico introdotta con il M. P. «Mitis Iudex Dominus Iesus»</i>	521
GIORGIO FELICIANI <i>Stati e confessioni religiose: normative "privilegiative" e pluralismo dei culti nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	549

FEDERICO MARTI
*Riflessioni sparse sulle Institutiones iuris canonici di Giovanni
Paolo Lancellotti nel dibattito giuridico cinquecentesco attraverso
la rilettura dell'Istitutionum Iuris Canonici Commentarium* 561

JUAN MANUEL CABEZAS CAÑAVATE
*Una mirada histórico canónica al devenir del derecho penal canónico
desde 1917 hasta nuestros días (II parte)* 593

Recensioni

GIOVANNI LAJOLO, *Una Chiesa tra sfide e speranza.
Il respiro della diplomazia vaticana* (Giuseppe Dalla Torre) 617

ELOY TEJERO, *El evangelio de la casa y de la familia*
(Nicolás Álvarez de las Asturias) 622

CARLO FANTAPPIÈ, *Ecclesiologia e canonistica* (Matteo Visioli) ... 625

M. NACCI, *Chiesa e Stato dalla potestà contesa alla sana cooperatio.
Un profilo storico giuridico* (Alessandro Recchia) 634

Libri ricevuti 637

Il diritto della famiglia nella Chiesa. Approccio ad una rinnovata visione alla luce dell'Esortazione Apostolica «Amoris laetitia» di Papa Francesco

Héctor Franceschi

Sommario.

1. *Premessa.* – 2. *Il “Diritto della famiglia” come ordinamento giuridico.* - 2.1. Le esigenze di giustizia del consorzio familiare. - 2.2. Nella legislazione canonica vigente, il nocciolo del diritto della famiglia della Chiesa è infatti costituito dall'ordinamento matrimoniale. - 2.3. Un esiguo settore del diritto canonico della famiglia è costituito da quelle norme positive che riguardano le restanti relazioni familiari, innanzitutto quella paterno-filiale (cf. cann. 1137 a 1140 CIC '83). – 3. *Il “Diritto canonico del matrimonio e della famiglia” come disciplina canonica.* - 3.1. Difficoltà per accettare l'esistenza di un “Diritto canonico della famiglia” quale disciplina canonica autonoma. - 3.2. Necessità di ridimensionare il “Diritto matrimoniale canonico”. – 4. *Conclusioni*

Riassunto

Nell'Ordinamento Canonico l'attenzione si è incentrata principalmente non sul Diritto della Famiglia ma sul Diritto Matrimoniale. Per parlare del “Diritto della Famiglia nella Chiesa”, prima si devono chiarire alcune questioni: in primo luogo, cosa si intende per “Diritto della Famiglia” e, prima ancora, per “diritto”; e, poi, se è più preciso parlare di “Diritto di Famiglia” anziché di “Diritto della Famiglia”. Sul primo punto, si parte dalla distinzione tra il “Diritto della Famiglia” come ordinamento giuridico o come disciplina scientifica nell'ambito del Diritto Canonico. Poi, vi è un chiarimento che riguarda la necessità di un'adeguata

Abstract

In canon law, attention has focused primarily not on the Family Law but on the Matrimonial Canon Law. To speak of the “Law of the Family in the Church”, first we must clear up some questions: First, what is meant by “Family Law” and, before that, for the “Law”; and, then, it is more accurate to speak of “Law of the Family” instead of “Family Law”. On the first point, it starts from the distinction between the “Family Law” as a legal system or as a scientific discipline under Canon Law. Then, there is an explanation regarding the need for an adequate understanding of the term “right” in order to overcome a

comprensione della nozione di “diritto”, allo scopo di superare una comprensione positivista, secondo la quale il diritto sarebbero le norme legali promulgate. Solo da un’adeguata comprensione del Diritto come la *res iusta* – come quella che rispecchia l’Esortazione «Amoris Laetitia» –, sarà possibile non solo capire le norme giuridiche positive che regolano il matrimonio e la famiglia, ma soprattutto comprendere che l’Ordinamento giuridico non si limita alle norme positive, ma è un sistema complesso nel quale si debbono intrecciare armonicamente il diritto naturale e quello positivo. In seguito – sulla scia di «Amoris Laetitia» – si spiega perché sia meglio parlare di “Diritto della Famiglia”, poiché in questo modo si sottolinea che la famiglia è una realtà a sé stante, che precede gli ordinamenti, e non una creazione del diritto positivo.

positivistic understanding, according to which the law would be legal norms promulgated. Only by an adequate understanding of the law as the *res iusta*, it can not only understand the legal rules governing the positive marriage and family, but also understand that the legal order is not limited to positive rules, but it is a complex system where they have to weave harmoniously the natural law and the positive law. Following – on the light of «Amoris Laetitia» – explains why it is better to speak of “Law of the Family”, because in this way it is stressed that the family is a reality of its own, before the legal norms, and not a creation of positive law.

Parole chiave: matrimonio, famiglia, positivismo, “realismo giuridico”, “diritto canonico della famiglia”, «Amoris Laetitia»

Keywords: marriage, family, “juridical realism”, positivism, “Law of the Family”, “Family Law in the Church”, «Amoris Laetitia»

1. Premessa

Negli ultimi decenni, nell’ordinamento canonico l’attenzione si è incentrata principalmente non sul diritto della famiglia ma sul diritto matrimoniale e, dopo la riforma del processo matrimoniale mediante i *Motu Proprio* «*Mitis iudex Dominus Iesus*» e «*Mitis et misericors Iesus*», in modo particolare sui processi di dichiarazione di nullità del matrimonio, con il rischio di incorrere in un ulteriore riduzionismo della scienza del diritto matrimoniale canonico alla sola questione dei

* Contributo sottoposto a referaggio.

processi di nullità. Forse per questo motivo, mi si è chiesto di preparare un contributo per questo volume della rivista – il quale viene dedicato prevalentemente alla riforma del processo – nel quale parlassi del “diritto della famiglia nella Chiesa”. Certamente, farò alcuni riferimenti alla riforma del processo, tema che verrà sviluppato da altri autori, ma lo farò soltanto nella misura in cui lo ritenga necessario per capire la comprensione canonica del matrimonio e della famiglia nella Chiesa alla luce dei Sinodi e della recente Esortazione Apostolica «Amoris laetitia»¹. Il mio contributo, invece, cerca di indicare una cornice che possa servire ad una corretta applicazione dei nuovi processi, seguendo quella ermeneutica del rinnovamento nella continuità, tante volte ricordata dagli ultimi Pontefici. Poiché quando questo articolo era già pronto per la stampa, è stata pubblicata l’Esortazione Apostolica di Papa Francesco, senza pretendere di fare lo studio di un documento così ricco e articolato, ho deciso di fare non pochi riferimenti ad «Amoris laetitia» che riguardano il tema oggetto di questo studio, nella speranza che possano servire a capire quanto importante sia una profonda e realistica comprensione della famiglia e del matrimonio – come quella che si trova nell’Esortazione – per riuscire nel tentativo di costruire un vero diritto della famiglia nella Chiesa, sia come scienza giuridica che come ordinamento canonico.

Quando mi è stato chiesto di sviluppare il tema del “diritto della famiglia nella Chiesa”, in un primo momento mi sono trovato in difficoltà, perché mi rendevo conto che prima si dovevano chiarire alcune questioni: in primo luogo, cosa si intendesse per “diritto della famiglia” nella Chiesa e, prima ancora, per “diritto”; e, poi, se fosse più preciso parlare di “Diritto di Famiglia” anziché di “Diritto della Famiglia”.

Per quanto riguarda la prima questione, ho deciso di fare una distinzione e un chiarimento. La distinzione riguarda il “diritto della famiglia” come ordinamento giuridico o come disciplina scientifica nell’ambito del Diritto Canonico. Il chiarimento, invece, risponde alla necessità di un’adeguata comprensione della nozione di “diritto”, allo scopo di superare una comprensione positivista, secondo la quale il diritto sarebbero le norme legali promulgate, spesso presente negli or-

¹ PAPA FRANCESCO, Esortazione Apostolica post-sinodale «Amoris laetitia», 19 marzo 2016.

dinamenti civili ma non di rado anche nell'ordinamento canonico. Ritengo, invece, che solo da un'adeguata comprensione del Diritto come la *res iusta*, sia possibile non solo capire le norme giuridiche positive che regolano il matrimonio e la famiglia, ma soprattutto comprendere che l'ordinamento giuridico non si limita alle norme positive, ma è un sistema complesso nel quale si debbono intrecciare armonicamente il diritto naturale e quello positivo. Un'altra questione che considero si debba valutare è se sia più preciso parlare di "diritto della famiglia" anziché di "diritto di famiglia", come spesso si fa negli ordinamenti statuali. Anticipo che, a mio parere, sia meglio parlare di "diritto della famiglia", perché in questo modo si sottolinea che la famiglia è una realtà a sé stante, che precede gli ordinamenti, e non una creazione del diritto positivo, il che significherebbe una creazione della cultura imperante, o della volontà autonoma del legislatore del momento, come vediamo sta succedendo in tanti paesi.

Tenendo conto di queste distinzioni e chiarimenti, dividerò la mia esposizione in due parti: a) il diritto della famiglia come ordinamento giuridico e b) il diritto della famiglia come disciplina canonica. Questi temi verranno trattati anche tenendo conto delle incidenze delle Assemblee – Straordinaria ed Ordinaria – del Sinodo dei Vescovi, sulla retta comprensione di questo "diritto della famiglia" nella Chiesa.

2. Il "Diritto della famiglia" come ordinamento giuridico

L'espressione "Diritto canonico della famiglia" può essere intesa come un settore dell'ordinamento canonico o come una disciplina scientifica. Il centro di questo ordinamento giuridico e l'oggetto di studio di questa branca della scienza canonica sono il matrimonio e la famiglia quali realtà primordiali ed originarie.

Quando dico che si tratta di realtà originarie voglio sottolineare il fatto che la loro "giuridicità" non è acquisita ma naturale. Il fatto che il matrimonio e la famiglia siano realtà giuridiche non dipende dall'esistenza di un ampio numero di norme o di un intero sistema normativo che le riguardino. Queste norme o questo sistema normativo infatti – sia dello Stato sia della Chiesa Cattolica – non soltanto non conferiscono la giuridicità alla famiglia, ma succede proprio il contrario: ap-

punto perché società originarie, con una dimensione giuridica naturale, sono esse a dare vita e a riempire di senso giuridico tutte le norme dell'ordinamento che le riguardano.

“Istituzione naturale” e sistema normativo, vita e norma, sono in un concreto rapporto causale: la norma scaturisce dalla vita e non il contrario. Quando si tratta di istituzioni vitali, quali sono il matrimonio e la famiglia, si deve riconoscere che sono esse a vitalizzare le norme dal di dentro. È infatti sbagliato pensare che la loro giuridicità derivi dal fatto che ci siano alcune o molte norme – non importa se statuali o ecclesiali – ad esse collegate.

Il matrimonio e la famiglia non sono «isole lambite dal Diritto» – come è stato affermato dal Jemolo – quasi che si trattasse di realtà esistenziali in cui regnino l'amore, gli affetti, i sentimenti e i più grandi ideali². Secondo questa visione, il Diritto rimane lontano dalla famiglia sana ed in cui le cose funzionano bene ed interviene esclusivamente nel momento del conflitto. Le norme “giuridiche” servirebbero, appunto, per risolvere quei “problemi” che non dovrebbero mai insorgere se le cose andassero per il verso giusto ed è, quindi, nel momento del conflitto che quell'isola entra in contatto con il mondo del giurista, in modo simile ad una persona che entra in contatto con la medicina (e con i medici) nella malattia.

Alla base di questa immagine – “isola solo lambita dal Diritto” – si può trovare il risultato di un articolato processo di “riduzionismi”. Spiegando questi riduzionismi, scrive Errázuriz: «il diritto si identifica con la norma – normativismo –, questa con la norma positiva – positivismo – e alla fine quest'ultima viene ridotta alla norma emanata o fatta valere dallo Stato – statualismo –»³. Una volta “ridotto” così il fenomeno giuridico – fino al punto di identificarlo con la forza o il potere – non deve stupire se non si trova nessun punto di contatto tra ciò che è giuridico, da un lato, e la famiglia o l'amore, dall'altro. Al massimo, il matrimonio e la famiglia, per risolvere i conflitti, possono essere soltanto “lambiti” dalla forza dello Stato.

² Cf. A. C. JEMOLO, «La famiglia e il diritto», in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, ed. L. Scavo Lombardo, Milano 1957, 222-241.

³ C. J. ERRÁZURIZ M., «El matrimonio como conjunción entre amor y derecho en una óptica realista y personalista», *Scripta Theologica* 16 (1994) 1023.

Come ben hanno ricordato i Padri Sinodali nella *Relazione Finale del Sinodo*, questa situazione si è ulteriormente sviluppata, con uno Stato che, almeno in Occidente, deciderebbe in modo acritico e arbitrario le stesse istituzioni, dando un contenuto “giuridico” al matrimonio e alle diverse relazioni familiari e persino ridefinendoli. In questo senso, il documento fa una chiara denuncia delle ingiuste pressioni subite dalla Chiesa e dagli Stati per la ridefinizione del matrimonio, come afferma in riferimento al riconoscimento come “matrimonio” anche delle unioni omosessuali:

Nel corso del dibattito sulla dignità e la missione della famiglia, i Padri sinodali hanno osservato che «circa i progetti di equiparazione al matrimonio delle unioni tra persone omosessuali, non esiste fondamento alcuno per assimilare o stabilire analogie, neppure remote, tra le unioni omosessuali e il disegno di Dio sul matrimonio e la famiglia»; ed è inaccettabile «che le Chiese locali subiscano delle pressioni in questa materia e che gli organismi internazionali condizionino gli aiuti finanziari ai Paesi poveri all'introduzione di leggi che istituiscano il “matrimonio” fra persone dello stesso sesso» (*Relatio Finalis* 2015, 76)⁴.

Questo modo di intendere il rapporto tra diritto e matrimonio e tra diritto e famiglia è tutto viziato dal positivismo giuridico in quanto il matrimonio e la famiglia non sono realtà giuridiche per il fatto che esistono delle norme positive ad esse relative ma succede esattamente il contrario: poiché hanno una dimensione giuridica intrinseca e connaturale, esse sono contemplate dal diritto positivo. Anzi, proprio perché realtà originaria ed originante la famiglia è una società “sovrana”⁵, utilizzando l'espressione di Giovanni Paolo II:

Nell’“umile” interiorità dell'unione coniugale, accessibile a qualsiasi persona sprovvista di potere e di gloria “umane” si annida una straordinaria, specifica ed esclusiva *potestà sovrana*: il potere di generare diritto o, meglio ancora, il potere di generare il primo dei vincoli giuridici, un autentico potere istituzionale: un potere capace di porre in essere vincoli giuri-

⁴ PAPA FRANCESCO, «Amoris laetitia», 19 marzo 2016, n. 251.

⁵ GIOVANNI PAOLO II, *Lettera alle famiglie*, n. 17.

dici reali che articolino la realizzazione sociale delle persone umane; in poche parole, la sovranità di creare la prima e fondamentale istituzione umana, ossia il matrimonio⁶.

Quell'isola che sembrava essere fatta di tutto tranne che di diritto è paradossalmente la culla di un diritto sovrano – che appartiene ad ogni coppia di sposi e che consiste nel potere di costituire la prima cellula sociale. Il potere e la forza dello Stato, infatti, possono soltanto “lambire” questa realtà che è ad esso precedente. La famiglia “società sovrana” possiede un potere e una giuridicità intrinseci, esigendo così unicamente il suo riconoscimento da parte della società (dalla cultura), non essendo bisognosa del *placet* dello Stato, se non per quanto riguarda il modo di riconoscere questa realtà che è anche per sua natura pubblica e non privata. Essa è, comunque, precedente allo Stato, ragione per cui non può essere in balia dello Stato per quanto riguarda la sua definizione e la sua struttura, come se fosse lo Stato a definire o ridefinire che cosa siano la famiglia e il matrimonio, come vediamo sta accadendo in tanti paesi occidentali, nei quali si tenta di modificare nella sua essenza – nel caso si ammettesse che un'essenza ci sia – queste realtà originarie.

Sembra perciò che la consapevolezza della “sovranità” della famiglia debba essere anche affermata e ribadita dai canonisti. Parlare di sovranità altro non è che sottolineare la giuridicità originaria della famiglia e ciò, di pari passo, equivale a segnalare il motivo principale per cui il canonista intende parlare di diritto della famiglia: essa è una realtà intrinsecamente giuridica. La sua giuridicità resterebbe tale anche nell'ipotesi assurda in cui l'intero sistema normativo canonico o statale non avesse nessuna disposizione relativa alla famiglia.

Le precedenti osservazioni costituiscono un modo nuovo di presentare una verità di sempre: il matrimonio e la famiglia sono istituzioni “naturali”. Quest'affermazione permette di capire che un Diritto del matrimonio e della famiglia non può non essere costituito se non da un ampio nucleo di norme di diritto naturale, norme cioè che devono stare alla base di qualsiasi ordinamento sul matrimonio o sulla fami-

⁶ P. J. VILADRICH, «La famiglia sovrana», *Ius Ecclesiae* 7 (1995) 546.

glia, sia esso civile o canonico. Non esiste un matrimonio canonico né un matrimonio civile, così come non si può parlare di una famiglia canonica e di un'altra civile. Esiste invece un ordinamento canonico del matrimonio e della famiglia, come esiste un ordinamento statale (ogni Stato ha il suo) del matrimonio e della famiglia. Se questi "ordinamenti" hanno il carattere della "giuridicità", ciò si deve innanzitutto al fatto che disciplinano la società "sovrana", fonte precipua della loro validità sostanziale⁷.

2.1 *Le esigenze di giustizia del consorzio familiare*

Il canonista è consapevole di dover studiare le esigenze di giustizia di una realtà – quella familiare – che non è semplice frutto della storia e della cultura. Si tratta invece di un "istituto naturale" e cioè di una forma di società o comunità confacente alla dignità della persona umana. Il canonista – e il giurista in genere – deve scoprire le luci che la "verità del principio" (cf. Mt 19, 5) proietta sulle diverse culture in cui egli vive. Per dirla brevemente, la natura umana è essenzialmente familiare e non è sufficiente dire che essa sia meramente sociale. L'organizzarsi dell'uomo in modo familiare non è stato un semplice momento dell'evoluzione umana, in modo tale che, arrivati a un certo punto, gli uomini potessero fare a meno della famiglia. Forse i diversi tentativi storici di eliminazione della famiglia come istituto naturale – operati innanzitutto nei paesi di ideologia marxista nel secolo scorso, e oggi attraverso le ideologie del *gender* che tentano di svuotare le nozioni di famiglia e matrimonio di un qualsiasi contenuto oggettivo – nonché le trasformazioni enormi che essa ha subito in Occidente hanno contribuito a delimitare, meglio di prima, cosa si debba intendere per «famiglia, istituto naturale». La comunità familiare può organizzarsi di fatto in mille diversi modi, ma sempre nel rispetto della verità su quello che, al di là di ogni cultura, sono il matrimonio e la famiglia come realtà che si fondano sulla condizione sessuale maschile e femminile e sulla complementarietà che ne deriva.

⁷ Sul tema della perdita della nozione naturale di famiglia, si veda il breve ma interessante articolo di F. D'AGOSTINO, «Famiglia "naturale" e famiglia "sintetica"», in *Famiglia e Diritto nella Chiesa*, ed. M. Tinti, Città del Vaticano 2014, 225-230.

È perciò necessario precisare il modo con cui ritengo debbano riportarsi i concetti di natura e cultura nell'ambito del diritto della famiglia. A questo proposito sono veramente illuminanti, benché semplici, queste parole di Giovanni Paolo II:

Non si può negare che l'uomo si dà sempre in una cultura particolare, ma neppure si può negare che l'uomo non si esaurisce in questa cultura. Del resto, il progresso stesso delle culture dimostra che nell'uomo esiste qualcosa che trascende le culture. Questo "qualcosa" è precisamente la *natura dell'uomo*: proprio questa natura è la misura della cultura ed è la condizione perché l'uomo non sia prigioniero di nessuna delle sue culture, ma affermi la sua dignità personale nel vivere conformemente alla verità profonda del suo essere. Mettere in discussione gli elementi strutturali permanenti dell'uomo, connessi anche con la stessa dimensione corporea, non solo sarebbe in conflitto con l'esperienza comune ma renderebbe incomprendibile il riferimento che Gesù ha fatto al "principio", proprio là dove il contesto sociale e culturale del tempo aveva deformato il senso originario e il ruolo di alcune norme morali (cf. Mt 19,1-9)⁸.

Non c'è nessuna cultura che possa esaurire la verità del principio sulla famiglia. Nel momento stesso in cui il giurista volesse affermare la validità universale di una concreta realizzazione storica della famiglia, quantunque ottima e confacente alla dignità dell'uomo essa possa essere stata, sarebbe tuttavia colpevole di avere imprigionato la "natura" umana in un concreto contesto culturale. La "natura" umana finisce sempre per "vendicarsi" di queste indebite pretese delle culture, e lo fa trascendendole.

Così importante come lo è l'affermare il carattere prevalentemente naturale del diritto della famiglia, è anche il sottolineare che si tratti di un diritto che trascende le culture, ma che non può vivere senza di esse. Natura e cultura sono due dimensioni della realtà, irriducibili e, di pari passo, necessariamente connesse:

È proprio della persona umana il non potere raggiungere un livello di vita veramente e pienamente umano se non mediante la cultura, coltivando

⁸ GIOVANNI PAOLO II, Enc. «Veritatis splendor», n. 53.

cioè i beni e i valori della natura. Perciò, ogniqualvolta si tratta della vita umana, natura e cultura sono quanto mai strettamente connesse⁹.

Gli atti umani sono veramente pregevoli non tanto perché abbiano un certo riscontro nel loro contesto culturale, ma innanzitutto perché (ed in quanto) essi sono confacenti alla natura umana, alla verità dell'essere persona. È appunto la natura umana che riempie di senso e di significato i valori culturali. Allo stesso tempo, però, questi valori non possono pretendere di avere raggiunto la perfezione di ciò che la natura umana possa esigere in un dato momento storico. La natura trascende infatti la cultura e non è prigioniera di essa.

Se si prendono le mosse da una visione realista del fenomeno giuridico è doveroso sottolineare l'unicità del sistema giuridico: «il diritto naturale e il diritto positivo si integrano in un unico sistema giuridico che è in parte naturale e in parte positivo»¹⁰. Non esistono due ordinamenti o sistemi – quello naturale e quello positivo –, bensì un unico sistema giuridico dove le esigenze di giustizia «originarie» del matrimonio e della famiglia (natura) si integrano con le necessarie determinazioni storiche che aggiunge il diritto positivo (cultura). Già la scolastica insegnava che in linea di massima la giuridicità della norma positiva deriva dal diritto naturale sia *per modum conclusionis* che *per modum determinationis*.

a) Ad esempio, la legge canonica che impedisce la celebrazione del matrimonio a coloro che siano legati da un vincolo coniugale previo non è altro che una “conclusione” della norma dell'indissolubilità, che è di diritto divino, insita nella stessa natura dell'amore coniugale, come ha ben ricordato Papa Francesco nella sua recente Esortazione Apostolica:

Il matrimonio aggiunge a tutto questo [i valori della vera amicizia] un'esclusività indissolubile, che si esprime nel progetto stabile di condividere e costruire insieme tutta l'esistenza. [...] nella stessa natura dell'amore coniugale vi è l'apertura al definitivo. L'unione che si cristallizza nella

⁹ CONCILIO VATICANO II, Cost. Past. «Gaudium et spes», n. 53.

¹⁰ J. HERVADA, *Introduzione critica al Diritto naturale*, Milano 1990, 179.

promessa matrimoniale per sempre, è più che una formalità sociale o una tradizione, perché si radica nelle inclinazioni spontanee della persona umana; e, per i credenti, è un'alleanza davanti a Dio che esige fedeltà¹¹.

b) Stabilire invece che gli insigniti della dignità dell'ordine non siano abili a contrarre matrimonio è una "determinazione" del diritto positivo. Cioè, senza la determinazione fatta dalla legittima autorità ecclesiale, gli ordinati sarebbero abili a contrarre validamente il matrimonio. L'autorità determina il Diritto divino (positivo o naturale), ma ciò non significa che la forza obbligatoria derivi in modo arbitrario dall'autorità ecclesiale stessa: il celibato sacerdotale, infatti, è un carisma che affonda le sue radici nel Diritto divino ed è da esso che prende la sua razionalità giuridica.

c) Limitare lo *ius connubii* nello stabilire che i maschi e le femmine minori rispettivamente di 16 e di 14 anni di età non possano celebrare valido matrimonio è anche una "determinazione" positiva del diritto naturale. Per secoli, il limite di età era quello dei 14 e 12 anni, vale a dire, la determinazione del diritto naturale fatta dal diritto positivo era diversa, ma sempre fondata sul diritto naturale, cioè, sulle esigenze naturali per poter realizzare il dono coniugale di sé.

Parlare di "determinazioni" del diritto naturale e del diritto divino-positivo è utile per capire che questo diritto è molto più ampio di ciò che solitamente si pensa. Esso è infatti alla base di tutto l'ordinamento canonico, tant'è vero che la giuridicità di ogni norma canonica dipende assolutamente dal fatto che sia o meno confacente alla dignità della persona umana¹².

¹¹ PAPA FRANCESCO, «Amoris laetitia», 19 marzo 2016, n. 123.

¹² H. FRANCESCHI, *Riconoscimento e tutela dello «ius connubii» nel sistema matrimoniale canonico*, Milano 2003; H. FRANCESCHI, «Una comprensione realistica dello «ius connubii» e dei suoi limiti», in *Ammissione alle nozze e prevenzione della nullità del matrimonio*, ed. M. A. Ortiz, Milano 2005, 1-48; H. FRANCESCHI, «El contenido y la determinación del "ius connubii" y sus manifestaciones en el sistema matrimonial canónico vigente», *Ius Canonicum* 47 (2007) 73-97.

2.2 *Nella legislazione canonica vigente, il nocciolo del diritto della famiglia della Chiesa è infatti costituito dall'ordinamento matrimoniale*

Per ordinamento matrimoniale intendiamo quell'insieme di norme giuridiche (sia naturali che positive) che riguardano il matrimonio. La stragrande maggioranza di esse sono contenute nel titolo VII del Libro IV del vigente Codice di Diritto Canonico, promulgato nell'anno 1983, e i corrispondenti canoni del Codice dei Canoni delle Chiese Orientali del 1990. Queste norme si strutturano nei seguenti grandi temi: la cura pastorale e le formalità preliminari alla celebrazione del matrimonio, gli impedimenti dirimenti, le norme relative al consenso matrimoniale, la forma della celebrazione del matrimonio, i matrimoni misti, gli effetti del matrimonio, la separazione dei coniugi e lo scioglimento in alcuni casi eccezionali e, infine, la convalidazione del matrimonio.

Inoltre, è importante sottolineare che nella pratica la maggior parte dei processi che hanno luogo nei tribunali ecclesiastici sono quelli relativi alla dichiarazione di nullità del vincolo coniugale. Questo fatto esercita una fortissima pressione psicologica che porta a pensare che siano veramente “canoniche” (cioè giuridiche) solo quelle norme che hanno a che fare con i processi di nullità matrimoniale, il che non è vero per le ragioni poc'anzi indicate.

Al riguardo, va ricordato quanto dicevo sulla recente riforma del processo dichiarativo della nullità del matrimonio – tema che viene affrontato in altri contributi di questo volume della rivista – alla quale ha fatto un preciso riferimento il Pontefice in «*Amoris laetitia*»:

D'altra parte, un gran numero di Padri «ha sottolineato la necessità di rendere più accessibili ed agili, possibilmente del tutto gratuite, le procedure per il riconoscimento dei casi di nullità»¹³. La lentezza dei processi crea disagio e stanca le persone. I miei due recenti Documenti su tale materia¹⁴ hanno portato ad una semplificazione delle procedure per una eventuale dichiarazione di nullità matrimoniale. Attraverso di essi ho an-

¹³ *Relatio Synodi* 2014, 48.

¹⁴ Cf. Motu proprio «*Mitis iudex Dominus Iesus*», 15 agosto 2015, *L'Osservatore Romano* (9 settembre 2015) 3-4; Motu proprio «*Mitis et misericors Iesus*», 15 agosto 2015, *L'Osservatore Romano* (9 settembre 2015) 5-6.

che voluto «rendere evidente che lo stesso Vescovo nella sua Chiesa, di cui è costituito pastore e capo, è per ciò stesso giudice tra i fedeli a lui affidati»¹⁵. Perciò, «l'attuazione di questi documenti costituisce una grande responsabilità per gli Ordinari diocesani, chiamati a giudicare loro stessi alcune cause e, in ogni modo, ad assicurare un accesso più facile dei fedeli alla giustizia. Ciò implica la preparazione di un personale sufficiente, composto di chierici e laici, che si consacrino in modo prioritario a questo servizio ecclesiale. Sarà pertanto necessario mettere a disposizione delle persone separate o delle coppie in crisi, un servizio d'informazione, di consiglio e di mediazione, legato alla pastorale familiare, che potrà pure accogliere le persone in vista dell'indagine preliminare al processo matrimoniale (cf. «*Mitis Iudex*», art. 2-3)» (*Relatio Finalis*, 82)¹⁶.

Non metto in dubbio né la necessità né l'opportunità di questa riforma. Quando guardiamo con visione universale la realtà della Chiesa nel mondo e non ci limitiamo alla Chiesa in Italia e in Europa, è evidente che ci voleva una riforma volta a semplificare il processo matrimoniale, che in moltissimi paesi è ancora una possibilità irraggiungibile per la grande maggioranza dei fedeli, perché non esistono dei tribunali e per diversi motivi era molto difficile la loro creazione alla luce della normativa precedente: l'impossibilità di creare un tribunale collegiale, la lontananza o alle volte la quasi inesistenza dei tribunali di appello, la lunghissima durata delle cause, ecc. Ciò non toglie che, come hanno scritto tantissimi autori nei loro commenti alla riforma, ci siano punti che devono essere meglio precisati, lacune da colmare, rischi reali di abuso nell'applicazione della nuova normativa.

Ciò richiederà un'attenta vigilanza dei Vescovi e dello stesso Legislatore universale in questi primi anni di applicazione della nuova normativa, con le necessarie correzioni, modifiche e precisazioni che rendano sempre più chiara la natura meramente dichiarativa delle sentenze di nullità e garantiscano, oltre alla verità irrinunciabile dell'indissolubilità del matrimonio, dei diritti inalienabili delle persone coinvolte nei processi, come è il diritto di difesa, la necessaria ed efficace partecipazione attiva del difensore del vincolo, il diritto di appello, il diritto

¹⁵ Motu proprio «*Mitis iudex Dominus Iesus*», preambolo, III, 3.

¹⁶ PAPA FRANCESCO, «*Amoris laetitia*», 19 marzo 2016, n. 244.

di essere assistito da un patrono anche di fiducia laddove le parti o una di esse lo chiedano, ecc.

In questo momento storico, quello che mi preme sottolineare è che il nocciolo dell'ordinamento matrimoniale – poi farò riferimento alle altre relazioni familiari – non è costituito da queste norme processuali che oggi sono al centro dell'attenzione dei canonisti – ma dalle norme di diritto sostantivo che continuano ad avere pieno vigore e che, in grande misura, sono ancorate nello stesso diritto naturale. Perciò, un'applicazione delle nuove norme processuali che oscuri gli elementi giuridici intrinseci della realtà matrimoniale, a cominciare dal principio dell'indissolubilità, cardine di tutto il sistema matrimoniale, non sarebbe coerente con lo stesso spirito della riforma, il quale mette al centro la *salus animarum*, suprema legge della Chiesa.

Infine, ritengo che oggi sia ancora più necessario che noi canonisti facciamo uno sforzo per evitare una visione riduzionistica del diritto della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia alle sole norme che hanno a che fare con il processo dichiarativo della nullità del matrimonio.

Come hanno ricordato i Padri Sinodali, e ha fatto proprio Papa Francesco nella Esortazione post-sinodale, dinanzi alle crisi familiari l'unica soluzione non è la verifica della nullità del matrimonio fallito o in crisi, ma si deve stabilire una vera opera di accompagnamento di queste coppie da parte di fedeli e pastori preparati anche in ambito giuridico, ad esempio, mediante strutture di mediazione, tanto presenti negli ordinamenti civili dei nostri giorni, ma non impostate alla separazione pacifica bensì, prima di tutto, alla riconciliazione delle coppie in crisi:

Alcune famiglie soccombono quando i coniugi si accusano a vicenda, ma «l'esperienza mostra che con un aiuto adeguato e con l'azione di riconciliazione della grazia una grande percentuale di crisi matrimoniali si supera in maniera soddisfacente. Saper perdonare e sentirsi perdonati è un'esperienza fondamentale nella vita familiare» (*Relatio Synodi* 2014, 44). «La faticosa arte della riconciliazione, che necessita del sostegno della grazia, ha bisogno della generosa collaborazione di parenti ed amici, e talvolta anche di un aiuto esterno e professionale» (*Relatio finalis* 2015, 81)¹⁷.

¹⁷ PAPA FRANCESCO, «Amoris laetitia», 19 marzo 2016, n. 236.

Penso che in questo ambito il diritto canonico e gli stessi tribunali ecclesiastici possano dare un efficace contributo, con una vera azione di prevenzione che deve essere ben strutturata, anche dal punto di vista canonico, nelle diocesi e nelle parrocchie¹⁸.

2.3 *Un esiguo settore del diritto canonico della famiglia è costituito da quelle norme positive che riguardano le restanti relazioni familiari, innanzitutto quella paterno-filiale (cf. cann. 1137 a 1140 CIC '83)*

La relazione paterno/materno-filiale può essere studiata dalla prospettiva del figlio o da quella dei genitori: nel primo caso si analizzano il concetto di “figlio”, la possibilità o meno di distinguere diversi tipi di “filiazione”, la legittimazione dei figli, l'adozione, i diritti dei figli nei confronti dei genitori, ecc.; dalla prospettiva dei genitori, il tema centrale è la *potestà genitoriale*, quale situazione giuridica allo stesso tempo attiva e passiva: attiva, poiché i genitori devono *esigere* dai figli ciò che è opportuno per la loro crescita umana e cristiana, passiva perché sono anche obbligati nei confronti dei figli.

Parte integrante del “diritto canonico della famiglia” sarebbero anche le norme che fanno riferimento sia al *munus docendi* che al *munus sanctificandi*, cioè l'educazione dei figli da una parte e l'amministrazione dei sacramenti dell'iniziazione cristiana ai figli sottoposti alla loro potestà genitoriale: il battesimo, la cresima, l'eucaristia¹⁹.

Come dicevo nella premessa, ci sono autori che inoltre distinguono il “Diritto di famiglia” dal “Diritto della famiglia”²⁰. Da una prospettiva diversa da quella indicata in precedenza, la distinzione è opportuna poiché mentre il primo riguarda il diritto di famiglia considerato in

¹⁸ Su questa opera di mediazione indirizzata alla riconciliazione, si veda l'interessante esperienza che si racconta in B. ROMA, «La mediazione come via per la riconciliazione?», in *Matrimonio e famiglia. La questione antropologica*, ed. H. Franceschi, Roma 2015, 371-389.

¹⁹ Sul tema della dimensione giuridica dell'educazione della prole, cf. I. ZUANAZZI, «Valori fondamentali del matrimonio nella società di oggi: la filiazione», in *Matrimonio canonico e realtà contemporanea*, Città del Vaticano 2005, 175-211; I. ZUANAZZI, *L'ordinatio ad educationem prolis del matrimonio canonico*, Napoli 2012; I. ZUANAZZI, «Per un diritto di Famiglia nella Chiesa: i rapporti tra genitori e figli», *Ius Ecclesiae* 25 (2013) 409-429.

²⁰ J. F. CASTAÑO, «Famiglia e rapporti familiari nel Diritto della Chiesa», in *La famiglia e i suoi diritti nella comunità civile e religiosa*, Città del Vaticano 1987, 89; P. BIANCHI, «Il “diritto di famiglia” della Chiesa», *Quaderni di Diritto Ecclesiale* 7 (1994) 285.

modo astratto, il secondo, invece, studia i rapporti di giustizia esistenti tra la famiglia come comunità di persone ed altre istituzioni. In quest'ultimo contesto va situata la *Carta dei diritti della famiglia* pubblicata dalla Santa Sede nel 1983, dove sono elencati i principali doveri che ogni Stato deve osservare nei confronti della famiglia²¹. Nella stessa ottica andrebbero studiati i "diritti della famiglia" nei confronti della società ecclesiale, che sarebbe anche un tema canonistico ma che esula dai limiti di un "diritto di famiglia". Anche se ammetto la distinzione tra "Diritto di famiglia" e "Diritto della famiglia", nonostante i motivi cui subito accennerò, preferisco parlare del "diritto canonico del matrimonio e della famiglia" sia come quel settore dell'ordinamento canonico che disciplina questi due istituti, sia come la scienza che ha come oggetto di studio le dimensioni di giustizia del matrimonio e la famiglia come realtà che hanno una propria essenza con una dimensione giuridica intrinseca alla stessa realtà.

Non ho dubbi che, al giorno d'oggi, come ben spiega la Zuanazzi in un suo recente articolo, sia più presente la necessità di sviluppare un proprio ordinamento giuridico sulla famiglia e non restare incentrati solo sul matrimonio, data la deriva che stanno prendendo molti ordinamenti civili:

Questa impostazione, che nel quadro del sistema classico dell'*utrumque ius* finiva per lasciare la disciplina giuridica degli effetti del matrimonio allo *ius civile*, quanto meno per i profili matrimoniali o *mere civiles*, non può essere ritenuta ancora valida in epoca attuale, a seguito, da un lato, della progressiva secolarizzazione del diritto degli Stati, che conduce a regolare i rapporti familiari secondo principi non sempre coerenti con l'antropologia cristiana, e, dall'altro, della crescente presa di coscienza nella Chiesa della necessità di dare un corretto orientamento all'assetto e al ruolo della famiglia²².

Al riguardo, ritengo che la riforma processuale sia stata un'occasione mancata per recuperare questa necessità di ricostruire nella Chiesa un proprio diritto di famiglia, poiché nel primo canone riformato (can. 1671 § 2) si è stabilito:

²¹ *Enchiridion Vaticanum* 9, 468 ss.

²² I. ZUANAZZI, «Per un diritto di famiglia della Chiesa: i rapporti tra genitori e figli», 410.

Le cause sugli effetti puramente civili del matrimonio spettano al magistrato civile, a meno che il diritto particolare non stabilisca che le medesime cause, qualora siano trattate incidentalmente e accessoriamente, possano essere esaminate e decise dal giudice ecclesiastico.

A mio avviso, e in questo concordo pienamente con la Zuanazzi, è tale la confusione di molti ordinamenti statali sul matrimonio e la famiglia, che sarebbe stato bene richiamare il diritto originario della Chiesa per giudicare anche sugli effetti civili – sarebbe più preciso dire giuridici – delle diverse relazioni familiari, non solo su quella matrimoniale ma anche sulle altre relazioni familiari fondanti: paternità e filiazione, relazione fraterna. Si pensi alla definizione di paternità e filiazione, alla questione fondamentale dell'affidamento dei figli e della potestà genitoriale, alle norme sull'adozione. Questo si vede con grande chiarezza nello sconvolgimento delle relazioni familiari che ha significato lo sviluppo delle tecniche che separano la filiazione dalla coniugalità e dalla stessa relazione sessuale, come ben ha ricordato «*Amoris laetitia*»:

D'altra parte, «la rivoluzione biotecnologica nel campo della procreazione umana ha introdotto la possibilità di manipolare l'atto generativo, rendendolo indipendente dalla relazione sessuale tra uomo e donna. In questo modo, la vita umana e la genitorialità sono divenute realtà componibili e scomponibili, soggette prevalentemente ai desideri di singoli o di coppie» (*Relatio finalis* 2015, 33). Una cosa è comprendere la fragilità umana o la complessità della vita, altra cosa è accettare ideologie che pretendono di dividere in due gli aspetti inseparabili della realtà. Non cadiamo nel peccato di pretendere di sostituirci al Creatore. Siamo creature, non siamo onnipotenti. Il creato ci precede e dev'essere ricevuto come dono. Al tempo stesso, siamo chiamati a custodire la nostra umanità, e ciò significa anzitutto accettarla e rispettarla come è stata creata²³.

Per fare alcuni esempi sulle conseguenze di abbandonare la regolamentazione degli effetti giuridici – nel senso più profondo dell'espressione – allo Stato, non infrequenti in molti ordinamenti occidentali: cosa fare se i figli vengono affidati ad un genitore che ha costituito do-

²³ PAPA FRANCESCO, «*Amoris laetitia*», n. 56.

po la crisi matrimoniale una unione di fatto o, persino, un “matrimonio” omosessuale, come si permette in non pochi paesi? Quale risposta dare ai casi di adozione di figli da parte di queste coppie? Cosa dire della “filiazione” ottenuta mediante la pratica dell’utero in affitto? Quale è la natura del rapporto tra coloro che sono diventati figli di una coppia mediante queste tecniche o altre tecniche di fecondazione artificiale? Le domande sono molte e, come si sa, molti di questi temi, per gli Stati, rientrano dentro i cosiddetti “effetti civili del matrimonio”.

È per questo che ribadisco la necessità di costruire un proprio diritto della famiglia nella Chiesa, nel quale venga approfondita la struttura giuridica di ogni relazione familiare. In questo senso, ritengo che la stessa struttura della recente Esortazione apostolica di Papa Francesco, di un profondo realismo, è per noi giuristi una grande luce nella riscoperta della portata e la centralità delle diverse relazioni familiari poiché, nella misura in cui il Pontefice parla di una realtà e non di una visione ideologica o solo di fede, ci aiuta a scoprire anche le dimensioni intrinseche di giustizia – sempre illuminata dalla misericordia – delle relazioni familiari fondanti: la relazione coniugale²⁴, la relazione paterno/filiale²⁵ e la relazione fraterna²⁶. Se, invece, restassimo chiusi in una visione positivista dell’ordinamento matrimoniale, poco o niente riusciremo a trarre dalla ricchezza dell’insegnamento di Papa Francesco nell’«Amoris laetitia», dato che non saremmo capaci di superare quella falsa contrapposizione tra diritto e pastorale.

3. Il “Diritto canonico del matrimonio e della famiglia” come disciplina canonica

3.1 *Difficoltà per accettare l’esistenza di un “Diritto canonico della famiglia” quale disciplina canonica autonoma*

Un conto è parlare delle norme giuridiche riguardanti il matrimonio e la famiglia, un altro conto l’affermare che esista una scienza che

²⁴ Cf. PAPA FRANCESCO, «Amoris laetitia», Cap. IV. *L’amore nel matrimonio*. Specialmente i nn. 120-157.

²⁵ Cf. PAPA FRANCESCO, «Amoris laetitia», Specialmente il Cap. V. *L’amore che diventa fecondo*, nn. 165-177, 188-190; e il Cap. VII. *Rafforzare l’educazione dei figli*, nn. 259-290.

²⁶ Cf. PAPA FRANCESCO, «Amoris laetitia», nn. 194-195.

possa essere denominata “diritto canonico della famiglia”. Si deve riconoscere che sembrano essere molto fondate le perplessità e i dubbi che non pochi canonisti mostrano di avere nei confronti di chi afferma l’esistenza di questo nuovo ambito della scienza canonica. Sono così pochi gli studi di questo nuovo ramo scientifico che basterebbero poche pagine per fare riferimento a tutta la bibliografia relativa al “diritto canonico della famiglia”²⁷.

a) È vero che, come abbiamo già visto, esiste un consistente numero di norme canoniche riguardanti la famiglia nel suo insieme di rapporti parentali, ma c’è da chiedersi se questo sia sufficiente perché si possa parlare di un diritto canonico della famiglia come disciplina autonoma. Un settore del diritto canonico che volesse strutturarsi sulla base di tali norme positive, apparirebbe probabilmente come un annesso al diritto matrimoniale canonico e sicuramente ad esso subordinato.

b) Inoltre, potrebbe anche sembrare che dietro al desiderio di costruire un diritto canonico della famiglia ci fosse un certo inconfessato complesso di inferiorità di fronte ai grandi sistemi di diritto di famiglia del mondo civile. In ogni Stato contemporaneo, infatti, si studiano le norme relative sia al matrimonio che alla filiazione e alle altre relazioni familiari in un insieme che viene appunto denominato diritto di famiglia. Chi volesse fare una cosa simile all’interno del diritto della Chiesa sarebbe già in partenza destinato all’insuccesso, poiché la normativa canonica sulla famiglia non ha lo spessore sufficiente per costruire un intero sistema giuridico.

c) Mentre il diritto matrimoniale canonico conta migliaia di pubblicazioni scientifiche (tra articoli dottrinali, commenti di giurisprudenza e monografie) e moltissimi trattati e manuali attuali al suo riguardo, sul diritto canonico della famiglia invece sono stati scritti poco

²⁷ Sul tema dell’esistenza o meno di una disciplina scientifica che si possa chiamare Diritto canonico di famiglia o della famiglia, cf., oltre agli autori già indicati, M. E. CASELLATI ALBERTI, «Fonti del diritto di famiglia nel nuovo codice di diritto canonico, con particolare riferimento all’educazione dei figli», in *Studi sulle fonti del diritto matrimoniale canonico*, ed. S. Gherro, Padova 1988, 149-171; J. I. ARRIETA, «La posizione giuridica della famiglia nell’ordinamento canonico», *Ius Ecclesiae* 7 (1995) 551-560; I. ZUANAZZI, «Per un diritto di famiglia nella Chiesa: i rapporti tra genitori e figli», *Ius Ecclesiae* 25 (2013) 409-429; H. FRANCESCHI – J. CARRERAS, *Antropología jurídica de la sexualidad: fundamentos para un derecho de familia*, Caracas 2000.

più di una decina di articoli in riviste specializzate e alcune, poche ed isolate, monografie. Si potrebbe pensare, ragionevolmente, che prima di parlare di diritto canonico della famiglia sarebbe forse meglio attendere qualche decennio in più, sperando in frutti più proficui e solo allora ci sarebbe una base sicura per decidersi a costruire un sistema ben articolato in cui siano studiati insieme il matrimonio e la famiglia, senza che quest'ultima sia soltanto un'appendice del matrimonio. Non dubito ora nell'affermare che, alla vista di quanto concluso dalle due assemblee del Sinodo dei Vescovi sulla famiglia, sia arrivato il momento di riproporsi lo sviluppo della scienza canonica in questo ambito, accogliendo la ricchezza del magistero sulla famiglia che ha seguito il Concilio Vaticano II – in modo particolare il Magistero di Giovanni Paolo II nelle sue catechesi sull'amore umano – fino ai nostri giorni e che, ancora oggi, a mio avviso, non è stato recepito pienamente né dalla Teologia né dal Diritto canonico.

La ricchezza di questo patrimonio, come hanno ricordato i Padri Sinodali, è immensa, e non può non essere studiata con rigore scientifico anche dai cultori della scienza canonica. Tra i molteplici riferimenti al Magistero, Papa Francesco fa proprie alcune e considerazioni dei Padri Sinodali sull'importanza e ricchezza del Magistero di San Giovanni Paolo II:

San Giovanni Paolo II ha dedicato alla famiglia una particolare attenzione attraverso le sue catechesi sull'amore umano, la Lettera alle famiglie «*Gratissimam sane*» e soprattutto con l'Esortazione apostolica «*Familiaris consortio*». In tali documenti, il Pontefice ha definito la famiglia “via della Chiesa”; ha offerto una visione d'insieme sulla vocazione all'amore dell'uomo e della donna; ha proposto le linee fondamentali per la pastorale della famiglia e per la presenza della famiglia nella società. In particolare, trattando della carità coniugale (cf. «*Familiaris consortio*», 13), ha descritto il modo in cui i coniugi, nel loro mutuo amore, ricevono il dono dello Spirito di Cristo e vivono la loro chiamata alla santità (*Relatio Synodi* 2014, 18)²⁸.

²⁸ PAPA FRANCESCO, «*Amoris laetitia*», n. 69.

Come non vedere in queste parole un invito allo studio scientifico, dalla prospettiva propria della scienza canonica, della struttura giuridica intrinseca del matrimonio e delle diverse relazioni familiari?

Malgrado i succitati elementi contro l'esistenza di una branca autonoma nella scienza canonica riguardante il diritto canonico della famiglia, ritengo che, da una prospettiva realistica della famiglia e del matrimonio, non si possa negare che la realtà familiare è stata sempre oggetto di studio da parte della scienza canonica, benché spesso in modo implicito. Quest'affermazione tiene conto del fatto che nell'ordinamento canonico è stata sempre presente una chiara nozione di famiglia e una comprensione molto chiara delle diverse relazioni familiari: la relazione coniugale, la relazione paterno/filiale e la relazione fraterna, che sono le principali relazioni familiari e dalle quali prendono vita tutte le altre relazioni, le cui conseguenze giuridiche sono state regolate sin dalle origini del diritto canonico: la nozione di filiazione, gli impedimenti di consanguineità e di affinità, gli altri impedimenti che traggono origine dalle relazioni familiari, ecc. E non solo questi elementi, ma anche quelli che riguardano i diritti e doveri dei coniugi, dei genitori, dei figli.

Inoltre, tenuto conto delle strade che ha preso il diritto di famiglia in molti ordinamenti civili, i quali si discostano sempre di più dalla nozione naturale di famiglia, si rende più urgente la necessità di sviluppare una vera scienza del diritto della famiglia all'interno dell'ordinamento canonico, il quale possa contribuire anche ad un ripensamento dell'ordinamento ora vigente nella Chiesa, perché molti dei rimandi che fa il Codice di Diritto Canonico all'ordinamento civile, in diversi casi non si potranno più applicare o, almeno, dovranno essere vagliati dal limite invalicabile del diritto naturale, vale a dire, da quello che realmente sono le diverse relazioni familiari. Si pensi, ad esempio, alle nozioni di filiazione e di consanguineità di fronte al fenomeno della fecondazione assistita; alla nozione di adozione; al diritto fondamentale del figlio di avere un padre e una madre certi e che siano tra di loro coniugi. Lo ricorda Papa Francesco con una grande profondità antropologica. Nelle sue parole si vede con molta chiarezza l'intreccio indissolubile tra relazione coniugale e relazione paterno e materno filiale:

Ogni bambino ha il diritto di ricevere l'amore di una madre e di un padre, entrambi necessari per la sua maturazione integra e armoniosa. Come hanno affermato i Vescovi dell'Australia, entrambi «contribuiscono, ciascuno in una maniera diversa, alla crescita di un bambino. Rispettare la dignità di un bambino significa affermare la sua necessità e il suo diritto naturale ad avere una madre e un padre» (CONFERENZA DEI VESCOVI CATTOLICI DELL'AUSTRALIA, Lett. past. «Don't Mess with Marriage», 24 novembre 2015, 11). Non si tratta solo dell'amore del padre e della madre presi separatamente, ma anche dell'amore tra di loro, percepito come fonte della propria esistenza, come nido che accoglie e come fondamento della famiglia. Diversamente, il figlio sembra ridursi ad un possesso capriccioso. Entrambi, uomo e donna, padre e madre, sono «cooperatori dell'amore di Dio Creatore e quasi suoi interpreti» (CONC. ECUM. VAT. II, Cost. past. «Gaudium et spes», n. 50). Mostrano ai loro figli il volto materno e il volto paterno del Signore. Inoltre essi insieme insegnano il valore della reciprocità, dell'incontro tra differenti, dove ciascuno apporta la sua propria identità e sa anche ricevere dall'altro. Se per qualche ragione inevitabile manca uno dei due, è importante cercare qualche maniera per compensarlo, per favorire l'adeguata maturazione del figlio («Gaudium et spes», n. 65)²⁹.

3.2 *Necessità di ridimensionare il "Diritto matrimoniale canonico"*

Se la denominazione "diritto canonico della famiglia" sembra troppo ambiziosa, forse si può affermare che il "diritto matrimoniale canonico" sia rimasto troppo anchilosato davanti ai molteplici cambiamenti culturali. Limitandoci soltanto all'ambito ecclesiale è a tutti ben noto che dal Concilio Vaticano II si è operato uno spostamento dell'attenzione dello studioso, in modo particolare con la Costituzione Pastorale «Gaudium et Spes», che invita il fedele a volgere lo sguardo verso "la dignità del matrimonio e della famiglia". Inoltre, due significativi documenti del magistero di Giovanni Paolo II hanno come titolo: «Familiaris consortio» l'uno e *Lettera alle famiglie* l'altro. È la famiglia, ogni singola famiglia indipendentemente dalla razza o dalla religione a cui appartenga, ciò che è messo a fuoco nel recente magistero della Chiesa. Non viene dimenticato il matrimonio ma integrato nella realtà più

²⁹ PAPA FRANCESCO, «Amoris laetitia», n. 172.

ampia della famiglia. Questo bisogno si è visto con chiarezza nel recente Sinodo sulla famiglia. Il mio augurio è che, grazie ad una più realistica e adeguata comprensione della dimensione di giustizia intrinseca delle diverse relazioni familiari, che a mio avviso è presente – benché spesso in modo implicito – nella *Relazione finale* del Sinodo di 2015 e in «*Amoris laetitia*», si riesca a superare quella falsa dicotomia tra diritto e pastorale, giustizia e misericordia, che molte volte si è presentata nella discussione sui problemi e le sfide della famiglia³⁰.

Dietro la denominazione “diritto matrimoniale canonico” si nasconde spesso una visione troppo positivista del diritto della Chiesa, identificandolo con le norme canoniche e non con il matrimonio stesso e quindi correndo il rischio di:

a) considerare la realtà del matrimonio come un insieme di norme e non invece come una realtà “originaria” dalla cui natura provengono concrete esigenze di giustizia;

b) studiare il matrimonio in modo isolato e staccato dalla famiglia, “svuotando” il matrimonio del suo contenuto più essenziale che è l’essere una relazione familiare.

Questi rischi non sono né ipotetici né lontani, bensì reali e molto diffusi. Si pensi, ad esempio, come abbiamo notato precedentemente, alla facilità con cui viene usata l’espressione *matrimonio canonico* e *matrimonio civile*, come se in effetti essi esistessero realmente, o nella separazione artificiosa tra matrimonio e sacramento che alcuni propugnano. Bisogna ribadire che esiste soltanto “il matrimonio” che può essere regolato dal diritto canonico o da quello civile, rispettivamente. La ragione principale – anche se non l’unica – di questa differenza tra il matrimonio e la famiglia ha le sue radici nel fatto che la famiglia rimane ancora più legata alla realtà esistenziale e concreta degli uomini che alle esigenze giuridiche che derivano dalla sua natura. Mentre sotto l’espressione “diritto matrimoniale canonico” si nasconde un modo troppo positivista di guardare la realtà giuridica, la locuzione “diritto canonico della famiglia” esprime meglio l’idea che dovrebbe essere la famiglia stessa, e non le norme canoniche che di essa si occupano, ad essere interesse principale del canonista.

³⁰ Cf. C. J. ERRÁZURIZ M. – M. A. ORTIZ, ed., *Misericordia e diritto nel matrimonio*, Roma 2014.

Con le precedenti osservazioni si è capito per quale motivo ritengo ottima la denominazione di “diritto canonico del matrimonio e della famiglia”. L’oggetto di questa branca del diritto canonico è costituito fondamentalmente dallo studio del matrimonio e della famiglia, quali realtà che non possono essere studiate in modo isolato: non esiste il matrimonio senza la famiglia, né questa senza di quello.

Alcuni anni or sono, il prof. Viladrich indicava quali sarebbero, nella cultura dei nostri giorni, i cambiamenti necessari per ridare vita al diritto matrimoniale e per includere in esso la famiglia come realtà diversa da esso ma inseparabile³¹:

a) Rivitalizzazione dell’espressione canonica del matrimonio alla luce dell’attuale Magistero della Chiesa sulla sessualità umana: «una visione rinnovata e più completa dell’ordine della sessualità induce la scienza canonica ad una decisa apertura all’esegesi, alla teologia e all’antropologia per poter arricchire il contenuto semantico dell’espressione canonica»³²; vale a dire, la necessità di uno studio più interdisciplinare della realtà matrimoniale e familiare da parte dei giuristi.

b) Approfondire il principio della consensualità: esprimere con chiarezza l’armonia intima che intercorre tra le esigenze dell’amore umano pieno, l’atto di sposarsi e il vincolo giuridico del matrimonio, senza limitarci allo studio delle patologie del consenso matrimoniale e tanto meno alle sole norme processuali ormai rinnovate, senza tener conto di che cosa “è” il matrimonio.

c) Questo significa che il sistema matrimoniale della Chiesa e la canonistica – e non solo la pastorale – devono incentrarsi più sulla preparazione integrale al matrimonio e sulla sua dimensione giuridica intrinseca che sui suoi aspetti patologici. Su questo tema mi sembrano molto illuminanti queste parole di Papa Francesco, quando parla della preparazione al matrimonio:

Tanto la preparazione prossima quanto l’accompagnamento più prolungato devono fare in modo che i fidanzati non vedano lo sposarsi come il ter-

³¹ P. J. VILADRICH, «Matrimonio e sistema matrimoniale della Chiesa. Riflessioni sulla missione del Diritto matrimoniale canonico nella società attuale», *Quaderni dello Studio Rotale* 1 (1987) 36-41.

³² P. J. VILADRICH, «Matrimonio e sistema matrimoniale della Chiesa», 36.

mine del cammino, ma che assumano il matrimonio come una vocazione che li lancia in avanti, con la ferma e realistica decisione di attraversare insieme tutte le prove e i momenti difficili. La pastorale prematrimoniale e la pastorale matrimoniale devono essere prima di tutto una pastorale del vincolo, dove si apportino elementi che aiutino sia a maturare l'amore sia a superare i momenti duri. Questi apporti non sono unicamente convinzioni dottrinali, e nemmeno possono ridursi alle preziose risorse spirituali che sempre offre la Chiesa, ma devono essere anche percorsi pratici, consigli ben incarnati, strategie prese dall'esperienza, orientamenti psicologici. Tutto ciò configura una pedagogia dell'amore che non può ignorare la sensibilità attuale dei giovani, per poterli mobilitare interiormente³³.

d) Si dovrebbe sviluppare il ruolo degli sposi e dei genitori nel sistema matrimoniale canonico, ridando ad essi il loro protagonismo, che nelle lotte tra i poteri della Chiesa e quelli dello Stato è rimasto come oscurato, in secondo piano.

e) Sarebbe anche necessario ridimensionare l'incidenza dei tribunali ecclesiastici nella crisi del matrimonio, perché l'unica soluzione dinanzi alle crisi coniugali e familiari, come abbiamo visto prima, non è il ricorso ai tribunali. La stessa *Relazione finale* del Sinodo parlava della necessità di preparare persone che nelle parrocchie e nelle diocesi, dinanzi alle coppie in crisi e ai fallimenti, si occupino non solo di indirizzare verso il processo di nullità, ma anche, e direi in primo luogo, di aiutare le coppie in crisi e tentare la mediazione per risanare quelle unioni laddove ciò sia possibile³⁴. Lo ribadisce anche Papa Francesco in «*Amoris laetitia*»³⁵.

f) Infine, propone di considerare il diritto matrimoniale nel più ampio quadro di un diritto di famiglia nella Chiesa.

³³ PAPA FRANCESCO, «*Amoris laetitia*», n. 211. Cf. anche *Relazione finale del Sinodo dei Vescovi al Santo Padre Francesco*, nn. 57-58.

³⁴ Cf. *Relazione finale del Sinodo dei Vescovi al Santo Padre Francesco*, n. 81.

³⁵ PAPA FRANCESCO, «*Amoris laetitia*», n. 238: «Con questo atteggiamento di costante apertura si possono affrontare tante situazioni difficili! In ogni caso, riconoscendo che la riconciliazione è possibile, oggi scopriamo che “un ministero dedicato a coloro la cui relazione matrimoniale si è infranta appare particolarmente urgente” (*Relatio finalis* 2015, 78)».

4. Conclusioni

Per concludere, riprenderò alcuni dei punti che ho trattato lungo questo mio contributo, allo scopo di sottolineare la necessità e le vie possibili per costruire, sia dal punto di vista normativo che da quello della scienza giuridica, un vero e proprio diritto della famiglia della Chiesa, anticipando, però, come si desume da quanto ho detto, che per aiutare a capire l'inseparabilità tra matrimonio e famiglia, questa disciplina si potrebbe chiamare "diritto canonico del matrimonio e della famiglia".

Un primo aspetto che va sottolineato è la necessità di superare una visione positivista del diritto, come se esso fosse costituito soltanto dalle norme positive. Invece, come ho detto, non è così, perché il sistema canonico matrimoniale e familiare è costituito in buona misura dal diritto naturale. Da lì l'importanza di costruire un diritto della famiglia che non si limiti alle sole norme positive ma abbia una profonda base nella realtà della famiglia – come sarebbe quella del realismo giuridico, che si fonda sull'essenza delle cose e la loro dimensione giuridica intrinseca – in ciò che essa "è". In questo lavoro, senza dubbio, sarà necessario il ricorso ad altre scienze che studiano questa realtà da altre prospettive, rispettando la metodologia e l'oggetto proprio di ogni scienza, ma con una sana interdisciplinarietà: la teoria fondamentale del diritto canonico, l'antropologia filosofica e quella giuridica, la teologia sul matrimonio, ecc. Queste scienze ci aiuteranno a capire "la realtà della famiglia", per identificare e poi regolamentare le sue dimensioni giuridiche³⁶.

Si rende anche necessario uno studio scientifico, dalla prospettiva giuridica, delle diverse relazioni familiari: la loro struttura, le loro caratteristiche e i diritti e doveri che derivano dalla loro stessa natura.

Considero anche necessario, nella strutturazione del diritto canonico della famiglia, recuperare ed esplicitare la inscindibilità tra famiglia e matrimonio, che si esprime in una frase spesso utilizzata dal Magiste-

³⁶ Sul tema dell'antropologia giuridica del matrimonio e della famiglia, cf. H. FRANCESCHI – J. CARRERAS, *Antropología jurídica de la sexualidad: fundamentos para un derecho de familia*, Caracas 2000.

ro negli ultimi decenni: “la famiglia fondata sul matrimonio”, soprattutto in una società nella quale il matrimonio ha perso negli ordinamenti statali quasi tutto il suo contenuto, diventando una nozione invertebrata, senza un contenuto oggettivo, completamente nelle mani dello Stato o delle singole persone, senza un riferimento esplicito alla famiglia³⁷.

Su queste basi, ritengo che si possa e si debba sviluppare un diritto canonico del matrimonio e della famiglia propositivo, che dia risposte convincenti e ragionevoli in una società che ha perso la bussola ed è in balia non solo della cultura del momento, ma spesso di gruppi di pressione che vogliono snaturare quella che sempre era stata chiamata la cellula fondamentale della società, culla di civiltà, che è la famiglia fondata sul matrimonio.

³⁷ Cf. J. G. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El matrimonio invertebrado*, Madrid 2012.