



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# POSSIAMO CONTINUARE A DENOMINARE “MATRIMONIO” IL MATRIMONIO?

Susana Mosquera

Nápoles, 2008

DERECHO

Instituto de Derecho Humanos

Mosquera, S. (2008). Possiamo continuare a denominare “matrimonio” il matrimonio? En Accademia Peloritana dei Pericolanti (Ed.), *Atti della Accademia Peloritana dei Pericolanti vol. LXXV - 2006*, (pp. 361-373). Nápoles, Italia: Edizioni Scientifiche italiane.



Esta obra está bajo una [licencia](#)  
[Creative Commons Atribución-](#)  
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

*1. Considerazioni iniziali; 2. Cambiamenti sociali e legali recenti; 3. Matrimonio, diritto e non discriminazione.*

.....

È possibile che il titolo della mia relazione già vi abbia dato una indicazione sul suo contenuto. Avrete potuto concludere che il suo perno sia la definizione dell'unione matrimoniale, più precisamente la sua definizione legale. E, soprattutto, avrete concluso che sia connessa con il riconoscimento del “matrimonio gay”, incorporato recentemente nell'ordinamento legale spagnolo.

E' vero, parlerò del matrimonio gay e dell'unione di fatto in generale. Probabilmente questa non sarà la solita relazione, non sarà limitata all'esame di una funzione concreta di un'istituzione legale. E ciò perché, non penso di dare una risposta ma di sollevare un problema. Non ho la soluzione al problema, ma posso condividere con voi l'incertezza che ho sul concetto attuale dell'istituzione matrimoniale.

Detto questo, non posso tralasciare di condividere con voi come nacque in me questo dubbio con riferimento all'unioni sia di tipo matrimoniale sia di fatto. Quando all'inizio degli anni novanta la tendenza a regolare l'unione non matrimoniale, è arrivata dai paesi nordici, la mia attenzione era concentrata sui miei studi ed il mio interesse su questo argomento era scarso. Dopo il 1994, senza conoscere la posizione del Parlamento Europeo<sup>1</sup> ho appreso che il numero delle notizie sul matrimonio gay era aumentato, specialmente in Olanda. Più tardi, nel 2002, quando molti paesi europei già avevano riconosciuto l'unione fra persone omosessuali la mia curiosità a questo proposito è comparsa<sup>2</sup>.

Si è presentata in Canada dove mi trovavo per il matrimonio di due buoni amici, evento felice di cui ho approfittato per studiare un poco sull'ordinamento legale canadese. Mi ha interessato specialmente la coesistenza fra un ordinamento legale su base legislativa con un sistema giurisprudenziale, ed il migliore modo di studiarlo era l'occasione del ultimatum che Ontario e Québec (e successivamente altre province) hanno posto alla corte federale nel duemilaedue<sup>3</sup>: il governo federale ha avuto ventiquattro mesi per adattare la legislazione e regolare l'unione gay, e lo ha fatto. Il Canada ha promulgato il suo *Civil Marriage Act* il 20 Luglio 2005, nel quale si riconosce il diritto a sposarsi fra persone dello stesso sesso<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Risoluzione approvata dal Parlamento Europeo il 8 de Febbraio di 1994.

<sup>2</sup> Vede, TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A. *La unión de hecho y el derecho a no casarse*. Ed. Comares. Granada. 2001, pp. 190 e ss.

<sup>3</sup> Cfr. MOSQUERA MONELLOS, S. “La heterosexualidad como elemento esencial del concepto de matrimonio”, (pp. 181-194) in MORÁN GARCÍA, G. (Dir.) *Cuestiones actuales de derecho comparado*. Universidad de A Coruña. A Coruña. 2003.

<sup>4</sup> Cfr. LAROCQUE, S. *Marriage gai: es coulises d'une révolution sociale*. Flammarion. Montréal. 2005.



In quelle circostanze è evidente che non vi è alcun pretesto. La montagna è venuta a me, in modo che non ci sia altra opzione: che cosa so sull'unione che continua ad essere valida? E l'unico senso stava sollevando alcune questioni. In principio ho interrogato la mia coscienza, che mi ha dato una risposta valida ma non giuridica. Dopo, ho domandato aiuto al diritto comparato, che mi ha dato una risposta non uniforme. Successivamente ho studiato il diritto spagnolo e la mancanza di coerenza fra la costituzione e le norme di sviluppo è evidente per molti, ma non per tutti<sup>5</sup>.

Poiché continuo a non avere una risposta, desidero condividere con voi i miei dubbi, per trovare soluzione a questo dilemma. Per tanto, dobbiamo partire da un punto iniziale, il concetto di matrimonio che è originato dalla confluenza delle tradizioni Romano-canoniche e germaniche, modello che è stato esportato in America e che ha dominato la cultura giuridica occidentale. Secondariamente analizzeremo le modifiche che ha subito quel concetto, a causa dei cambiamenti nella società attuale che hanno condizionato l'evoluzione del concetto giuridico di matrimonio. Otterremo così una risposta possibile alla domanda iniziale: È possibile continuare a denominare matrimonio il matrimonio?

## 1. Considerazioni iniziali

È una insolenza da parte mia parlare a degli studenti italiani di diritto sul Diritto Romano, devo chiedere scusa, ma debbo parlare di Roma perchè il tema della mia relazione lo rende inevitabile<sup>6</sup>. Immaginiamo un romano del primo secolo che arriva a la nostra epoca. È possibile che l'unico tema coerente e logico della nostra conversazione sia il diritto. Perché l'eredità del Diritto Romano è immensa, le istituzioni legale che abbiamo al giorno d'oggi hanno la loro origine nel Diritto Romano classico, soprattutto la terminologia giuridica.

In modo speciale se noi parliamo di matrimonio è possibile che il romano del primo secolo capisca meglio di noi qui e dei suoi compatrioti del secolo terzo. Perché nel secolo terzo il diritto matrimoniale romano classico stabiliva un contatto con il cristianesimo, e il concetto classico d'unione è alterato.

Tuttavia, nella sua prima epoca il cristianesimo non aveva una teoria giuridica intorno al matrimonio<sup>7</sup>. Si preoccupava solamente della funzione religiosa, di questioni di fede, come per esempio l'unione fra un cristiano e un pagano. Sarà più tardi, quando gli imperatori adotteranno il cristianesimo come fede dell'impero, che il concetto tradizionale

<sup>5</sup> Cfr. PÉREZ CÁNOVAS, N. *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*. Ed. Comares. 1996, pp. 101 e ss.

<sup>6</sup> GAUDEMET, J. *Le mariage en Occident. Les mœurs et le droit*. Les Editions du Cerf. Paris. 1987. Traduzione allo Spagnolo di Barberán, M e Trapero, F. *El matrimonio en Occidente*. Ed. Taurus Humanidades. 1993, p. 33 e ss. Anche, *The family in ancient Rome*. Ed. by Rawson, B. Routledge. London. 1992; e ROBLEDA, O. *El matrimonio en derecho romano*. Libreria Editrice Università Gregoriana. Roma. 1970.

<sup>7</sup> Sul punto vede, GAUDEMET, J. *Le mariage...*, op.cit. p. 63.

di matrimonio romano, -un fatto che produce effetti giuridici-, apre il passo alla concezione romano-canonica del matrimonio, secondo la definizione di Modestino: “il matrimonio è l’unione dell’uomo e della donna, una comunità de vita, per mettere in comune tutto quello che interessa al diritto umano ed al diritto divino”.

Dal Diritto Romano abbiamo ricevuto l’elemento del consenso per formare codesta comunità di vita che è unita grazie all’affetto reciproco, unione monogamica e temporaneamente stabile. Questa unione è permessa a tutti gli uomini senza dare importanza al loro stato sociale, ed è un’unione indissolubile in conseguenza del Diritto divino<sup>8</sup>. Inoltre, sembra suggerire che l’unione riceve dal Diritto germanico una configurazione contrattuale, la consegna fisica, il legame come l’elemento che perfeziona il contratto<sup>9</sup>. Con questi elementi ed altri che saranno elaborati dalla canonistica classica, è stato formato il concetto cristiano di matrimonio, concetto che riceve la sua forma rituale nel corso del Concilio di Trento<sup>10</sup>.

La struttura giuridica dell’istituzione “matrimoniale” che sorge da questo processo d’evoluzione di sedici secoli è la struttura che più avanti useranno i codice civili del secolo diciannovesimo, con la sostituzione di un funzionario civile al posto del ministro della Chiesa.

In quella concezione del matrimonio possiamo identificare:

-Identità fra l’unione matrimoniale e la famiglia<sup>11</sup>.

-eterosessualità, indispensabile per la procreazione e la perpetuazione della famiglia<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. BERNÁRDEZ CANTÓN, A. *Compendio de derecho matrimonial canónico*. Ed. Tecnos. Madrid. 1994, p.42.

<sup>9</sup> GAUDEMET, J. *Le mariage...*, op.cit. p.117. “Algunos historiadores han considerado que la consumación de la unión era una condición del matrimonio. (...) Cierto es que la consumación fue más importante en las tradiciones germánicas que en las romanas. Pero ello no autoriza a afirmar que fuera exigida para la realización plena del matrimonio. En cualquier caso, es de destacar que las tradiciones germánicas prestaban gran atención a la *copula carnalis*. Es posible que ello ejerciera cierta influencia en determinadas soluciones del derecho canónico”. Anche, ROJAS DONAT, L. “Para una historia del matrimonio occidental. La sociedad romano-germánica. Siglos VI-XI”, (pp. 47-57) in *teoría*, vol. 14 (1). 2005.

<sup>10</sup> Cfr. SOUTO PAZ, J.A. *Derecho matrimonial*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2002, pp. 44 e ss. Anche LÓPEZ ALARCÓN, M. e NAVARRO-VALLS, R. *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*. Ed. Tecnos. Madrid. 2001, p.23.

<sup>11</sup> “(...) uno de los rasgos casi universales del matrimonio es que no se origina en los individuos, sino en los grupos interesados (familias, linajes, clanes, etc.), y que, además, une a los grupos antes y por encima de los individuos. (...) Pero aquí nos hallamos, ante todo, frente a una extraña paradoja (...) y es que, si bien el matrimonio origina la familia, es la familia, o más bien las familias, las que generan matrimonios como el dispositivo legal más importante que poseen para establecer alianzas entre ellas”. Cit. LÉVI-STRAUSS, C. “The Family” en SHAPIRO, H. (Ed.) *Man, Cultura and Society*. Traduzione allo Spagnolo di Llobera, J.R. “La familia”, (pp.7-49) en *Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia*. Cuadernos ANAGRAMA. 1987, p. 22. E sul stesso punto, KÖNIG, R. *Die Familie der Gegenwart. Ein interkultureller Vergleich*. Traduzione allo Spagnolo di Almaraz, J. *La familia en nuestro tiempo. Una comparación intercultural*. Ed. Siglo XXI. Madrid. 1994, pp. 53 e ss.



-unione monogama e stabile.

-che diventa indissolubile con la consumazione che è costituita dallo scambio di un libero consenso fra gli sposi.

-che usa la forma ed i riti perché sia constatata la sua esistenza davanti ad altre persone.

Il cambiamento di questi elementi altera il concetto di matrimonio<sup>13</sup>.

## 2. Cambiamenti sociali e legali recenti

Storicamente la separazione fra il matrimonio e la famiglia era impensabile, per la rilevanza sociale di la famiglia<sup>14</sup>; tuttavia la situazione attuale dimostra l'opposto.

I paesi nordici sono stati i primi nella regolazione delle unioni di fatto fra soggetti di uguale o di differente sesso, dato che quei paesi hanno vissuto prima di noi un cambiamento del concetto di famiglia. Per motivi di tempo e materia non è possibile analizzare i motivi di quel cambiamento, ma è facile da constatare<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Sul punto della valutazione eclesial vede, PEÑA GARCÍA, C. *Homosexualidad y matrimonio. Estudio sobre la jurisprudencia y la doctrina canónica*. Ed. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 2004, pp. 217-225.

<sup>13</sup> “(...) la transformación de las relaciones familiares en simples relaciones socioasistenciales o sexuales. En este proceso de mimetización respecto al matrimonio, se olvida que tanto la naturaleza como el Derecho tienen sus propias reglas de juego. La ficción de que una pareja homosexual constituye un matrimonio es tan contradictorio como pretender que forman un *holding*, un *leasing* o una fundación. Son instituciones jurídicas que se mueven en otra órbita”. NAVARRO-VALLS, R. *Matrimonio y Derecho*. Tecnos. Madrid. 1995, p. 105.

<sup>14</sup> “Gli studi di etnologia e di antropología culturale garantiscono, con opinión pressoché unanimi, che nelle società antiche la famiglia si presenta come la primordiale forma di aggregazione umana. Si osserva il dato universalmente rilevabile della sua formazione spontanea: l'aggregazione familiare nasce per i fatti naturali dell'accoppiamento e della generazione e si costruisce sui robusti vincoli, anch'essi del tutto spontanei e naturali, che da tali fatti scaturiscono. L'individuo manifesta nella famiglia il primo impulso a socializzare, trovando in essa la sua protezione ed il luogo privilegiato del fiorire e dell'espandersi dei suoi primigeni affetti, tanto che la famiglia fin dall'inizio appare come particolarmente vocata a soddisfare i bisogni più essenziali dell'essere umano”. LO CASTRO, G. *Matrimonio, Diritto e Giustizia*. Giuffrè editore. Milano. 2003, pp. 3-4.

<sup>15</sup> “La decadencia de la familia en los tiempos más recientes debe atribuirse indudablemente, en lo principal, a la revolución en la industria; pero había ya comenzado antes, y sus comienzos se inspiraron en la teoría individualista. Los jóvenes recabaron el derecho de casarse según su voluntad y no por obediencia al mandato de sus padres. Se perdió la costumbre de que los hijos casados viviesen en la casa paterna. Se fue introduciendo el uso de que los hijos, en cuanto concluía su educación, dejasen la casa para ganarse la vida. Mientras los niños pequeños podían trabajar en las fábricas, eran un medio de vida para los padres, hasta que morían de exceso de trabajo; pero las leyes sociales acabaron con esa forma de explotación, a pesar de las protestas de quienes vivían de ella. De ser un medio de vivir, los hijos se convirtieron en una carga. En tal situación se difundieron los anticonceptivos, y la natalidad comenzó a descender”. RUSSELL, B. *Marriage and Morals*. Traduzione allo Spagnolo di Azaña, M. *Matrimonio y moral*. Ediciones Cátedra. Madrid. 2001, p. 125. Da un'altra prospettiva, JIMÉNEZ, CARRASCO, I., e GONZÁLEZ RAMOS, A. M. “Las uniones de hecho según la doctrina de la Iglesia católica”, (pp.127-135) in ZAMBRANO, C.V. (Ed.) *Pluralismo*

La scomparsa del modello tradizionale della famiglia ha avuto una ripercussione diretta non soltanto sulla regolazione dell'unione matrimoniale, ma pure su altre materie: la mancanza di una struttura familiare come supporto dei servizi sociali ha forzato lo Stato a usare le reti di assistenza sociale non governativa, le NGO. È significativo che negli anni ottanta il numero maggiore di NGO che operavano in Europa e nei paesi sottosviluppati erano organizzazioni dei paesi nordici<sup>16</sup>.

Il concetto tradizionale di famiglia "ampia" è ridotto al minimo. Le nuove forme della famiglia sono comparse e non hanno bisogno dell'unione matrimoniale come elemento costituente. Conseguenza iniziale di quella frattura fra matrimonio e famiglia è la necessità di regolare le situazioni matrimoniali di fatto. Abbiamo qui l'origine delle leggi sulla unione civile, sulla coabitazione, sul patto di solidarietà e qualunque altra terminologia usata per fare riferimento a unioni che non desiderano la copertura giuridica del concetto tradizionale di matrimonio<sup>17</sup>. L'importanza dell'unione scelta liberamente è aumentata e pure dell'affetto come sostegno del vincolo.

Affetto che sorge fra due persone senza coinvolgere la sua tendenza sessuale.

Da questa situazione deriva un'altra conseguenza: l'importanza data al "affectio matrimonialis" omette l'elemento della eterosessualità, o addirittura, lo elimina conscientemente.

La famiglia non è più supportata dal matrimonio, il matrimonio non ha più bisogno di una struttura giuridica che lo disciplini, l'amore ha sostituito la procreazione come scopo del vincolo e l'eterosessualità come elemento che forma l'istituzione matrimoniale è omesso<sup>18</sup>.

Le nuove forme di riproduzione assistita e l'adozione fanno prescindibile il requisito dell'eterosessualità per la continuazione della famiglia e la società<sup>19</sup>.

Allo stesso tempo della regolamentazione giuridica dell'unione di fatto sorge la questione del divorzio. Le nuove unioni continuano ad essere monogame, anche la nota della stabilità e della permanenza è la più diffusa. I paesi nordici, di tradizione protestante, hanno conosciuto questa istituzione da tempi, ma ora ne hanno reso più flessibile

*religioso y libertad de conciencia. Configuraciones jurídicas y políticas en la contemporaneidad.* Universidad nacional de Colombia. 2003.

<sup>16</sup> WOODS, A. *Facts about NGOs active in international development.* Development Centre of the Organisation for Economic Co-operation and Development. Paris. 2000; anche, EVERS, A. e LAVILLE, J.L. (Ed.) *The Third Sector in Europe.* Edward Elgar Publishing. Northampton, Mass. 2004.

<sup>17</sup> Cfr. WÓJCIK, A. "La unión de hecho y el matrimonio. Diferencia antropológico-jurídica", (pp. 219-280) en *Ius Canonicum*, XLII, n° 83, 2002.

<sup>18</sup> Sul punto, BOSWELL, J. *Same-sex unions in premodern Europe.* Traduzione allo Spagnolo di, Galmarini, M.A. *Las bodas de la semejanza. Uniones entre personas del mismo sexo en la Europa premoderna.* Muchnik editores. Barcelona. 1996.

<sup>19</sup> Cfr. NAVARRO-VALLS, R. *Matrimonio...*, op.cit., p. 115.



l'applicazione; i paesi del sud dell'Europa, di tradizione cattolica, non hanno regolato il divorzio fino ai tempi più recenti<sup>20</sup>.

Pertanto, la concezione tradizionale del matrimonio ha perso già vari elementi che l'avevano formata: la sua connessione al concetto della famiglia, l'eterosessualità e la stabilità. Sono rimasti il consenso e la forma. È questo sufficiente?

Arrivati a questo punto è opportuno sottolineare che in ambito europeo le normative sulle unioni di fatto non sono identiche.

La Danimarca, la Norvegia, la Svezia, la Finlandia, l'Islanda e la Svizzera hanno regolato la coabitazione registrata, assegnando privilegi analoghi a quelli derivanti dal matrimonio, ma senza concludere che si tratti della medesima istituzione giuridica. La Francia ha regolato il patto civile di solidarietà, la Germania l'unione vitale, il Portogallo il contratto di partnerariato, l'Ungheria usa il termine classico “concubinato”, e nel Regno Unito si parla di unione civile<sup>21</sup>.

Questo labirinto terminologico non presenta solamente la confusione delle traduzioni o delle interpretazioni concernenti il matrimonio.

L'Olanda, che deve assumersi un certo merito, è il primo paese che ha riconosciuto il matrimonio omosessuale nelle 2001, lo ha fatto dopo aver disciplinato altre due figure giuridiche, quelloa del contratto di vita in comune nelle anno 1993, e quello del contratto di convivenza registrata nelle anno 1998<sup>22</sup>. Nel anno 2003 sono il Belgio e successivamente il Canada e la Spagna, i paesi che scelgono di ampliare il concetto di matrimonio per estenderlo ai matrimonio “gay”.

Questa opzione giuridica, l'equiparazione fra matrimonio eterosessuale e matrimonio omosessuale, si contrappone all'opzione giuridica adottata nei paesi nordici, che hanno regolato l'unione gay al di fuori del concetto del matrimonio; ma è coerente con la risoluzione 28/94, emessa dal Parlamento Europeo el 8 de febbraio del 1994, che ha richiesto ai paesi membri di eliminare la proibizione di sposarsi fra soggetti del medesimo sesso.

La Spagna ha seguito fedelmente questa raccomandazione e nel mese di luglio del 2005 ha approvato la legge 13/2005, de 1 de Luglio, la quale ha modificato il Codice civile in materia di diritto a contrarre matrimonio<sup>23</sup>. La legge sopracitata indica che: “la convivenza fra persone dello stesso sesso basata sulla affettività è stata riconosciuta e accettata per la società attuale, ed ha sorpassato forti pregiudizi, e stigmatizzazioni sociali;

---

<sup>20</sup> Cfr. DUTOIT, B. (et. al.) *Le divorce en droit comparé. Vol. I. Europe*. Droz. Geneve. 2000.

<sup>21</sup> Cfr. CAMARERO SUÁREZ, V. *Las uniones no matrimoniales en el derecho español y comparado*. Tirant monografías. Valencia. 2005, pp. 155 e ss.

<sup>22</sup> Cfr. HEIDA, A. *Gids geregistreerd partnerschap*. Kluwer. Deventer. 2000, pp. 33 e ss. Anche, BOELE-WOELKI, K. e FUCHS, A. *Legal recognition of same-sex couples in Europe*. Intersentia. Antwerp. 2003, pp. 24 e ss.

<sup>23</sup> Cfr. POLO SABAU, J.R. *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*. Civitas. Madrid. 2006, p.29 e ss.

è ammesso oggi senza difficoltà che questa convivenza sia un modo di sviluppare la personalità di un grande numero di persone (...).”

Il legislatore infracostituzionale aveva fatto stendere uguali diritti (patrimoniali, successori, pensioni sociali, risarcimenti per morte, ed altro) alle unioni extramatrimoniali e matrimoniali, senza fare differenziazioni per la questione del sesso fra unioni extramatrimoniali, qualora sia possibile constatare la convivenza reale fra le parti<sup>24</sup>.

Arrivati a questo punto, dobbiamo rinviare all'elenco degli elementi che hanno a lungo identificato il concetto di matrimonio, dei quali sono sopravvissuti soltanto il consenso e la forma.

Il primo, il consenso, è l'elemento più puramente di diritto romano, che ha determinato la costituzione dell'unione quando le parti possedevano il “ius” appropriato. Un'unione senza consenso sarebbe impensabile, la forza o la violenza impiegata su una delle parti causerebbe l'annullamento. Il consenso è presente in tutti i tipi d'unione o convivenza perchè senza consenso non avremmo unione<sup>25</sup>. Abbiamo trovato un elemento essenziale.

Dobbiamo vedere se possiamo eliminare la forma, o no. In primo luogo, occorre dire che la forma non è esistita sempre, ma un certo formalismo è usuale per registrare lo scambio del consenso fra gli sposi<sup>26</sup>. Tuttavia, che la forma si realizzava nella cerimonia, o rituale religioso, e potrebbe essere complessa o semplice, e soggetta alle tradizioni locali. Ma la forma poteva sussistere o no, poichè non è stata considerata nella concezione romana del matrimonio.

La forma è un contributo canonico del secolo sedicesimo. Nel Concilio di Trento la forma prevale e le unioni clandestine sono proibite. La forma ha un significato testimoniale (o rituale), lasciare testimonianza dell'esistenza del scambio del consenso fra gli sposi per

<sup>24</sup> Cfr. PÉREZ CÁNOVAS, N. *homosexualidad...*, op.cit., pp. 164-290.

<sup>25</sup> “El consentimiento prevale (...) sobre otros elementos o aspectos aparentemente constitutivos del matrimonio y que, sin embargo, no sólo ceden ante la preeminencia del consentimiento, sino que, incluso, se desvanecen y resultan jurídicamente irrelevantes”. SOUTO PAZ, J.A. *Derecho matrimonial*, op.cit., p. 164.

<sup>26</sup> Sul punto LO CASTRO, “Ora il trionfo dell'idea (etica) consensualistica é state nel tempo temperato dall'affermazione sempre più decisa dell'istanza formalistica; e nel senso che la volontà consensuale deve essere esternata (e la libertà matrimoniale deve essere essercitata) in una forma prescritta dall'ordinamento; e nel più sottile senso che, proprio in virtù del rilievo assunto dalla forma, la presenza e la sufficienza del consenso potranno essere labile, cioè nel momento celebrativo delle nozze, essendo del tutto irrilevante che un consenso vi sia stato successivamente, e che le parti abbiano vissuto in una dimensione di vero amore sponsale. Chiunque intende che col dare un tale peso alla forma, col farne un elemento essenziale, un punto di riferimento per la verifica dell'esistenza dell'amore coniugale (...), le possibilità operative del consenso, come autonoma forza genetica del rapporto, restano fortemente limitate”. LO CASTRO, G. *Matrimonio, diritto...*, op. cit., p. 62.



creare la nuova unione. Ma la sua importanza è soprattutto religiosa<sup>27</sup>. La forma è collegata con l'espressione del consenso davanti ai ministri del culto, e di Dio.

In tal senso, il diritto a contrarre matrimonio è parte del contenuto del diritto di libertà religiosa dato che, uno dei rituali religiosi più importante è il rituale matrimoniale. Quella concezione formale dell'unione matrimoniale è ricevuta nei codici civili del secolo diciannovesimo, ma ora il testimone qualificato è un funzionario statale che svolge un ruolo notarile, ossia verifica l'effettivo scambio del consenso fra le parti ma non santifica l'unione.

A quella funzione degli ufficiali di stato civile si oppone parte della dottrina, così da estendere l'unione di fatto, l'amore libero che non vuole regolazione alcuna e si pone all'esterno della normazione statale<sup>28</sup>.

Il consenso espresso liberamente fra le parti, insieme alla convivenza reale dà l'origine all'unione di fatto, ma in questo caso non c'è disciplina giuridica e non c'è matrimonio<sup>29</sup>. Nonostante ciò, nelle unioni di fatto è necessario il diritto, qualcuna regolazione. Poiché come il medico, il giurista è patologo, chiamato solo se sussistono problemi. Quando la convivenza funziona nessuno chiede l'intromissione del diritto, ma quando ci sono bambini, casa, auto, pensioni, redditi, allora è necessaria una regolamentazione giuridica.

Sarebbe possibile pensare che per mezzo di patti privati con una formulazione del tipo mercantile delle società, potrebbero regolare alcuni degli effetti collaterali che la convivenza può avere per il diritto, e così evitare l'incorporazione di un'istituzione giuridica matrimoniale nell'ordinamento giuridico. Una soluzione simile a quella adottata dal Diritto romano dove il diritto ha partecipato il minimo possibile alla regolamentazione del vincolo e del suo scioglimento.

Tuttavia, sappiamo che il diritto decide di disciplinare l'istituzione matrimoniale, perchè?

### **3. Matrimonio, Diritto e non Discriminazione**

L'articolo sedici della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo indica che: “1. Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione. Essi hanno eguali diritti riguardo al

<sup>27</sup> “El papel creciente de la forma, aun sin ser necesaria para la validez del matrimonio, va a obedecer a distintas razones. El significado espiritual del matrimonio, que tendrá especial relevancia para la doctrina cristiana, (...) La bendición nupcial es el exponente más significativo de esta pretensión de remarcar la espiritualidad y la religiosidad del matrimonio”. SOUTO PAZ, J.A. *Derecho matrimonial...*, op.cit., p. 205.

<sup>28</sup> Cfr. GALLEGÓ PÉREZ, J. “Uniones de hecho. Análisis desde los ángulos civil y canónico”, (pp. 255-337) in SANTOS DÍEZ, J.L. (Ed.) *XVIII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas. Sínodos españoles. Confesiones y sectas. Uniones de hecho*. Universidad Pontificia de Salamanca. Salamanca. 1999.

<sup>29</sup> Cfr. LO CASTRO, G. *Matrimonio, diritto...*, op.cit., pp. 198 e 199.

matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento. 2. Il matrimonio potrà essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi. 3. La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato”.

Il Patto Internazionale dei Diritti Civile e Politici fa riferimento con espressioni simili all'unione ed in più esso, aggiunge una clausola che garantisce l'uguaglianza degli sposi nell'unione e protegge i bambini nel caso di scioglimento. La clausola di uguaglianza fra l'uomo e la donna nell'unione nel Patto Internazionale dei Diritti Economici e Sociale si concretizza in una speciale protezione delle madri prima e dopo il parto.

Abbiamo osservato in questi documenti internazionali, -ed in altri molti che abbiamo ommesso per motivi di tempo-, la ripetizione di una serie di concetti, matrimonio e protezione della famiglia e dei bambini, diritto a contrarre matrimonio, uguaglianza dell'uomo e della donna nel matrimonio, protezione della famiglia davanti lo Stato e consenso libero per formalizzare il vincolo.

Questo significato dell'istituzione matrimoniale nei documenti internazionali in materia di Diritti Umani (riflesso nelle costituzioni interne) ha come obiettivo principale quello di equilibrare la situazione di entrambi gli sposi all'interno dell'unione, per superare a tradizionale distinzione giuridica della donna nel matrimonio<sup>30</sup>.

L'affermazione del principio di uguaglianza è contenuta nella giurisprudenza dei Tribunali Internazionali, con riferimento all'applicazione del concetto di uguaglianza indipendentemente dal sesso.

Ma nella recente evoluzione, e in senso tangenziale, abbiamo trovato un nuovo significato di quel concetto, l'uguaglianza indipendentemente dal sesso comincia ad essere considerata da qualcuno come una proibizione di distinzione a causa della personale tendenza sessuale. La Corte di Strasburgo in una linea giurisprudenziale iniziata nel 1999, rifiuta la distinzione in fattispecie concernenti il rifiuto di affidamento del figlio al padre omosessuale, o l'età minima diversa per la relazione sessuale omosessuale o eterosessuale<sup>31</sup>.

Si realizza quel principio di non discriminazione nella regolamentazione del matrimonio?

I documenti internazionali in materia di Diritti Umani riconoscono che “tutte le persone”, “tutti gli esseri umani”, “tutti”, “tutto”, “nessuno”, ha diritto alla libertà di (...), ma stabiliscono chiaramente che l'uomo e la donna hanno il diritto di contrarre

<sup>30</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.M. *Sistema de Derechos Fundamentales. Cap. VII. El principio de igualdad ante la ley.*, (pp.191-213). Thomson Civitas. Madrid. 2005.

<sup>31</sup> STEDH *Salgueiro Mota c. Il Portogallo*, 21 di Dicembre 1999; STEDH *B.B. c. Il Regno Unito*, 10 di Febbraio 2004; STEDH *L. e V. c. L'Austria* di 9 Gennaio 2003; STEDH *Karner c. L'Austria* di 24 de Luglio 2003.



matrimonio. É irrilevante che l'eterosessualit  abbia una indicazione specifica nel riconoscimento internazionale del diritto a contrarre matrimonio? In altri termini:   possibile non violentare il diritto a contrarre matrimonio quando s'applica a l'unione fra persone dello stesso sesso?

All'inizio della mia relazione ho usato una definizione specifica di matrimonio, discendente della sua particolare evoluzione nella cultura occidentale.

Partendo da quello si   visto che col passar del tempo e gli scambi sociali, abbiamo potuto verificare che solo in minima parte   simile al concetto tradizionale di matrimonio. Quella conclusione ci consente di affermare che, un romano del primo secolo capirebbe bene la situazione attuale del matrimonio, quasi non   lasciato altro elemento che il consenso, anche nella sua apparenza formale crederebbe di trovarsi davanti un vero matrimonio.

In tal senso, la parola matrimonio ha perso il suo significato e la differenza fra unione di fatto e matrimonio   cos  larvata da essere difficilmente visibile<sup>32</sup>.

Dico questo, a causa della legislazione spagnola che ha approvato il matrimonio gay ed allo stesso tempo ha regolato il divorzio “express”. Di questa altra legge ho parlato poco ma le sue conseguenze per il concetto di matrimonio sono state tanto o pi  terribili della soppressione dell'elemento dell'eterosessualit .

La convivenza reale fra due persone, di fatto o di diritto, determina l'esistenza di un legame e quando il consenso   revocato l'unione si scioglie. Questo non   un matrimonio sullo stesso modello giuridico di quello disciplinato dal diritto romano?

In quel contesto, l'unico intervento del diritto si realizza come testimone che certifica l'inizio e la conclusione di quella unione.

Esaurito il legame fra famiglia, matrimonio e figli, che cosa   rimasto del contenuto essenziale del diritto a contrarre matrimonio?

Il rito, la forma, l'apparenza dell'unione che esiste nel caso del matrimonio ma non in quello dell'unione di fatto. Giunti a questo, la soluzione   semplice:

Se il contenuto essenziale del diritto a contrarre matrimonio   stato ridotto alla forma esteriore di un rituale, di una cerimonia priva di alcun valore o significato morale,   allora sempre fattibile per non discriminare persona alcuna per motivi di sesso, o per motivi riguardanti la sua tendenza sessuale, ed   garantito che tutti possono acceder a questo ridotto concetto di matrimonio.

Ma, se il contenuto essenziale del diritto a contrarre matrimonio continua ad essere un significato non solo giuridico ma continua ad essere un'istituzione legata a determinati

---

<sup>32</sup> Cfr. MARTÍNEZ GALLEGU, E.M. (Coord.) *Matrimonio y uniones de hecho*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca. 2001.

valori e se conserva alcuni degli elementi che lo hanno identificato, é perché il rituale, la cerimonia ha un significato di natura morale o religiosa.

Ed in tale contesto l'unione matrimoniale come istituzione deve conservare la sua identità e suoi elementi tra i quali l'eterosessualità.

Se ciò non é possibile nell'ordinamento civile, chi desidera preservare lo scopo di questa istituzione, dovrà dirigere la sua coscienza verso l'unione matrimoniale religiosa.

Queste sono alcune delle idee che desideravo condividere con voi. Spero di avere suscitato qualche curiosità su questo argomento.

