



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA**

SEDE AMMINISTRATIVA: UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA - XXIX CICLO

IL MATRIMONIO IN ITALIA

TRA ORDINAMENTI STATALI E ORDINAMENTO CANONICO IN ETÀ MODERNA

Coordinatore: Ch.mo Prof. Roberto E. Kostoris

Supervisore: Ch.mo Prof. Manlio Miele

Dottorando: dott. Giovanni Franciosi

GIOVANNI FRANCIOSI

IL MATRIMONIO IN ITALIA

OMNES MATRIMONIUM POSSUNT CONTRAHERE
QUI IURE NON PROHIBENTUR
Can. 1058

A Cino

GIOVANNI FRANCIOSI

ABSTRACT

ITALIANO

Il lavoro ha come nucleo centrale l'approfondimento della disciplina matrimoniale nel periodo precedente l'Unità d'Italia. Si è cercato di dimostrare come tale istituto, se correttamente inquadrato tramite gli strumenti del diritto ecclesiastico moderno, possa fungere da barometro dei rapporti tra Chiesa e Stato nella penisola italiana, onde valutare quali possano essere gli sviluppi dei Rapporti Stato-Chiesa in materia matrimoniale, durante quest'era di transizione, in cui sono state presentate novità legislative di importanza tale da poter essere paragonate alla nascita del vincolo civile a cavaliere tra XVIII e XIX secolo.

Allo scopo si è optato per una suddivisione dello studio in due parti. La prima è relativa all'evoluzione del diritto matrimoniale canonico, con particolare attenzione all'introduzione della forma solenne di scambio del consenso, imposta dal Concilio di Trento, che sottrasse alla mera discrezionalità dei nubenti la forma della mutua oblazione, istituendo quella ritualità che, ancora oggi, è propria delle nozze tanto civili quanto religiose.

La seconda parte è invece dedicata all'analisi della legislazione degli stati italiani preunitari, approfondendo la reazione all'avocazione tridentina della disciplina matrimoniale, rappresentata dalle dottrine giurisdizionaliste volte a scindere le due dimensioni (contrattuale e sacramentale) del vincolo. Allo stesso modo si sono indagate le codificazioni preunitarie e il percorso che ha portato all'introduzione del matrimonio civile, non tacendo il debito che codeste legislazioni denotavano nei confronti delle esperienze codiciali francese e austriaca.

ENGLISH

The main topic of this essay is the in-depth examination of the matrimonial discipline during the years before the Unification of Italy. I have tried to demonstrate that Matrimony, when properly framed by using the modern ecclesiastical law instruments, can be considered as the barometer of the relations between Roman Catholic Church and the Italian state, in order to analyze the development of the relationship between State and Church on the matter of marriage during this age of transition, in which there were many important legislative innovations, that can be compared to the birth of civil marriages between the eighteenth and nineteenth centuries.

For the purpose, the work is divided into two distinct sections. The first one concerns the evolution of matrimonial canon law, with particular attention to the introduction of the solemn partners' exchange of words of consent, imposed by the Council of Trent, which subtracted the mutual offer of themselves to the discretion of the spouses, requiring those rituals that even today are typical of both civil and religious ceremonies.

The second part is dedicated to analyze the pre-unification states' law, studying in deep the reaction to the canonical solemn form required by the Council of Trent for the validity of the marriage of the regalist doctrines, aimed to separate the two parts (contractual and sacramental) of the bond. Also, the essay investigates the pre-unifications codifications and the path that led to the introduction of civil marriage, not to mention the debt that those legislations have toward the French and the Austrian codes.

INDICE

Abstract	p. 5
Indice	p. 7
Premessa	p. 11
Introduzione	
<i>I- Lo jus connubii come diritto originario dell'Uomo nel diritto canonico e in quello secolare</i>	p. 15
<i>II- La Chiesa come ordinamento giuridico primario</i>	p. 23
<i>III-Il diritto del fedele cattolico al matrimonio canonico come estrinsecazione della libertà religiosa</i>	p. 27
<i>IV- L'esperienza storica. Sua rilevanza</i>	p. 33

PARTE I – LA CHIESA

I - Le origini della potestà ecclesiastica in materia matrimoniale

1- <i>Dall'età apostolica a quella costantiniana</i>	p. 39
2- <i>La Chiesa tardoantica. Sinodo topiche e l'età aurea della patristica</i>	p. 47
3- <i>Cenni sulla forma delle nozze cristiane in età romana. Il valore del consenso</i>	p. 53

II - L'affermazione del monopolio ecclesiastico

1- <i>L'alto medioevo. Un'epoca di transizione</i>	p. 59
2- <i>Rafforzamento della potestà ecclesiastica in età carolingia</i>	p. 65
3- <i>Il nuovo millennio e la nascita del diritto matrimoniale canonico</i>	p. 70
4- <i>La dicotomia "contratto-sacramento" e il recepimento della dottrina consensualistica nelle decretali</i>	p. 77

III – Il protestantesimo e la reazione cattolica.

1- <i>La piaga dei matrimoni clandestini</i>	p. 85
2- <i>Critica protestante al diritto matrimoniale canonico</i>	p. 90
3.1- <i>Il Concilio di Trento. Le prime discussioni e la fase bolognese (1545-1547)</i>	p. 101
3.2 – <i>La XXIV sessione e il "Tametsi dubitandum non est" (1563)</i>	p. 107
4- <i>L'attuazione dei canoni tridentini in materia matrimoniale e la dottrina coeva</i>	p. 117

IV - Da Trento al Vaticano I. La Chiesa "antimoderna".

1 – <i>La distinzione tra contratto e sacramento nella dottrina dei secoli XVII e XVIII</i>	p. 125
2- <i>Il magistero e la normazione pontificia dal giurisdizionalismo al separatismo</i>	p. 133
3 – <i>Il XIX secolo</i>	p. 138
4 – <i>La dottrina ottocentesca. Gli esempi di Nuytz e Rosmini</i>	p. 148

PARTE II – LO STATO

I – I prodromi all'avocazione statutale della materia.

1 – <i>Tentativi giustiniani di introdurre una forma matrimoniale ad validitatem</i>	p. 157
2 – <i>Cenni sul ruolo del diritto secolare nella celebrazione medievale italiana</i>	p. 161
3 – <i>Marsilio da Padova e Guglielmo di Ockam</i>	p. 170

II – L'affermarsi della secolarizzazione.

1 – <i>Eterodossia moderna e matrimonio civile. Un nesso eziologico</i>	p. 177
2 – <i>La scuola del diritto naturale e l'illuminismo</i>	p. 183
3 – <i>La Rivoluzione francese e il matrimonio</i>	p. 188

III – La disciplina degli Stati preunitari.

1 – <i>Panorama dell'Italia moderna</i>	p. 199
2 - <i>Lo Stato pontificio</i>	p. 205
3.1 - <i>Il Granducato di Toscana</i>	p. 221
3.2 – <i>La Sinodo pistoiese e l'assemblea fiorentina dell'episcopato</i>	p. 234
4 – <i>I ducati emiliani</i>	p. 240
5 - <i>Il Regno delle due Sicilie</i>	p. 251
6 – <i>Il Regno Lombardo-Veneto</i>	p. 270

IV - L'unità e il matrimonio civile.

1- <i>Il diritto matrimoniale subalpino e la lotta per l'introduzione del matrimonio civile</i>	p. 289
2 – <i>Soluzioni provvisorie. Le leggi 20 maggio 1863 n. 1265 e 23 marzo 1865 n. 2167</i>	p. 304
3- <i>Il codice del 1865 e l'introduzione del matrimonio civile</i>	p. 309
4- <i>Due casi emblematici: i matrimoni di Garibaldi e Crispi</i>	p. 318

Conclusioni	p. 331
--------------------------	---------------

Bibliografia.....

.

p. 339

PREMESSA

Il presente studio intende offrire una panoramica dei rapporti Stato-Chiesa nel contesto italiano preunitario, con particolare attenzione a quella classica "materia mista", rappresentata dal diritto matrimoniale, non inteso in ogni suo singolo aspetto (il che spetterebbe più all'area del diritto privato e/o del diritto canonico strettamente inteso), ma nella sua collocazione a cavaliere tra la dimensione giuridica e quella spirituale.

All'uopo, la metodologia più confacente appare essere quella del diritto ecclesiastico, privilegiando in esso non tanto la sua dimensione di *Staatskirchenrecht*, cioè di branca del diritto pubblico dello Stato regolante i rapporti tra questo e le confessioni religiose, quanto piuttosto la sua natura eminentemente comparatistica, costituente punto di incontro tra due ordinamenti giuridici primari.

Per tenere la barra sulla rotta tracciata, si è cercato di non sconfinare all'interno di ambiti di spettanza di altre materie, in particolare della storia del diritto: infatti, pur essendo evidente che il nucleo centrale del lavoro attiene ad ordinamenti giuridici ormai cessati o comunque, (come quello sardo-piemontese¹) radicalmente trasformati nella sostanza, la dimensione storica non costituisce l'essenza dello scritto ma semplicemente il suo carattere più facilmente percepibile; in questo senso, si è voluto seguire l'esempio del grande Francesco Ruffini² quando, nel corso della poi vinta battaglia per la reintroduzione dell'insegnamento ecclesiasticistico nelle facoltà giuridiche statali, acutamente affermava che «vanamente si vorrebbe questo studio [*il diritto ecclesiastico*] sminuzzare e distribuire nelle materie affini, poiché i nostri insegnamenti storici, per quanto moltiplicati e prolungati appena appena bastano al loro compito speciale, e gli altri non ci darebbero della nostra disciplina se non un concetto indagato».

Se dunque il diritto ecclesiastico costituisce una *res composita*, ne discende che in una trattazione monografica possa prevalere, pur senza escludere i restanti, uno tra gli elementi che compongono l'oggetto degli studi: in questo scritto la dimensione storica è sì *ictu oculi* prevalente, ma non allo scopo di realizzare un (per quanto interessante) esercizio di erudizione, bensì nella sua funzione didascalica, idonea a suscitare interrogativi in merito alle radici, più o meno remote, della disciplina vigente; non a caso un altro gigante, Francesco Scaduto³, rilevava che «l'elemento storico ha nel diritto ecclesiastico importanza molto maggiore che in altre materie giuridiche» e ciò poichè «stante la duplicità della fonte non si tratta di una storia, ma di due⁴.»

1 Nessuno pone in dubbio l'assoluta continuità tra l'ordinamento giuridico sardo e quello italiano vigente. Sul punto cfr. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, pag. 75 ss.

2 F. RUFFINI, *Lo studio e il concetto odierno del diritto ecclesiastico*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 13, 1892, oggi in M. MIELE (a cura di), *Gli insegnamenti del diritto canonico e del diritto ecclesiastico dopo l'Unità d'Italia*, Bologna, 2015, pagg. 489 ss.

3 F. SCADUTO, *Sistema di trattazione del diritto ecclesiastico*, in A.A.V.V. *Scritti della facoltà giuridica di Roma in onore di Antonio Salandra*, Milano, 1928, pag. 45-58 e oggi in M. MIELE (a cura di), *Gli insegnamenti...*, cit., pag. 681-697. Il passo citato è reperibile alla pag. 686 di quest'ultimo tomo.

4 «E le due storie si intrecciano e si distaccano più o meno secondo le vicende della lotta fra lo Stato per la sua emancipazione e la Chiesa che vuole dominarlo o predominarlo, ed in genere secondo le vicende delle relazioni fra Stato e Chiesa.» *Ibidem*.

Allo scopo si è cercato di attualizzare quelli che erano i canoni proposti dal Maestro siciliano⁵ quasi un secolo fa e che appaiono ancor oggi condivisibili, non solo come dovuto omaggio ai giorni alconi della nostra materia ma anche, e soprattutto, in ragione di un elemento chiave: la difesa della sua "giuridicità". Essa infatti appare oggi sempre più criticata, giungendosi all'estremo (con il pur nobile scopo di salvarne l'insegnamento) di alterarne l'essenza, tramite un' improbabile, o quanto meno deleteria, affiliazione alla categoria delle scienze politiche e sociali.

Pur nella mia modestia di semplice discente ho desiderato, nel trattare l'argomento, tenere in giusto conto quella duplicità della fonte, che è base della comparazione (ove naturalmente ciò sia possibile) tra l'ordinamento canonico e quello statale: superata infatti dall'evoluzione della dottrina, la teoria di ispirazione illuministica/giusnaturalista che vedeva nello Stato l'unica sorgente di diritto, ho inteso evitare ogni commistione "tra il canonico e il civile", allo scopo di mettere in rilievo le rispettive specificità.

Questa idea ha portato ad operare una *summa divisio* della materia, che è stata trattata trattata a seconda della fonte originaria⁶ della stessa: il lavoro viene dunque ripartito in due "parti", una dedicata alla Chiesa e l'altra agli Stati, lasciando all' introduzione e ancor più alle conclusioni il ruolo di operare confronti, rilevare confusioni tra i due ordinamenti, valutare eventuali debiti e figliolanze degli istituti vigenti rispetto a quelli del passato più o meno remoto.

A corollario di quanto sopra si pone la decisione di esporre per prima la disciplina ecclesiastica, attesa la sua presupposizione rispetto al diritto statale⁷; così, nell'esposizione, si è seguito un ordine strettamente cronologico, da un lato per poterne meglio valutare l'evoluzione, dall'altro per l'inutilità di diverse modalità espositive che valorizzassero altre categorizzazioni (ad esempio l'elemento topico), vista la generale concessione dell' *exequatur* ai canoni tridentini sul matrimonio da parte degli Stati italiani, con carenza, seppur con qualche eccezione, di un autentico "diritto canonico nazionale"⁸.

Nella parte dedicata al diritto degli stati preunitari la prospettiva è invece radicalmente invertita: dopo una sezione generale, espositiva dell'evoluzione del sentire giuridico (e perciò della legislazione), nell'esposizione si è preferito fare riferimento, in paragrafi specifici, a tutta e sola la disciplina di ciascuna compagine, a far data dal Concilio tridentino e fino all'Unità, allo scopo di non sovraccaricare il lettore e di favorire la chiarezza espositiva, anche attraverso un breve richiamo alle vicende storiche che interessarono il territorio in questione: naturalmente il diritto di alcuni domini è stato trattato con maggiore dovizia di particolari rispetto alla legislazione di altri (minori),

5 F. SCADUTO, *Sistema*, cit.

6 Si parla di fonte "originaria" in ragione della vigenza, per lunghi secoli, di norme canoniche anche a livello "civile". Lo Stato non era dunque la fonte prima delle stesse ma si limitava a recepirle e a darvi vigore nei confronti dei *cives*, come ad esempio nel caso del codice civile sardo del 1837, il quale richiamava il diritto canonico quale fonte della disciplina matrimoniale (art. 108, ai sensi del quale «Il matrimonio si celebra giusta le regole, e con le solennità, prescritte dalla Chiesa cattolica»).

7 Cfr. F. SCADUTO, *Sistema*, cit., pag.690.

8 Contrariamente, ad esempio, all'esperienza francese. In detta nazione i canoni tridentini in materia matrimoniale entrarono in vigore (e modificati) solo con il decreto *Ne temere* di San Pio X.

IL MATRIMONIO IN ITALIA

dovendosi valutare caso per caso gli elementi di unicità di ciascun regime o, all'opposto, il suo essere tributario all'influsso delle potenze allora più influenti sulle legislazioni italiane (rispettivamente l'Austria e la Francia): in detta sede, accanto alla descrizione dei modelli legali e ove opportuno, si sono inserite notizie di casi giurisprudenziali che possano dare un riscontro sulla reale applicazione degli istituti in commento.

Alle conclusioni, come poco sopra anticipato, è invece assegnato un duplice ruolo: *in primis* quello di fornire uno sguardo globale sul tema oggetto del lavoro, *in secundis* quello di individuare eventuali parallelismi o antinomie tra la legislazione attualmente vigente in Italia e quelle precedenti, allo scopo di realizzare la detta funzione didascalica della ricerca storica nel campo del diritto delle confessioni religiose, riallacciandosi così a quanto esposto in sede di introduzione.

Infine mi sia consentito un breve accenno concernente le attività "preliminari" alla redazione: il reperimento del materiale bibliografico è stato effettuato, oltre che con libri di mia proprietà, nelle biblioteche di diritto canonico ed ecclesiastico del nostro Ateneo, nel Fondo Scaduto della Biblioteca "Circolo giuridico" dell'Università degli Studi di Siena, nella Biblioteca statale universitaria di via San Biagio. Devo quindi ringraziare il personale di tutte queste istituzioni per la disponibilità e gentilezza dimostratami, con particolare citazione ai dottori senesi Francesco Poesini, Alessandro Giunti e Daniele Fusi. Quanto alle opere citate, si è preferito riportarne il contenuto in lingua originale, limitando le traduzioni proprie (in quanto defettibili) ai passi degli autori tedeschi.

A livello informatico preziosissimo è stato, a prescindere da quell'istituzione benemerita per lo studioso che è "Google books", l'ausilio del nuovo sito della Santa Sede, che ha messo a disposizione pressochè l'intera raccolta dei lavori preparatori all'ultima codificazione canonica, pubblicata nella rivista *Communicationes*, oltre a tutte le annate degli *Acta apostolicae Sedis*, comportando un risparmio di tempo non indifferente.

Contributo non meno essenziale è stato quello dei miei genitori, che mi hanno sostenuto in tutto il mio percorso di studi nonchè quello di mio zio Attilio, che munificamente ha per anni foraggiato nuove acquisizioni alla mia piccola biblioteca. Ringraziamenti debbo soprattutto alla mia fidanzata Elisabetta che, con la sua vicinanza e pazienza, è stata alleata imprescindibile nella mia vita, oltre che pungolo e stimolo a migliorarmi.

Una particolare menzione va agli amici, collaboratori alla Cattedra di diritto canonico ed ecclesiastico dell'Ateneo patavino, dottori Alessandro Perego, Abramo Dentilli e Silvia Baldassarre, i quali non hanno mai esitato a segnalarmi materiale che potesse essere utile al mio lavoro, oltre a favorire sempre il confronto e il dibattito sui temi dei nostri studi.

Infine la più profonda riconoscenza spetta al Prof. Manlio Miele il quale, dopo essere stato relatore della mia tesi di laurea, ha acconsentito a supervisionare il mio percorso di dottorato. Con la sua esperienza e cultura ha saputo fornirmi le indicazioni necessarie per giungere a questo traguardo, conferendomi all'uopo la più ampia libertà di indagine e, soprattutto, una fiducia che spero di avere saputo ricambiare.

Firenze, 1° ottobre 2016 – 794° a B.c.

GIOVANNI FRANCIOSI

INTRODUZIONE

I – *Lo jus connubii come diritto originario dell'uomo e del cristiano.*

Come si accennava nella "premessa", il presente studio vede una prevalenza della componente storica, intesa quale tappa obbligata per la valutazione dell'evoluzione dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose (particolarmente quella cattolica) in materia matrimoniale. All'uopo, non credo si possa prescindere dal porre, in via per così dire preliminare, alcuni interrogativi essenziali. Infatti, come si avrà modo di rilevare e dimostrare in seguito, i problemi sottesi all'oggetto della ricerca si ripropongono nelle diverse epoche, divergendo esclusivamente dal punto di vista delle soluzioni offerte dai giuristi le quali saranno poi, quasi sempre, fatte proprie dai diversi legislatori o assunte nei vari concordati. Appare dunque giusto iniziare la riflessione a partire dalla normativa canonica vigente, frutto di detta elaborazione millenaria e quindi idonea all'individuazione delle tappe essenziali di questo difficile cammino.

Ciò premesso non credo si possa prescindere dal rilevare come tra le varie norme, sia ecclesiastiche che secolari, coinvolgenti la materia matrimoniale, quella che sembri più idonea ad introdurre un ragionamento destinato a ripercorrere la disciplina di un istituto così pregno di contenuti, sia il celebre canone 1058⁹ il quale, sancendo che «*omnes matrimonium possunt contrahere qui jure non prohibentur*», costituisce precisa e puntuale ricognizione di un principio essenziale: da essa si ricava infatti come lo *jus connubii* abbia natura fondamentale, e sia quindi nativo, permanente, irrinunciabile¹⁰.

9 Il dispositivo è identico a quello del can. 1035 *vet. cod.* Tuttavia la codificazione piano-benedettina poneva tale norma all'inizio del *caput* dedicato agli "impedimenti in generale", facendo emergere da tale collocazione una dimensione prevalentemente "negativa", tesa a mettere in rilievo la proibizione di contrarre in presenza di impedimenti. La codificazione vigente l'ha invece posta, saggiamente, tra i canoni introduttivi all'esposizione della disciplina matrimoniale, dando prevalenza al suo contenuto "positivo" o ricognitivo del diritto originario dell'Uomo a legarsi col vincolo matrimoniale, fatte salve le proibizioni del diritto. In particolare il pronome «*omnes*» (riferito non ad *omnes Christifideles* ma ad *omnes homines*) costituisce diretto riferimento alla originarietà del diritto al matrimonio. Quanto asserito è testimoniato dagli stessi lavori di redazione del Codice vigente, in cui i consultori affermarono «*oportet edicere jus fundamentale humanum*», cfr. *Communicationes*, II, n. 1 (1971) e XXX (2000). Quanto alle fonti di tale norma, sono elencate in calce alle stesse nelle due edizioni annotate dei Codici, le quali sono state utilizzate nel corso del presente lavoro e a cui dovrà farsi riferimento per ogni citazione: *Codex iuris canonici ab auctoritate Pii X Pontificis maximi iussu digestus Benedicti P.P. XV auctoritate promulgatus, Praefatione, fontium adnotatione, Indice Alnalytico-Alphabetico ab Em.mo Petro Card. Gasparri auctus*, Città del Vaticano, 1943 e PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI AUTHENTICE INTERPRETANDO, *Codex iuris canonici fontium annotatione et indice analytico-alphabetico auctus*, Città del Vaticano, 1989. In particolare, quanto al canone 1035 *vet. cod.*, si fa riferimento a C.2, X *de coniugio leprosororum*, IV, 8; c.I, X *de coniugio servorum*, IV, 9; Professio fidei (in Conc. Lugdun.) II: a Michaele Palaeologo Gregorio X oblata, a. 1274. Il Codice del 1983, oltre a ciò che è stato detto *sub* can. 1035 *vet. cod.*, richiama S.C.S.O. resp. 27 ian 1949, S.C.S.O. resp. 22 dec. 1949; IOHANNES P.P. XXIII enc. *Pacem in terris*, 11 apr. 1963, 1, (A.A.S., 55 [1963] 259-269). Il medesimo principio è inoltre fatto proprio dal can. 778 del *Codex canonum ecclesiarum orientalium*, il quale sancisce che «*omnes matrimonium possunt inire qui iure non prohibentur.*»

10 J.I. BAÑARES, *Comentario al can. 1058*, in *Comentario exégetico al código de derecho canónico*, III/2,

La sua collocazione all'interno della raccolta delle leggi vincolanti la Chiesa latina¹¹ non deve trarre in inganno l'interprete: detto carattere originario è infatti del tutto indipendente dall'incorporazione nella Chiesa dell'individuo, discendendo non da tale momento bensì dall'ontologia stessa dell'essere umano, come del resto acutamente rilevavano Hervada e Lombardia¹², quando affermavano che «el *jus connubii* es una situación jurídica inherente a la persona (derecho natural) como dimensión de justicia que nasce de ser el matrimonio una manifestación - la primaria - de la naturaleza humana individualizada en la persona, en quanto es radicalmente sociable».

Il carattere di inerenza *iure naturae* alla persona umana del diritto soggettivo in questione, suscita naturalmente l'interrogativo se esso non sia «pur entro limiti ristretti, del tutto incoercibile»¹³. La soluzione al problema è stata proposta, a mio parere correttamente, da Sandro Gherro applicando allo stesso le categorie di "capacità giuridica" e "capacità di agire": intendendo con tali locuzioni rispettivamente la titolarità di diritti e l'esercizio di essi e in ossequio alla "teoria organica della società", l'Autore citato ammette come sia la semplice qualità umana a conferire ad ogni soggetto la potenziale titolarità di tutti gli interessi giuridici tutelati dal sistema.

Dunque, ciò che nel nostro caso rileva, è la individuazione dell' *habilitas ad matrimonium* come «un *prius* rispetto ad ogni intervento autoritativo dell'ordinamento [...]», spettando alla Chiesa riconoscere «nell'ambito della "capacità giuridica" [...] la generica capacità matrimoniale» e determinandosi con ciò che «ogni divieto a contrarre matrimonio non può essere considerato che come eccezione a regola, pur se lo stesso sia determinato da una disposizione di origine divina.» Del resto è la stessa inderogabilità della normativa Suprema a imporre il riconoscimento al «soggetto di una generica idoneità alla titolarità di rapporti giuridici indipendente da ogni intervento autoritativo e che, perciò, può essere rappresentata come un *apriori* rispetto ad ogni normativa di origine umana.»

Quanto esposto non può essere oppugnato nemmeno asserendo che il principio in commento abbia per destinatari i soli *Christifideles*, dovendosi sotto quest'ultimo aspetto piuttosto ritenere che la piena personalità canonica quesita con il battesimo¹⁴ faccia emergere un diritto diverso e "successivo": quello a godere dell'elevazione sacramentale compiuta dal Cristo¹⁵ e, per l'effetto, a ricevere la Grazia da questo scaturente¹⁶, in conformità all'antica definizione del battesimo quale "*ianua*

Barañain, 2002, pag. 1067 ss.

11 Come accennato alla nota 1, l'equivalente del can. 1058 c.i.c. è dato dal can. 778 c.c.e.o. Anche in questo caso, in sede di redazione del codice, si volle sottolineare l'essenzialità della norma dedicandovi un canone *ad hoc*, collocato tra i principi informativi della materia matrimoniale, anziché un semplice paragrafo nel capo dedicato agli impedimenti. In proposito si veda *Nuntia*, 15 (1982), pag. 63.

12 J. HERVADA-P. LOMBARDIA, *El derecho del Pueblo de Dios*, III, *Derecho matrimonial* (1), Pamplona, 1973, pag. 315-316.

13 S. GHERRO, *L'autorità della Chiesa sul sacramento del matrimonio*, in Id., *Il diritto al matrimonio nell'ordinamento della Chiesa*, Padova, 1979, pag. 66 ss.

14 Cfr. Can. 96.

15 Cann. 1055 e 1056.

16 In proposito si veda E. CORECCO – L. GEROSA, *Il diritto della Chiesa*, Milano, 1995, pag. 103 ss.

*Sacramentorum*¹⁷". Tale diritto "ulteriore", in quanto dipendente dall'incorporazione sacramentale del soggetto nella Chiesa, costituisce un diritto fondamentale *del cristiano*, e con ciò tutelato in via principale dal can. 213, sancente il diritto del fedele a ricevere i beni spirituali della Chiesa¹⁸, tra i quali posto d'onore hanno i Sacramenti¹⁹.

La ricognizione della natura fondamentale dello *jus connubii* non è quindi da limitarsi al campo strettamente ecclesiale, atteso che «in quanto radicato nella natura sessuata dell'uomo e della donna e nella dignità ed autonomia della persona umana [...] il matrimonio non è istituto di élite, sociale o culturale o intellettuale, ma deve essere offerto a tutti coloro che appartengono alla famiglia umana»²⁰: non a caso, con i dovuti "distinguo", questa regola giunge ad essere fatta propria anche dalle recenti "codificazioni" dei diritti umani e, tra queste, principalmente dall'art. 16 della dichiarazione dei diritti dell'Uomo e dall'art. 12 della CEDU i quali, pur su di un piano separato e a partire da presupposti diversi²¹, ne hanno colto l'importanza per la vita individuale e sociale. A questo proposito è appena il caso di accennare come non sia certo un caso che la CEDU abbia fatto proprio, seppur più sinteticamente, l'assunto della dichiarazione di principi del 10 dicembre 1948; questa infatti, non costituendo un'autonoma fonte di norme internazionali generali²², necessitava di essere attuata e garantita a livello particolare, allo scopo di porre un' ulteriore presidio, accanto a quello già espresso da norme di rango costituzionale in alcuni stati²³.

La qualifica di "umano" attribuita allo *jus connubii* non ha però estinto il dibattito sulla

17 V. can. 849.

18 V. sul punto E. CORECCO, *Considerazioni sul problema dei diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*, 11, in G. BORGONOVO-A. CATTANEO (a cura di), *Ius et communio, scritti di diritto canonico*, I, Casale Monferrato-Lugano, 1997. L'Autore, con assoluta chiarezza, rileva il *discrimen* tra i diritti fondamentali dell'uomo e quelli del cristiano, affermando che persino nell'ipotesi in cui «i diritti fondamentali e costituzionali del cittadino riuscissero a declinare in un determinato momento storico i valori specifici del *ius divinum naturale* (che comunque rappresenta il diritto proprio allo *status naturae* dopo il peccato originale e non quello della natura umana dello stato di giustizia originale) non potrebbero ancora essere considerati come criterio qualificante l'esperienza ecclesiale. Infatti i valori umani fondamentali, pur non essendo, per principio, contraddittori a quelli soprannaturali, non coincidono con essi; anzi, se applicati in modo assoluto, potrebbero diventare di ostacolo ad una esperienza ecclesiale.»

19 E. CORECCO – L. GEROSA, *Il diritto...*, cit., pag. 102, si soffermano ampiamente sul punto, originando la loro riflessione dal principio sancito in *LG* 37,1, sancente il diritto di tutti i fedeli «di ricevere abbondantemente dai sacri Pastori i beni spirituali della Chiesa, soprattutto gli aiuti della Parola e dei sacramenti», per mezzo dei quali ultimi «*fides exprimitur et roboratur, cultus Deo redditur et hominum sanctificatio efficitur*» (can. 840).

20 O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, Milano, 2008, pag. 20-21.

21 E. CORECCO, *Considerazioni...*, cit. Sottolineava la diversità dei piani e dei presupposti tra le rispettive catalogazioni in quanto «i diritti dell'uomo, anche quando dovessero essere formulati a partire dalla coscienza cristiana già illuminata dalla fede alla quale allude la formula di estrazione suareziana del *ius divinum naturale* (e non a partire dal diritto naturale moderno di estrazione razionalistica), non possono essere considerati come fonte di conoscenza adeguata e come parametro dei diritti del cristiano nella Chiesa.»

22 Così B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010, pag. 61, il quale giudica «ardita» la tesi delle SS.UU., sent. 31 luglio 1967 n. 2035, che tale natura all'opposto riconosceva.

23 Es. artt. 29 cost. Italiana, 6 *Grundgesetz*.

sua "dimensione naturale": se per la dottrina cattolica, come del resto emerge dalla definizione codiciale e come sarà in seguito approfondito, il punto appare fuori questione²⁴, a partire già dal dato scritturistico, patristico e magisteriale²⁵, affatto diversa è stata l'evoluzione dell'analisi ad opera dei giuristi laici, i quali hanno progressivamente abbandonato il giusnaturalismo razionalista, assumendo come punto di partenza la concezione di Rousseau «o la ley natural es remplazada por la voluntad general»²⁶, che nei fatti costituisce un nuovo concetto di legge, volontaristico e positivista.

Senza scendere eccessivamente nello specifico, in questa sede è sufficiente rammentare che, quando la Rivoluzione francese ritenne di considerare il matrimonio semplicemente come "contratto civile", altro non fece che portare alle estreme conseguenze la teoria giurisdizionalistica che lo scindeva dal sacramento²⁷. Proprio per giustificare questa "novità assoluta" rappresentata dal matrimonio civile, in mancanza di precedenti, la dottrina giuridica illuministica (su tutti Portalis) si vide costretta a contraddirsi facendo riferimento, sul punto, ad una concezione giusnaturalistica (in senso pufendorfiano) che, pur estrapolando il negozio dalla dimensione religiosa fin lì rivestita, mutuava pressochè l'intera disciplina canonica traslandola nel diritto civile, in maniera talmente evidente che studiosi di non secondaria importanza hanno potuto affermare come la nascita del matrimonio civile abbia costituito «un'affermazione della gelosa sovranità dello Stato²⁸», di fatto priva di una propria ragionevolezza intrinseca e ridotta a frutto di una scelta meramente ideologica basata sull'assunto in base al quale «la ley debe convertir a los hombres en ciudadanos, transformar su naturaleza²⁹». Non a caso il dibattito storico-sociologico³⁰ successivo ha duramente criticato questa scelta, la quale

24 P. PALAZZINI, *Matrimonium...*, cit., pag. 188 afferma «quod matrimonium divinitus institutum sit ex Genesi (2, 18-23; 1, 23) insuper depromitur; clare enim ibi apparet viri et mulieris unionem a Deo esse ordinatam ad procreandam prolem, atque hanc unionem esse stabilem cum homo, eius causa, domum patris sui ac matris suae relinquat.»

25 *Ibidem*. «Quae veritas, a Patribus denuo asserta, a Magisterio Ecclesiae pluries confirmata et definita est.» Citando a riprova S. AUGUSTINUS, *De civitate Dei*, 14 3: CV 40, 2, pag. 47 e HIERONIMUS, *In Mt homiliae*: PG 58, 597, LEO P.P. XIII, *Enc. Arcanum*.

26 J.F. SEGOVIA, *Ley natural, contrato social y poder constituyente en el pensamiento anglosajón y francés, la ideología del constitucionalismo en los siglos XVII y XVIII*, in M. AYUSO (a cura di), *El problema del poder constituyente*, Madrid, 2012.

27 Sul punto, ampiamente, v. *infra*. In questa sede basti rammentare come l'iniziatore, in buona fede, di tale corrente fu M. CANO, *Opera theologica*, II, Roma, 1900, cap.8, il quale giungeva a detta conclusione sulla base dell'assunto che vedeva nel contratto la materia del sacramento. A tutt'oggi il tema non è esaurito. Cfr. N. COLAIANNI, *Il giusto processo di deliberazione e le "nuove" sentenze di nullità matrimoniale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it.

28 Così G. DALLA TORRE, *Veritas non auctoritas facit matrimonium*, in *Veritas non auctoritas facit legem, Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, Città del Vaticano 2012, pag. 211 ss. e O. FUMAGALLI CARULLI, *Matrimonio canonico, matrimoni religiosi, proliferazione delle unioni paramatrimoniali*, in *Il diritto ecclesiastico*, 3-4, 2013.

29 J.F. SEGOVIA, *Ley natural...*, cit., pag. 68.

30 P. PALAZZINI, *Matrimonium*, in *Dictionarium morale et canonicum*, II, Roma, 1962-1968, pag. 187-188. «Hic conceptus matrimonii genuinus impugnatur a non paucis Evolutionistis, qui prætendunt hanc descriptam formam matrimonii primitus non extitisse, seu aliis verbis: formam intimae ac stabilis consociationis libero utriusque consensu initae non esse primaria coniugii formam; sed genus

di fatto non è che mera finzione, giungendo a qualificarla come inutile sovrastruttura borghese da scardinare (Marcuse).

Al di là del dibattito citato, il fatto che il diritto al matrimonio sia stato elevato a "diritto umano" testimonia l'importanza dell'approfondimento storico sul punto: sempre più diffusa è infatti la tendenza a trascurare la, seppur indiretta, discendenza dell'elaborazione dello *jus connubii* dalla cultura cristiana, anzi cattolica³¹; di qui l'importanza di detto rilievo, non solo quale ricognizione obiettiva ma anche allo scopo di contrastare quell'opinione corrente che vede nel diritto ecclesiale un relitto medievale, radicalmente incompatibile con l'attuale disciplina dei diritti fondamentali. E' infatti errato affermare che la differenza ontologica tra i diritti dell'Uomo e quelli del cristiano lasci la Chiesa cattolica indifferente rispetto ai primi, bastando in questa sede rammentare, come il can. 3 del poi abbandonato progetto della *Lex Ecclesiae fundamentalis*³² facesse ad essi diretto riferimento, impegnando il Popolo di Dio nella loro promozione e tutela: che tale esperienza non sia passata invano è testimoniato da un lato dal costante magistero pontificio postconciliare³³, dall'altro anche dalla dottrina canonistica, la quale ha ritenuto i diritti umani siccome sussidiari a quelli del cristiano³⁴, sia dal punto di vista dei contenuti sia da quello strettamente giuridico a condizione, ovviamente, che la loro interpretazione non vada ad inficiare quella *salus animarum*, «*qua in Ecclesia suprema lex esse debet*³⁵».

Rilevata in tal guisa l'essenzialità dello *jus connubii* tanto nell'uno quanto nell'altro diritto³⁶, occorrerà rammentare come esso necessiti di essere specificato nel suo contenuto da normativa di rango inferiore, la quale ne individui con maggior precisione possibile l'essenza e, conseguentemente, permetta la collocazione sistematica delle

humanum ad hanc perfectam formam per varia successive stadia pervenisse. Uti isti evolutionistae volunt antiquitus universim et quidem ut stadium legale viguit primo promiscuitas seu Hetaerismus, id est, coniunctio arbitraria virorum et mulierum (communismus sexualis). Deinde successit secundo matrimonium per raptum; tertia forma fuit matrimonium per emptionem. Fautores huius sententiae pro suis assertis diversa indicia et vestigia in historia pristinarum gentium et in moribus populorum hodiernorum, illorum speciliter, qui a cultura magis remoti existunt, venisse censent. Quae sententia evolutionistica,[...] imprimis a Socialistis recepta est. Theoria haec de origine matrimonii est relative novissima.»

31 Come si avrà modo di dimostrare, una delle principali critiche dei novatori religiosi del XVI secolo era infatti diretta all'insufficiente rilevanza data dal diritto canonico alla patria potestà, nel matrimonio dei figli.

32 Nella sua ultima estensione (1971) la norma era così concepita: «*Ecclesia omnibus et singulis hominibus utpote ad imaginem Dei creatis dignitatem humanae personae propriae recognoscit et profitetur, itemque officia et iura quae ex eadem profluunt agnoscit, atque hominum vocationis ad salutem rationem, etiam tuetur*», con riferimento a *DH*, 1, 14.

33 Paolo VI, nei messaggi inviati all' O.N.U. in occasione del XX e XXV anniversario della Dichiarazione dei diritti dell'Uomo ebbe a qualificare quest'ultima come uno dei suoi migliori «titoli di gloria».

34 E. CORECCO, *loc. cit.* rimanda sul punto ad A. ROUCO VARELA, *Fundamentos eclesiológicos de una teoría de los derechos fundamentales del cristiano en la Iglesia*, in *Id., Teología y derecho*, Escritos sobre aspectos fundamentales de Derecho canónico y de las relaciones Iglesia-Estado, Madrid, 2003, pag. 422 ss.

35 Can. 1752.

36 E perciò l'obbligo del diritto ecclesiastico di garantirlo, in quanto luogo di incontro tra due ordinamenti giuridici primari.

norme che ne garantiscono l'esercizio, potendosi solo sulla base di tale presupposto valutare chi sia competente ad attuarlo e tutelarlo.

Partendo dal primo punto, fatte salve le precisazioni che verranno date in seguito, ci si limita in questa sede a rilevare come Antonio Piolanti, nel compilare l' *incipit* della voce "Matrimonio" per l'Enciclopedia cattolica³⁷, rilevasse come esso, «storicamente considerato, possa definirsi l'unione dell'uomo e della donna al fine della propagazione e dell'educazione del genere umano. E poichè tale scopo non potrebbe rettamente conseguirsi se le relazioni fra i due sessi non fossero sottoposte ad una disciplina, fin dall'epoca più antica, per necessità stessa di natura, si assiste, presso tutti i popoli allo stabilirsi di un istituto giuridico-sociale che è appunto il matrimonio. »

Il fine enciclopedico permette all'autore di dettare una definizione generale che altri scrittori coevi (anche molto autorevoli³⁸) hanno preferito evitare, aprendo tuttavia la porta ad alcune facili critiche; infatti essa risulta in qualche modo mutila, dovendo il lettore interrogarsi in merito a quale "unione" faccia riferimento: la dimensione meramente sessuale³⁹, il semplice dovere di coabitazione, il *mutuum adiutorium* in senso strettamente economico e così via. Non è quindi un caso se lo Jemolo⁴⁰, in una delle sue opere più celebri, poneva in guardia da una concezione del matrimonio assoluta ed assolutizzante «quasi da non necessitare definizione nè chiarimenti», in quanto «appena si guardi un po' più addentro nell'istituto si scorge che in realtà nella evoluzione storica, nel diritto comparato, e persino nei singoli vincoli, i quali si danno sotto l'impero di una stessa legge, appaiono elementi i più diversi», i quali obbligano necessariamente lo studioso a restringere il campo di indagine, in quanto «il problema dell'essenza del matrimonio non è suscettibile di risoluzione che o sul terreno di un determinato diritto positivo o dei riferimenti che questo faccia ad altri diritti.»

Posto che quanto affermato dal grande studioso sia inoppugnabile⁴¹, deve innanzitutto rilevarsi come questa seria difficoltà si ripercuota in primo luogo sullo *jus connubii* inteso come diritto originario, il quale viene a trovarsi in qualche modo privo di contenuto e con una difesa mutevole a seconda delle sensibilità: ciò non deve sorprendere, costituendo il frutto della scelta (operata dai legislatori codiciali del XIX e XX secolo⁴²) di non dettare alcuna definizione normativa dell'istituto; ripudiando quella

37 A. PIOLANTI, *Matrimonio*, in *Enciclopedia cattolica*, VIII, Città del Vaticano, 1952, pag. 407. Sulla stessa linea si pone anche P. PALAZZINI, *Matrimonium*, cit., pag. 186, il quale afferma che «*Matrimonium est contractus civilis in officium naturae quam propagat et conservat* ».

38 Ad esempio A.C. JEMOLO, *Introduzione a Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino 1957 ed E. GRAZIANI, *Essenza del matrimonio e definizione del consenso*, in A.A.V.V., *Studi in onore di Pio Fedele*, II, Napoli, 1984, pag. 729.

39 Questa è la conclusione di E. FRIEDBERG-F. RUFFINI, *Trattato di diritto ecclesiastico*, Torino, 1893, pag. 549, i quali affermano che «Il matrimonio è l'unione sessuale riconosciuta giuridicamente e munita di determinate conseguenze giuridiche.»

40 A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, cit., pag. 5.

41 Si pensi solo alla disputa odierna sui matrimoni c.d. "omosessuali". A tacere dei luoghi in cui non è stata ancora presa una posizione, si pensi solo all'essenziale *discrimen* tra le legislazioni che li hanno riconosciuti e quelle che invece concedono solamente le c.d. "unioni civili", ritenendo il matrimonio *ontologicamente* eterosessuale.

42 Nè il codice Napoleone, nè quelli italiani del 1865 e del 1942 hanno infatti dedicato alcuna norma alla

classica data da Modestino⁴³ e Giustiniano, come sopra anticipato, si sono limitati a rivendicare una potestà, nel nome della pretesa unicità dell'ordinamento giuridico, mascherando questa operazione tramite la (ri)scoperta di un "diritto al matrimonio", che era noto fin dall'età classica della canonistica⁴⁴.

In senso direttamente opposto a questo perseverare nell'ambiguità, ha invece deciso di porsi l'ordinamento ecclesiale: se ancora il Wernz⁴⁵ preferiva argomentare a mezzo di distinzioni tra il momento *in fieri* e quello *in facto*, già il codice pio-benedettino ai canoni 1012 e 1013⁴⁶ (pur preferendo applicare il detto di Giavoleno sulla pericolosità della definizione giuridica⁴⁷ e lasciando all'interprete il ruolo di ricavare la definizione dal disposto codiciale) dettava una serie talmente precisa di elementi, che di fatto veniva impedita qualsiasi deviazione ermeneutica dal solco tracciato dal legislatore. In tal guisa si consentiva al Gasparri⁴⁸ di rispondere al quesito « *quod sit matrimonium* » con la locuzione « *contractus iuri divino et canonico conformis, inter marem et foeminam, individuum vitae consuetudinem afferens, a Christo Domino ad dignitatem veri ac proprie dicti Sacramenti Novae Legis evectus* ».

Più audace ancora la vigente codificazione canonica (il cui can. 1055 qualifica normativamente il matrimonio come « *foedus, quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum [...]* ») che, sulla scorta degli approfondimenti compiuti dal Concilio Vaticano II⁴⁹, ha dunque stabilito un *minimum* oggettivo,

definizione del matrimonio. Sul punto ci si soffermerà diffusamente nei capitoli dedicati all'introduzione in Italia del matrimonio civile.

43 D.23,2,1: « *Nuptiae sunt coniunctio maris et foeminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.* »

44 Basti richiamare le fonti citate alla nota 1, in particolare la Decretale di Innocenzo III che, rispondendo al Vescovo di Arles in merito alla capacità di contrarre del sordomuto, sanciva che « *quicumque non prohibetur, per consequentiam admittatur.* » C. 23, X, 4, 1.

45 F.X. WERNZ, *Ius canonicum*, V, Roma, 1928, pag.16. «21. *Definitio. Matrimonium consideratur aut ut actus transiens (in fieri, active, causaliter) sive ut contractus, quo initur et constituitur societas maritalis sive coniugalis, aut ut stabilis coniunctio sive societas coniugalis (vinculum vel status matrimonii, in facto esse, passive formaliter), quae effectus productus a contractu coniugali, tamquam a causa efficiente. Si matrimonium in fieri spectetur, definiri potest: contractus legitimus et individuus maris atque foeminae ad generandam et educandam prolem. Cui definitioni si addas: Gratiae spiritualis collativus, habes etiam notionem sacramenti matrimonii. Vicissim matrimonium, si usu communi et etiam theologis et canonistis proprio sumatur pro vinculo vel societate permanente, definitur: Coniunctio legitima et individua maris atque foeminae ad generandam et educandam prolem, vel brevius: Maris et foeminae individua societas coniugalis sive maritalis. Tertia quaedam definitio iuris Romani praesertim in Ecclesia orientali praecepta "nuptiae sunt coniunctio maris et foeminae et consortium omnis vitae divini et humani iuris communicatio" quoad substantiam convenit cum secunda et solummodo partes integrantes individuae vitae consuetudinis, quae opponitur divortio, magis enuntiat.* »

46 Definendolo come contratto (tra battezzati Sacramento) ed elencandone i fini (primari e secondari) nonchè le proprietà essenziali, poteva essere sufficiente una semplice "addizione" dei caratteri per ottenere la definizione.

47 V. D.50.17.202.

48 P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, I, Città del Vaticano, 1932, pag. 37.

49 In particolare GS, 48, DH, 5, AA, 11.

applicabile tendenzialmente ovunque⁵⁰.

Dalle normative vigenti è quindi ricavabile una prima sostanziale antinomia: di fronte ad un diritto ecclesiale che non teme più di dare una definizione *scripta et stricta*⁵¹ all'istituto, si pone un diritto secolare⁵² che ancora oggi lascia la porta aperta alle elaborazioni della dottrina (e soprattutto della giurisprudenza) sul punto; in questo senso il presente studio trova una propria *ratio* giustificativa, avendo come scopo quello di delineare il percorso storico che, almeno in Italia, ha portato all'attuale divergenza, oltre che a riscontrare se e come possano esservi possibilità di convivenza tra due concetti ormai affatto estranei.

L'assenza di definizione, nell'ordinamento civile, ha favorito il dibattito in merito tanto alla sussunzione dell'istituto all'interno di una specifica categoria di istituto giuridico, quanto all'essenza propriamente detta dello stesso.

Unico punto che può dirsi pacificamente risolto è quello relativo alla sua ascrivibilità nel campo del diritto privato, essendo ormai radicalmente superata quella corrente dottrinale che, nel primo XX secolo e con capofila il Cicu⁵³, riteneva che lo stesso andasse qualificato siccome istituto di diritto pubblico, in quanto «è lo Stato che unisce in matrimonio», imponendo l'assunzione dell'interesse familiare ad interesse statale sulla base di un'asserita intraneità del primo rispetto al secondo. Tale ricostruzione, ai confini della statolatria⁵⁴, trovava origine nella volontà dei suoi propugnatori di opporsi «alla concezione canonistica del diritto matrimoniale, considerato su base contrattuale»⁵⁵, giungendo però all'estremo opposto di collocarsi quale contraltare tardivo di coloro che, all'epoca del Concilio tridentino, ritenevano il sacerdote ministro del Sacramento.

Se dunque, sul terreno secolare, è da escludersi qualsivoglia afferenza dell'istituto matrimoniale alla sfera pubblicistica, ne discende giocoforza la sua ascrizione alla categoria privatistica. Sono perciò i nubenti, tramite un atto di autonomia privata, a realizzare il negozio per mezzo del mutuo libero consenso (art. 16 co. 2 d.d.U.), limitandosi l'ordinamento giuridico a raccogliarlo per mezzo del soggetto rappresentante

50 E perciò idoneo a favorire la distinzione tra un matrimonio c.d. legittimo e un mero concubinato. Cfr. inoltre il can. 776 §1 c.c.e.o. ai sensi del quale «l'alleanza matrimoniale, fondata dal Creatore e dotata di sue leggi, in virtù della quale l'uomo e la donna con irrevocabile consenso personale costituiscono tra loro il consorzio di tutta la vita, è ordinata per sua indole naturale al bene dei coniugi e alla generazione ed educazione dei figli.»

51 «*Paucissimi omnino*» furono i consultori che si opposero, in nome della *regula juris* citata, all'introduzione di detta definizione. V. sul punto *Communicationes* (IX), 1977, pag. 122.

52 D'ora innanzi e salva espressa indicazione contraria, parlando di "diritto statale" si farà riferimento a quello italiano, atteso il carattere "topico" del presente studio. Qui si è fatto riferimento al diritto "secolare" volendosi ricomprendere in esso anche gli ordinamenti sovranazionali.

53 V. A. CICU, *Matrimonio e principi generali di diritto familiare*, Macerata, 1912.

54 Giustamente A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, cit., pag. 42, rileva che «l'eticità dello stato opera qui nel solo ambito legislativo, dando la disciplina del rapporto – come segue precisamente nella sfera del diritto privato-, non invece con lo scorgere in ogni singolo rapporto una realizzazione di fini statali, e quindi un riflesso diretto della eticità statale, e col manifestare un giudizio ed una volontà di fronte ai singoli rapporti, com'è la regola per i rapporti di diritto pubblico.»

55 A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, cit., pag. 38 ss.

la pubblica potestà, il quale «non esercita neppure quel minimo di apprezzamento che esercita il notaio allorché considera se un atto, la cui stipulazione gli venga richiesta, sia contrario all'ordine pubblico o al buon costume, onde rifiutarsi di redigerlo⁵⁶.» Ecco dunque che la sua natura negoziale si rivela nel «solenne atto di impegno della persona, come tale rilevante per l'ordinamento giuridico»⁵⁷, il quale ne determina la natura negoziale a forma vincolata con assunzione da parte dei nubenti de «l'impegno di stabile convivenza e reciproco aiuto come marito e moglie⁵⁸.»

Elemento determinante è quindi, anche a livello secolare, il "libero consenso", che ha trovato tutela, come si accennava poco sopra, financo a livello di dichiarazione dei diritti umani, ciò in contrasto con la corrente rigorista, di origine protestante⁵⁹ e spesso mutuata, seppur con temperamenti, dai codici ottocenteschi. Da qui dunque si comprende l'importanza dello studio della storia del diritto matrimoniale, secondo il metodo del diritto ecclesiastico moderno: se infatti il consenso matrimoniale libero è un diritto subiettivo connaturato alla persona umana, *in utroque jure*, appare utile approfondirne le origini e il percorso che l'ha condotto, in Italia come nel mondo, ad essere elevato a diritto dell'Uomo, nonché l'essenziale contributo offerto dal diritto canonico sul tema.

II- *La Chiesa come ordinamento giuridico e conseguente rilevanza costituzionale del matrimonio.*

Si è sopra accennato alla qualificazione della Chiesa come "ordinamento giuridico primario", un concetto su cui al giorno d'oggi si tende a sorvolare, quasi si trattasse di qualcosa di scontato, anche in forza del dettato costituzionale (art. 7) facente riferimento all'indipendenza e sovranità della stessa "nel proprio ordine".

Che tale qualifica sia tutto fuorchè scontata, con pregnanti conseguenze anche in merito alla "giuridicità" della scienza canonica, è attestato non solo da alcune pronunce della giurisprudenza statale⁶⁰ ma anche dal dibattito tra i canonisti, una parte dei quali ritiene che il diritto canonico debba essere approcciato non giuridicamente ma come «disciplina teologica con metodo teologico⁶¹», offrendo il fianco tanto agli antiggiuridisti

56 *Ibidem*.

57 C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia e le successioni*, Milano, 2005, pag. 40

58 *Ibidem*, pag. 37.

59 Ad esempio Lutero, nel suo *Von ehelichen leben* del 1526, faceva discendere dalla copula carnale una presunzione *iuris et de iure* di consenso, potendo però il padre della donna opporsi ed esigere dallo "sposo" una somma di danaro. In caso invece di due *sponsalia* clandestini, sempre il padre della sposa poteva scegliere di confermare (costitutivamente!) quello di propria preferenza. Cfr. P. BELS, *Le mariage des protestants français*, Paris, 1968.

60 Ad es. SS.UU. 17 luglio 2014, n° 16379 con la quale la composizione più autorevole della S.C. italiana ha ritenuto non delibabili le sentenze ecclesiastiche di nullità, non congiuntamente presentate alla Corte d'Appello, qualora all'insorgere del vincolo putativo fosse seguita una convivenza triennale. Tralasciando le numerose critiche cui la sentenza si offre, in questa sede è appena il caso di rilevare come dalla lettura della parte motiva emerga un malcelato disinteresse per la normativa canonica, quasi che la stessa dovesse considerarsi come un diritto minore rispetto a quello statale.

61 E. CORECCO – L. GEROSA, *Il diritto...*, cit., pag. 58.

quanto agli epigoni della "geometria legale".

In risposta alle critiche dei primi, che prendono sostanzialmente le mosse dalla violenta contestazione del Sohm, il quale riteneva essere l'intero percorso della Chiesa visibile un tradimento del messaggio evangelico⁶², si può adottare un punto di vista che pone il magistero dell'ultimo Concilio in continuità con i precedenti e, per l'effetto, ritenere coniugabile la concezione della Chiesa come Popolo di Dio con la scuola romana "tradizionale" dello *jus publicum ecclesiasticum*. Quest'ultima, partendo dalla definizione bellarminiana⁶³, contenuta nel *de Ecclesia militanti* (3,2), della Chiesa come «comunità di tutti i fedeli, uniti dalla professione della medesima fede, dalla partecipazione ai medesimi Sacramenti, sotto l'autorità dei legittimi pastori, specialmente del Romano Pontefice, Vicario di Gesù Cristo in terra», aveva elaborato in riferimento alla medesima la categoria di *societas iuridice perfecta*, cioè «*ea quae bonum in suo ordine completum tamquam finem habens, ac media omnia ad illud consequendum iure possidens, in suo ordine sibi sufficiens et indipendens, id est plene autonoma*⁶⁴», avente il carattere di "sovranità" e la conseguente possibilità di trattare da pari a pari con le altre *societates* egualmente perfette. Tale carattere di sovranità, rivolto *ad extra*, si specificava *ad intra* in quello di *inaequalitas*, cioè disparità di diritti e doveri in capo ai soggetti componenti. Se, come vedremo, sul primo punto il Magistero conciliare si è limitato ad una migliore specificazione, sul secondo esso è intervenuto in maniera netta, superando l'assolutezza della dicotomia chierici-laici e non facendo più riferimento ad un'ineguaglianza ontologica tra essi, ma piuttosto ad una diversità vocazionale maturata in base al carisma individuale; il che trova un chiaro riscontro magisteriale in *LG* 32,2, ai sensi della quale il battesimo, di per sé solo determina la « comune dignità dei membri in forza della loro rigenerazione in Cristo », racchiusa nella nozione di "Popolo di Dio". Questa eguaglianza "nativa" dei fedeli non trasforma i canoni in un'inutile sovrastruttura ma anzi li rende vieppiù essenziali, in quanto la Chiesa ha necessità di una organizzazione giuridica, in mancanza della quale essa non riuscirebbe comprensibile⁶⁵, in quanto la «volontà fondazionale di Cristo è la norma fondamentale della produzione giuridica della Chiesa e della giuridicità di ciascuna delle sue norme, senza essere una norma estranea al diritto canonico, poichè il Diritto divino è Diritto della Chiesa in quanto la informa, costituisce e determina come società giuridica o, se si vuole, come ordinamento giuridico⁶⁶.»

Questa ricostruzione ha il pregio di essere assolutamente compatibile con la confutazione, offerta dalla canonistica laica, della negazione della giuridicità dell'ordinamento canonico formulata da parte degli epigoni della geometria legale, per i quali l'ordinamento giuridico altro non è che un "sistema di norme" [statali] o, per gli

62 *Amplius*, sul punto, cfr. M.C. RUSCAZIO, *Receptio legis. Sviluppo storico, profili ecclesiologici, realtà giuridica*, Napoli, 2011.

63 M. CASTELLANO – P. CIPROTTI, *Chiesa e stato*, in *Enciclopedia cattolica*, III, cit., pag. 1502, rilevavano che «la dottrina del Bellarmino non era in fondo che una più aggiornata esposizione della teoria medievale.»

64 A. OTTAVIANI, *Institutiones iuris publici ecclesiastici*, I, *Ecclesiae constitutio socialis et potestas*, 4, Città del Vaticano, 1958, pag. 47.

65 E. CORECCO – L. GEROSA, *Il diritto...*, cit., pag. 13.

66 A. DE LA HERA, *Introducción a la ciencia del derecho canonico*, Madrid, 1967, pag. 217.

istituzionalisti, un sistema politico istituzionalizzato che si serve del primo per conservare se stesso. A queste posizioni obietta acutamente Sandro Gherro⁶⁷, rilevando che «le norme non solo risultano correlate al perseguimento del fine che comunque giustifica l'istituzione, ma tale fine rendono anche identificabile ed autonomamente rilevante.» Se, come è noto, il fine dell'ordinamento ecclesiale è la *salus animarum*, si capisce che la Chiesa è posta «nella direttrice del suo atto fondazionale, cioè in *funzione di santità*, in sintonia con il *fine specifico della salvezza delle anime*.⁶⁸» Riacciacciandosi a ciò che si è ricordato poco sopra, in merito alla norma fondamentale, se questa consiste nella Volontà del Cristo, che ha operato e patito allo scopo di redimere l'umanità, cioè di condurla alla salvezza, si può ritenere, senza alterare il ragionamento, che è la salute dell'anima ad essere *Grundnorm*, in quanto l'opera del Messia è tesa a questo obiettivo. Nè osta a tale ricostruzione la spesso invocata natura misterica della Chiesa, più volte richiamata dalla costituzione dogmatica *Lumen gentium*, in quanto lo stesso Magistero specifica tale concetto nei termini di «comunità di fede, speranza e carità, organismo visibile attraverso il quale diffonde su tutti la verità e la grazia» (*LG*, 8). Ora in questa definizione si compendiano, contrariamente alle ricostruzioni figlie del luteranesimo, tanto l'elemento visibile quanto quello spirituale, «la società costituita di organi gerarchici e il corpo mistico di Cristo»: essi trovano infatti il loro punto di incontro nel sacerdozio, tanto comune quanto ordinato, il quale è manifestato per mezzo dei Sacramenti, segni visibili della carità di Cristo nei confronti dell'uomo degradato dal peccato e al medesimo tempo luogo privilegiato in cui proprio la Chiesa «che comprende nel suo seno i peccatori, santa insieme e sempre bisognosa di purificazione» manifesta la fede nell'onnipotenza di Cristo sommo sacerdote e la speranza che il pellegrinaggio terreno si concluda nella meta celeste.

Non deve dunque stupire che essi, in quanto *bona spiritualia Ecclesiae* (can. 213) siano suscettibili di regolamentazione giuridica e, conseguentemente, determinino doveri e diritti in capo al fedele. Nè ciò significa riprecipitarli nella "meschina" collocazione nella quale erano disciplinati sotto l'imperio del codice piobenedettino (libro III *de rebus*) ma anzi valorizzarne la rilevanza, in quanto gli stessi svolgono la funzione di «iniziare, confermare e manifestare la comunione ecclesiastica.» Poichè la comunione ecclesiastica altro non è che la specificazione del concetto di Popolo di Dio nei suoi rapporti *ad intra*, si nota immediatamente la continuità tra il concetto rilevato dalla *Lumen gentium* e la definizione bellarminiana di Chiesa. Essendo dunque gli stessi «i principali atti giuridico-costitutivi⁶⁹» dell'ordinamento ecclesiale si ricava l'essenziale rilievo che ne attesta il carattere costituzionale in quanto, «essendo azioni realizzate da alcuni uomini – come ministri di Cristo e della Chiesa – in favore di altri, inverano quel principio di alterità che è il presupposto dell'esistenza di un rapporto intersoggettivo di giustizia⁷⁰». Ecco dunque come il matrimonio, che per la dottrina cattolica è uno dei sette sacramenti istituiti da Cristo, assurge al rango di componente essenziale della

67 S. GHERRO, *Diritto canonico. Nozioni e riflessioni*, I, *Diritto costituzionale*, Padova, 2002, pag. 2 ss.

68 *Ibidem*, pag. 13.

69 E. CORECCO – L. GEROSA, *Il diritto...*, cit., pag. 103.

70 *Ibidem*.

comunione ecclesiastica (naturalmente accanto agli altri sei), assumendo una dimensione tutta particolare, forse non ancora definitivamente spiegata dal Magistero⁷¹ ma certa, che spiega il perchè la Chiesa non abbia mai rinunciato a rivendicarne la regolamentazione esclusiva nei confronti dei *christifideles*.⁷²

In questa sede sarà sufficiente rammentare come il farlo avrebbe costituito una deviazione dalla ragion d'essere dell'ordinamento, disgregativa del sistema: se, come si è cercato di dimostrare, quello canonico è un vero ordinamento giuridico avente scopo e fini propri, la rinuncia alla regolamentazione di una componente di rango costituzionale avrebbe necessariamente portato allo sfacelo dell'intero sistema, come se lo Stato delegasse ad una società per azioni la tutela giurisdizionale dei diritti o appaltasse il governo di una regione.

Se quanto affermato si può ritenere corretto in via generale, sarà naturalmente necessario distinguere le singole norme a secondo della loro essenzialità o ancillarità rispetto alla norma fondamentale, se cioè le stesse concorrano a determinarla o semplicemente siano tese all'effettività del precetto: così il Gherro⁷³ sottolinea «come, alcune volte, i principi del diritto matrimoniale siano una sorta di *dover essere* facente capo all'ordinamento che in essi ritrova la sua stessa ontologia. In altro ambito, invece, il diritto matrimoniale può assumere variabilità di contenuto tramite regole che, elettivamente, possono essere ricondotte nel novero delle disposizioni della costituzione formale o lasciate alla competenza del legislatore ordinario [...] giacchè alcune di esse vanno annoverate nell'ambito del *diritto divino*, altre in quello del *diritto ecclesiastico* », così come del resto è espressamente rilevato dal canone 1059 del vigente *codex* ai sensi del quale « *matrimonium catholicorum, etsi una tantum pars sit catholica, regitur iure non solum divino, sed etiam canonico, salva competentia civilis potestatis circa mere civile eiusdem matrimonii effectus.*⁷⁴»

Questa norma è dunque specificazione di quella precedente, più volte citata, in merito allo *jus connubii* e a partire da essa Alfonso de la Hera⁷⁵ ha potuto riassumere con precisione e puntualità la posizione che la Chiesa deve mantenere rispetto allo stato nella regolamentazione dell'istituto. Partendo dall'assunto per il quale è Dio l'autore del

71 Ad es. il celebre problema della famiglia siccome *ecclesia domestica*, che risulta ancora teologicamente e giuridicamente incerto. Se infatti la famiglia cristiana trova la sua genesi esclusivamente nel matrimonio, ci si interroga se la stessa sia *da sola* capace di diritti propri che vadano oltre alla titolarità di un particolare sepolcro o cimitero (can. 1241 §2). Ma se così dovesse essere l'interrogativo si sposterebbe su di una sua personalità giuridica autonoma, con conseguente ricognizione del governo sulla stessa la quale, a mio modesto parere, non potrebbe trovare la sua fonte che nel diritto divino positivo, con conseguente necessità di intervento a livello di magistero infallibile.

72 V. can. 1059.

73 S. GHERRO, *Diritto canonico. Nozioni e riflessioni*, II, *Diritto matrimoniale*, Padova, 2005, pag. 9.

74 J. HERVADA, *Commento al canone 1059*, in PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE, *Codice di diritto canonico e leggi complementari commentato*, Roma, 2015, pag. 698, rileva correttamente come «il disconoscimento dell'ordinamento canonico non costituisce una conseguenza necessaria dell'aconfessionalità dello Stato ma è piuttosto un corollario dell'agnosticismo dello Stato, che è a sua volta una forma di confessionalità: la confessionalità laicista.»

75 A. DE LA HERA, *Il diritto matrimoniale divino nel codex iuris canonici del 1983*, in S. GHERRO (a cura di), *Studi sulle fonti del diritto matrimoniale canonico*, Padova, 1988, pag. 87-130. In particolare v. Pag. 98.

matrimonio (GS, 48), da cui discende che «la normativa civile o religiosa sul matrimonio che contraddica le norme divine può anche essere umanamente efficace, ma è in realtà nulla davanti a Dio (e pertanto davanti alla Chiesa, che non la riconoscerà) e qualunque matrimonio contratto secondo tale normativa non è un vero matrimonio davanti a Dio (né davanti alla Chiesa)», il canonista madrilenò rileva che «ci sono dunque tre matrimoni. Il naturale è creato da Dio ed è regolato dal Diritto naturale: chi viòla il diritto naturale non *contrae* matrimonio, poichè il matrimonio naturale è l'unico esistente sul quale si basano le sovrastrutture degli altri due tipi di matrimonio, il canonico (per i battezzati) e tutte le altre forme matrimoniali possibili, confessionali o civili (per i non battezzati). Potremmo perciò meglio dire che esiste un solo matrimonio, quello naturale», specificato in alcuni punti dal diritto divino positivo e da quello meramente ecclesiastico, i quali consentono di «comporre il matrimonio canonico. »

Da questi, necessariamente brevi, rilievi emerge dunque una seconda antinomia tra la disciplina statale e quella canonica, dopo la prima inerente alla definizione normativa dell'istituto: se per il diritto civile esso è un atto di autonomia privata, con rilevanza pubblicistica secondaria inerente principalmente al diritto della famiglia, cioè a qualcosa che è divenuto ormai altro⁷⁶ rispetto alla dimensione *in facto* del matrimonio, nel diritto canonico esso sfugge a queste categorie, dovendo piuttosto qualificarsi siccome un istituto di rilevanza costituzionale materiale, in quanto «*inter baptizatos nequit matrimonialis contractus validus consistere quin sit eo ipso sacramento*» (can. 1055 § 2) e per l'effetto ogni matrimonio cristiano concorre, in virtù di questa sua natura normativamente riconosciuta, ad inverare quel principio di alterità che è il presupposto dell'esistenza di un rapporto intersoggettivo di giustizia, necessario per il raggiungimento del fine ultimo dell'Ordinamento. Dunque tale rapporto intersoggettivo contribuisce all'edificazione della Chiesa come *communio*, permettendo di comprendere che «la Iglesia no puede abandonar la institución matrimonial cristiana en manos del Estado, cual si fuese uno más de tantos contratos profanos que abundan en la vida humana. Pero, reconoce, al mismo tiempo, la parte que en el matrimonio corresponde a la autoridad civil; se muestra propicia a acomodar su Legislación matrimonial a las exigencias de la utilidad común de los diversos Estados, y desea y procura una feliz armonía con las ordenaciones civiles⁷⁷. »

III - *Il diritto del fedele cattolico al matrimonio canonico come estrinsecazione della sua libertà religiosa.*

Rilevata così la rilevanza costituzionale dell'istituto matrimoniale all'interno dell'ordinamento canonico, non può che discenderne la afferenza del medesimo alla categoria di quei diritti che debbono essere garantiti dalla *res publica* in quanto

76 A dimostrazione sarà sufficiente ricordare la recente riforma della filiazione, la quale parificando ed "apparentando" figli nati all'interno e fuori dal matrimonio ha sostanzialmente demolito la corrispondenza tra matrimonio-rapporto e famiglia nucleare.

77 M. GERPE GERPE, *La potestad del Estado en el matrimonio de cristianos y la noción contrato-sacramento*, Madrid, 1970.

espressivi della libertà religiosa del soggetto, cioè nella necessità giuridica «che tutti gli uomini debbano essere immuni dalla coercizione da parte sia dei singoli individui, sia di gruppi sociali e di qualsivoglia potestà umana, e in modo tale, che in materia religiosa nessuno sia forzato ad agire contro la sua coscienza né sia impedito, entro debiti limiti, ad agire in conformità ad essa privatamente e pubblicamente, da solo o associato ad altri» (DH, 2).

Nell'ordinamento canonico già vigeva, sin dai tempi più antichi, il principio per il quale non era lecito obbligare alcuno ad abbracciare la fede cattolica contro la propria volontà⁷⁸ (can. 1351 *vet. cod.* e 749 c.i.c.) il quale, pur da non confondersi con il principio espresso nella dichiarazione citata, ne costituisce certo presupposto. Che quella conciliare non sia una vaga enunciazione di principi e che la legge ecclesiastica abbia recepito il magistero della dichiarazione *Dignitatis Humanae*, è dimostrato ad esempio nel canone 586 *c.c.e.o.*, il quale chiaramente sancisce che «*omnes vero christifideles curent, ut vindicetur ius ad libertatem religiosam, ne quis iniquis vexationibus ab Ecclesia deterreatur.*»

Se dunque la Chiesa condivide con l'ordinamento statale un principio fondamentale, appare corretto il rilievo di Francesco Coccopalmerio⁷⁹, in base al quale «la Chiesa ha una propria sovranità nell'ordine spirituale, che le deriva dal mandato del suo Fondatore e che incide nel rapporto tra l'uomo e Dio. Ma questo rapporto ha anche concrete ricadute nella vita dei fedeli e dell'intera comunità ecclesiale, in quanto ispira – e talora prescrive, conformemente al diritto divino – determinate scelte di carattere personale e sociale, nelle quali si esprime la fede dei credenti e, in quanto cittadini, il loro diritto alla libertà religiosa, che lo Stato è tenuto a rispettare. Diritto fondamentale che ha per oggetto non soltanto i comportamenti attreaverso i quali i fedeli liberamente aderiscono ai dettami della loro fede, ma prima ancora la trasmissione dei suoi contenuti.»

Dunque, per il principio di reciprocità, l'esazione da parte dello Stato della potestà assoluta in materia matrimoniale, sarebbe profondamente, almeno nei confronti del fedele cattolico, in contraddizione tanto con la pretesa "laicità" dell'ordinamento quanto con il principio pluralista, essenziale alla democrazia moderna: se questa concezione illuministica dovesse ritornare imperante, ostacolerebbe nei fatti da un lato l'apporto del singolo *civis ac christifidelis* ad un ordinamento "altro" rispetto a quello nazionale, dall'altro il riconoscimento di questa alterità sulla base di argomentazioni che poco hanno di giuridico e molto di aprioristico.

Sotto il primo profilo è infatti da rilevarsi come per il Vaticano II il popolo cristiano sia per sua natura sacerdotale, notando come «i fedeli esercitano il loro sacerdozio nel ricevere i sacramenti» (LG 10) e, più nello specifico «i coniugi cristiani, col sacramento del matrimonio significano e partecipano il mistero di unità e di amore fecondo che unisce Cristo e la chiesa e si aiutano vicendevolmente a santificarsi mediante la vita coniugale, l'accettazione e l'educazione dei figli; essi possiedono così nel loro stato di vita e nel loro ordine, il proprio dono di grazia in mezzo al popolo di Dio», perciò tramite il

78 Si vedano D. 74, 3 e 5, nonché X, 5,6,9.

79 F. COCCOPALMERIO, *Libertà di magistero e matrimonio*, in A. PEREGO (a cura di), *La chiesa cattolica: la questione della sovranità*, Milano, 2015, pag. 104

matrimonio essi svolgono una funzione che è *intrinsecamente religiosa* e, di conseguenza, oggetto della sovranità della Chiesa nel proprio ordine.

Che poi questa afferenza dell'istituto matrimoniale *inter baptizatos* alla sfera religiosa non leda in alcun modo il diritto dello Stato ad una regolamentazione degli effetti civili del vincolo è evidenziato da non pochi fattori: innanzitutto il diritto privato conosce strumenti patrimoniali e negoziali idonei a garantire l'adempimento delle obbligazioni strettamente civili, anche per i conviventi, nè esso è più essenziale alla costituzione di una famiglia civilmente intesa, alla luce anche della recente riforma che ha definitivamente parificato i figli nati in costanza di matrimonio⁸⁰. Dunque, se a ben vedere, nessuna difficoltà dovrebbe sussistere per lo Stato nel continuare a riconoscere *una* competenza ecclesiastica concorrente circa il matrimonio dei fedeli, resta da interrogarsi se e come sia conciliabile *la* potestà esclusiva della Chiesa sul matrimonio con la sovranità dello Stato, senza ridurla ad una mera enunciazione di principi e, al contempo senza menomare la seconda.

Da parte ecclesiastica si è affermato che «todo se reduce a ejercitar la libertad civil con consciencia cristiana, que ha de saber distinguir siempre entro lo lícito civil y lo lícito moral⁸¹», occorrendo all'uopo distinguere il caso in cui una determinata norma civile presenti una discrepanza rispetto alle corrispondenti norme morali che possa stimarsi siccome accettabile. «En entonces, cuando conviene distinguir los variados supuestos sociológicos, para valorar adecuadamente las características de cada uno de los pueblos donde de hecho se plantea nuestro problema.⁸²» Il che chiama in causa la particolare elasticità dell'approccio cattolico alle problematiche giuridiche, che «exige acomodar el régimen civil matrimonial, como en general todo el ordenamiento secular a lo que el bien común temporal demande en las circunstancias concretas de la sociedad de que se trate⁸³», permettendo di considerare come corretta divergenza dalla legge morale ciò che in altre legislazioni sarebbe inaccettabile per contraddizione con il bene comune secolare. Ecco dunque come il contributo cattolico all'elaborazione o riforma delle leggi civili in materia matrimoniale si sostanzierà nell' «exigir que estas leyes se inspiren y se pongan al servicio del bien común temporal, reclamando, en cualquier caso, contra aquellas que impidan el cumplimiento personal de las normas morales.⁸⁴» Dunque la Chiesa, sembra arrestarsi spesso prima della meta, in nome del fine suo proprio, limitandosi ad esercitare un' attività legata al ministero della Parola, circa la legislazione in materia matrimoniale. Questa predicazione si colloca, senza esaurirla, in quella *libertas Ecclesiae* «necessaria per provvedere alla salvezza degli esseri umani» (*DH*, 13), ma non di rado è stata stessa generatrice di conflitti, anche aspri, con l'autorità secolare che in essa intravedeva indebite intrusioni nel proprio "ordine". Tuttavia è stato dimostrato, attraverso l'art. 34 dei Patti lateranensi e l'art. 8 dell'Accordo di Modificazione ai primi, che un accomodamento soddisfattivo sul punto era

80 D. Lgs. 28 dicembre 2013, n° 154.

81 M. GERPE GERPE, *La potestad...*, cit., pag. 187.

82 *Ibidem*.

83 *Ibidem*.

84 *Ibidem*.

possibile, laddove vi fosse una volontà "politica" di realizzarlo. L'attuale svuotamento delle norme concordatarie in materia matrimoniale⁸⁵, che ha ridotto il matrimonio canonico munito di effetti civili ad un vincolo civile celebrato da un sostituto del sindaco⁸⁶, è frutto della completa "deinternazionalizzazione" dei Patti, secondo una "statalizzazione" degli stessi comportante il rifiuto del principio della "Chiesa-ordinamento", in nome di una più comoda equivalenza "Chiesa-Santa Sede" (che *vulgo* diventa "Chiesa-Stato Città del Vaticano").

I primi artefici di siffatta alterazione sono individuabili in quei giuristi che ritengano di dovere approcciare la dimensione della categoria della "libertà religiosa" a partire da un criterio strettamente normativistico, legato alla concezione atomistica della personalità di origine kelseniana. In questo caso l'approccio al problema si ridurrebbe, per l'Italia, ad una interpretazione degli artt. 7 e 8 della Costituzione, basata su di un assunto (corretto a livello di teoria generale ma forse troppo aprioristico) che ponga la "competenza delle competenze" circa qualsiasi materia mista in capo allo Stato, attesa la sua natura sovrana territoriale.

Tuttavia, come ricordava Manlio Miele in sede di convegno celebrativo per il decennale del dottorato in giurisprudenza patavino, un approccio del genere appare definitivamente superato dalla storia, alla luce della varietà di problematiche che si presentano all'ecclesiasticista contemporaneo, cui deve aggiungersi il dato, meramente empirico, rappresentato dalle importanti cessioni di sovranità operate nel corso degli anni in altri settori, le quali non hanno sollevato dibattiti di sorta nè a livello politico nè, tanto meno, a livello giuridico. Se infatti i trattati comunitari (art. 17 TFUE) lasciano al diritto nazionale la regolamentazione dei rapporti con le confessioni religiose, ne discende che, sul punto, la prevalenza spetti ancora alle disposizioni costituzionali interpretate alla luce degli obblighi assunti in sede di diritto internazionale particolare dalla stessa carta richiamati espressamente.

Così, per rispondere all'interrogativo circa l'esistenza di un diritto del cattolico al matrimonio canonico, inteso come espressione della libertà religiosa del soggetto, occorrerà abbandonare un'analisi del problema che muova semplicemente dalla regolamentazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa, come se questa fosse rappresentata solo dalla gerarchia anzichè dall'intero Popolo di Dio, partendo invece da quel principio personalista che informa dalle radici la Carta costituzionale e quindi, *omissis mediis*, dall'art. 19 di essa, laddove viene fatto riferimento alla professione della fede religiosa: tale concetto non può essere limitato alla semplice confessione della stessa (cioè al propugnarne l'appartenenza senza subire alcuna *deminutio capitis*) bensì deve

85 Detto processo prese le mosse dalla legge 898/1970 in materia di divorzio. In un primo periodo, sostanzialmente ricompreso tra la legge citata e l'accordo di modificazioni al Concordato lateranense del 1984, detta opera vide come protagonista la Corte costituzionale, con le celebri sentenze 30,31,32 del 1971, 175/1973, 1/1977 e, soprattutto, 18/1982. Successivamente al 19 febbraio 1984 fu la Giurisprudenza della Corte di Cassazione ad assumere un ruolo principale, con numerose pronunce in tema di riserva di giurisdizione e di delibazione delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali.

86 J. HERVADA, *Commento al canone 1059*, cit., nota vedendomi concorde, che «una corretta tecnica giuridica esige che l'ordinamento statale sia disposto a riconoscere il matrimonio canonico, non come mera forma per contrarre il vincolo, ma come istema matrimoniale dotato di forza propria.»

essere inteso siccome ricomprensivo del diritto essenziale dell'uomo (rappresentato dal pronome "tutti") di potere adempiere ai propri "doveri" di natura religiosa⁸⁷ tra i quali, per i cattolici, va certamente ricompreso quello di celebrare i sacramenti e riconoscere la potestà della Chiesa in materia, più volte ribadita dal Magistero e dal legislatore canonico anche in tempi recenti⁸⁸. In questo senso si poneva già il pensiero di un grande Maestro come Guido Saraceni quando, in un suo celebre scritto, affermava che «la libertà religiosa, per quanto di natura personalissima, esprime normalmente adesione ad una istituzione⁸⁹»: ma come abbiamo visto poco sopra il Magistero del Concilio Vaticano II ha fatto emergere con migliore chiarezza come l'istituzione rappresentata dalla Chiesa cattolica non sia rappresentata dalla sola gerarchia ma coincida con il Popolo di Dio, unito nella partecipazione al sacerdozio regale di Cristo e, perciò, menomare il fedele della forse più importante espressione del "sacerdozio comune" sarebbe un'abusiva intrusione *in sacris* da parte di quella civile potestà che ha riconosciuto la sovranità della Chiesa nel proprio ordine quale "principio fondamentale".

Nè si può ritenere, come sembra essere sentire diffuso⁹⁰, che una simile posizione possa costituire illegittimo privilegio per la confessione cattolica: innanzitutto perchè questa è l'unica ad essere *ontologicamente* costituita in ordinamento giuridico, cioè *plene autonoma*: di ciò il costituente si è limitato a prendere atto, con una buona dose di preveggenza, essendo (almeno fino ad oggi) esperienza *storica* il fallimento di tutte le ideologie secolari che hanno provato a rifiutare aprioristicamente tale realtà. Inoltre non può essere dimenticato come la laicità dello stato non debba necessariamente configurarsi in un suo agnosticismo: tale nozione deve essere infatti necessariamente intesa, con corte cost. 203/1989, non come «indifferenza di fronte alle religioni», bensì in funzione di garanzia «per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale.»

Il principio supremo di laicità *dello Stato* è dunque indisponibile al legislatore non *ex se*, ma in quanto corollario necessario del vero diritto fondamentale *dell'individuo* alla libertà religiosa. Quest'ultimo potrebbe anche non essere oggetto di una disposizione espressa della costituzione formale, avendo comunque vigenza, in quanto preesistente alla stessa Carta fondamentale ed insito nel sistema democratico con il quale l'Assemblea del 1946-1947 venne eletta. Non appare così privo di ragione sposare l'asserzione per la quale «lo Stato democratico è laico per la sua non identificazione con

87 Tali "doveri" potranno solo essere residualmente contrari ai principi fondamentali dell'ordinamento: si pensi ad esempio al noto problema della poligamia islamica o di alcune frange estreme discendenti dalla Chiesa di Gesù Cristo dei santi degli ultimi giorni (c.d. "Mormoni"), le quali non costituiscono un dovere, bensì una facoltà concessa dall'ordinamento confessionale.

88 Ferma la natura sacramentale del vincolo matrimoniale, ribadita dommaticamente dal Concilio di Trento, viene qui in gioco anche il "religioso ossequio dell'intelletto e della volontà" che i fedeli debbono alla dottrina circa la fede e i costumi enunciata dal Pontefice e dal Collegio Episcopale *uno cum capite suo*, tramite il loro "magistero ordinario".

89 G. SARACENI, *Libertà religiosa e rilevanza civile dell'ordinamento canonico*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1954,I, pag. 196 ss.

90 Si veda l'interessante testo di M.CROCE, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, Pisa, 2012 il quale, cercando di approcciare il problema della libertà religiosa in guisa "strettamente costituzionalistica", pone un'eccellente riassunto delle varie posizioni sul punto.

qualsivoglia "visione del mondo", ma non è affatto "neutrale" nei confronti dei suoi valori fondanti⁹¹.»

Se tra detti valori fondanti è presente il principio pluralista, si può ritenere che il vincolo matrimoniale canonico, con le sue regole formali e sostanziali, sia assolutamente compatibile con il sistema italiano e, per l'effetto, tutelabile giuridicamente nei suoi effetti civili avanti ai tribunali dello stato siccome formazione sociale avente rilevanza *ex art. 2 cost.*, venuta ad esistenza per mezzo di un atto espressivo della libertà religiosa individuale tutelata dall' *art. 19 cost.* Questa tutela giurisdizionale (che svincolata dallo strumento concordatario potrebbe sconfinare nell'arbitrio) dovrebbe essere, alla luce dell'*art. 7 cost.*, opportunamente limitata da norme di diritto internazionale particolare le quali, in quanto formatesi in un ordinamento terzo, sono le più idonee al contemperamento degli interessi in gioco.

Sul punto il principio personalista, che permea la Carta fondamentale, non sembra essere stato pienamente valorizzato negli ultimi trent'anni: la Chiesa ha infatti abbandonato quel principio discendente dalla teorizzazione della *potestas Ecclesiae indirecta in temporalibus* secondo il quale il Concordato costituiva un "male minore" per la tutela degli interessi dei *christifideles*, valutando la sottoscrizione dello stesso in termini di convenienza rispetto alla propria libertà. Da parte statale, invece, sembra assistersi ad una nuova riespansione della potestà sovrana, che talvolta sembra assumere contorni neoseparatisti, tesi a trasformare la Legge fondamentale in un "abito di arlecchino" composto di "disposizioni meramente programmatiche", disposizioni obsolete, disposizioni interpretabili *contra verba*, tenendo in scarsa o nulla considerazione la volontà del Costituente o, peggio, tentandosi surrettiziamente di "adeguarla" al tempo presente tramite una pericolosa "interpretazione evolutiva", affidata alle supreme magistrature in nome di una malintesa nomofilachia.

Sembrerebbe dunque che vi sia la volontà di distruggere unilateralmente l' edificio pattizio⁹² (tanto faticosamente costruito) in nome di architetture giuridiche astratte, che

91 A. SCOLA, *Una nuova laicità. Temi per una società plurale*, Venezia, 2007, pag. 20 ss., citato da U. DE SIERVO, *Ordinamento costituzionale italiano e sovranità della chiesa*, in A. PEREGO, *La chiesa cattolica...*, cit., pag. 61-62.

92 M. CROCE, *La libertà...*, cit., espone un interessante teoria, che vede nella libertà religiosa un concetto completamente sussumibile nella libertà di pensiero e associazione, a sua volta espressione dei principi supremi pluralista e di eguaglianza (*artt. 2 e 3 cost.*). Riallacciandosi alla celebre definizione di Ruffini, che la intendeva come « la facoltà spettante all'individuo di credere *a quello che più gli piace*, o di non credere, se più gli piace, a nulla», il desiderio espresso dall'autore è quello di giungere a «spazi interpretativi per considerare costituzionalmente doverosa la riconduzione al diritto comune della disciplina oggi vigente in relazione alla fenomenologia che sociologicamente è possibile identificare come religiosa, attraverso la riduzione degli ambiti di operatività degli *artt. 7 e 8 cost.* Alla possibile garanzia delle differenze e delle peculiarità che le formazioni sociali autoqualificatesi come religiose rivendichino come necessarie alla propria esistenza (e sempre che queste deroghe al diritto comune siano concedibili senza sacrificio di posizioni altrui). Appare dunque evidente come, giuridicamente, esista la possibilità, pure nel nostro ordinamento, di raggiungere una posizione separatista nei rapporti fra Stato e gruppi religiosi. La presenza di fonti bilaterali non è in sè decisiva per escludere la possibilità di un "separatismo a Costituzione invariata" se per separatismo, seguendo l'insegnamento di Francesco Onida, intendiamo un regime la cui essenza consiste nel tendenziale assoggettamento del fenomeno religioso al diritto comune, che però consente la presenza di una normativa speciale in misura

non tengono in giusto conto il dato storico/geografico e, per l'effetto, non sembrano attribuire rilievo alla «rinnovata delimitazione del concetto di *libertas Ecclesiae*, [che] definitivamente superando la logica del "separatismo", sembra collocare la *ratio* del sistema concordatario oltre ogni idea di reciprocità "concessioni" o di "riconoscimenti" per spazi autonomi o indipendenti di imperio; oltre ogni preoccupazione di acquisire garantismi o, all'opposto, di non cedere ambiti troppo estesi all'altrui "ordine" e, dunque, di non porre in pericolo l'incoercibile espansione dei rispettivi principi supremi⁹³».

IV- L'esperienza storica. Sua rilevanza.

La scelta di iniziare la trattazione di un argomento di simile portata a partire dal diritto vigente non è stata casuale. Già in sede di premessa si è voluto spiegare le ragioni per le quali la metodologia del diritto ecclesiastico è, per chi scrive, la più idonea ad aiutare il giurista a rispondere ai molti interrogativi contemporanei su un istituto che la carta costituzionale (art. 29) ancora oggi pone come fondamento della famiglia.

Occorre dunque muovere da lontano per comprendere le origini della disciplina odierna e, se si vuole, anche la difficoltà di collegamento tra l'evoluzione dell'istituto e la sua disciplina attuale. Tuttavia punti di contatto ve ne sono, e non pochi: Jean Gaudemet⁹⁴, nell'ormai lontano 1988, aveva tentato con successo, «di descrivere e tentare di spiegare i profondi cambiamenti che ha conosciuto il diritto della coppia e della famiglia in Europa occidentale negli ultimi due secoli, di dimostrare in cosa esso fu tributario delle dottrine e dei costumi ma anche di mettere in evidenza le direttive che tentò di dare. Per alcuni il legislatore ha sottoscritto una decadenza. Per altri fu troppo titubante.» Tuttavia, il grande storico e canonista si asteneva dal proporre delle conclusioni, in

quantitativamente e qualitativamente esigua. »

La completa astrattezza di una simile ricostruzione è di tutta evidenza: *in primis* non sembra tenere in giusto conto il dato costituzionale che ha evidentemente espresso, impregiudicata la libertà religiosa, un *favor* per lo strumento pattizio (di diritto internazionale per la chiesa cattolica, interno per le altre confessioni). Se infatti dev'essere tenuto come principio fondamentale la "libertà del popolo di mutare la costituzione ereditata dal passato" è altrettanto vero che questa più alta espressione di sovranità deve esprimersi "nelle forme e nei limiti della costituzione" (art. 1). Ora se la carta costituzionale prevede un rigido procedimento per la propria revisione non mi pare accettabile che lo stesso possa venire aggirato per mezzo dell'ermeneutica di organi giurisdizionali. *In secundis*, tentando di ricondurre al diritto comune la nozione di confessione religiosa, si pone necessariamente l'interrogativo circa la sua eventuale ascrivibilità alla categoria del diritto privato di "associazione": Tuttavia, nella suddetta, è opinione costante della giurisprudenza che la struttura associativa sia concepita in guisa da garantire la parità di diritti e doveri dei soci. Cfr. F. GALGANO, *Persone Giuridiche*, artt. 11-35 c.c., in *Commentario al Codice civile Scialoja e Branca*, Bologna, 2006, pag. 271 ss. Il che, a ben vedere, non è proprio di tutte le confessioni religiose. Sarebbero di dubbia legittimità clausole del contratto associativo che privassero determinate categorie di associati del diritto di voto in assemblea, che attribuissero ad alcuni un voto plurimo o che precludessero ad alcune categorie di associati l'elettorato passivo. *Ibidem*, pag. 274.

93 S. GHERRO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, I, *Nozioni storiche e parte generale*, Padova, 2005, pag. 183.

94 J. GAUDEMET, *Matrimonio e famiglia. Il diritto e i costumi dalla fine del XVIII secolo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, I, 1988. Traduzione propria.

quanto «tutte le ipotesi sul futuro sarebbero temerarie.»

Se ciò poteva dirsi ben valido nel 1988, oggi si può dire che il giurista abbia il dovere di inserirsi in un dibattito che da qualche tempo ha cessato di essere politico per divenire meramente ideologico, senza tenere in alcun conto il dato storico.

Si spiega così la volontà di tentare di proporre delle conclusioni che, al pari dell'introduzione, si riallaccino al diritto vigente: non certo perchè l'autore di queste note si senta più grande di Gaudemet, ma come conseguenza necessaria della natura di "tesi" che questo scritto vuole assumere. E se di tesi si tratta, anzi di "tesi in diritto ecclesiastico", inquadrata metodologicamente in premessa, si capisce come non ci si possa limitare ad una mera ricognizione di dati storici presi singolarmente ed avulsi dal percorso globale, ma anzi sia necessario interrogarsi sui rapporti tra l'ordinamento canonico e l'ordinamento statale, partendo proprio dalla maggiore e più importante delle materie miste: quella matrimoniale⁹⁵.

Si è cercato di rilevare come almeno tre tra diritti e principi fondamentali si incontrino sul punto: il diritto nativo dello *jus connubii*, la sovranità di Chiesa e Stato ciascuno nel proprio ordine, la libertà religiosa; di qui l'importanza di riconoscerne i germi nelle legislazioni del passato e, sul punto, l'esempio italiano è di primaria importanza.

Infatti se dal punto di vista ecclesiastico la penisola è di ovvia importanza per il semplice dato geografico di ospitare la Santa Sede, nel campo civile essa, a far data dalla discesa di Carlo VIII (1494), ha conosciuto una costante influenza delle grandi potenze (Spagna prima, Austria e Francia poi), le quali portavano con sé la propria tradizione giuridica e la gelosa custodia dei propri diritti rispetto ai tentativi di ingerenza di quella che era allora chiamata la "Corte romana", determinando lo sviluppo di una tradizione giurisdizionalistica diversa per i vari stati che raggiunse il culmine con le esperienze tanucciana, leopoldina e giuseppina. Altrettanto interessante è l'innestarsi su queste del separatismo liberale seminato dalla rivoluzione francese grazie alle baionette napoleoniche, e il conseguente fenomeno codificatorio che porterà alla nascita del matrimonio civile, non più quale sostituto del matrimonio religioso per i culti vietati (come nell'Olanda del 1580 e l'Inghilterra di Cromwell), bensì come unico e solo vincolo civilmente valido a prescindere dalla fede religiosa professata dai cittadini.

Si vedrà come il metodo principale per affermare la propria sovranità sull'istituto fosse la sua "formalizzazione". Ed è forse proprio questa la chiave di volta dell'intero problema: è possibile che nell'era del primato dell'individuo e della sua volontà un simile negozio abbisogni di una solennità o tale imposizione altro non è che la prova più evidente della sua intrinseca sacralità o proiezione in campo metafisico? Ecco dunque l'utilità della metodologia propria al diritto ecclesiastico: questa materia sempre un poco negletta, di cui molti bramano la soppressione onde contendersene le spoglie, ha ancora molto da dare in quest'epoca di transizione, potendo il costituzionalista, l'amministrativista, il privatista e financo il canonista "puro" offrire solo una panoramica parziale. D'altro canto non può nascondersi che la "simpatia" verso l'uno o l'altro approccio al diritto possa portare l'ecclesiasticista a vincolarsi eccessivamente

95 Non perchè altri argomenti (ad esempio il diritto patrimoniale ecclesiastico) siano meno importanti, quanto per la natura sacramentale che il vincolo ha *inter baptizatos*.

IL MATRIMONIO IN ITALIA

all'ideologia, riducendosi a semplice politico o, peggio, politicante. Il rischio è però scongiurato dal dato storico: esso non mente e certo giova all'individuazione di un' "ermeneutica della continuità" anche sui diritti fondamentali connessi all'istituto matrimoniale, favorendo un ragionamento coerente circa la loro attuale tutela nel nostro ordinamento.

PARTE I – LA CHIESA

CAPITOLO I

LE ORIGINI DELLA POTESTA' ECCLESIASTICA SUL MATRIMONIO

1 – Dall'età apostolica a quella costantiniana.

Per affrontare il complesso discorso relativo alla rivendicazione da parte ecclesiastica della potestà in materia matrimoniale non è possibile evitare di partire da lontano. L'assoluta continuità⁹⁶, che ha caratterizzato la chiesa cattolica dall'età apostolica in poi, ha determinato una sequenza di cause ed effetti che, a far data dall'atto fondazionale del Cristo, sono stati sì strettamente collegati da non potersi esporre l'uno senza dover necessariamente fare riferimento al precedente, a pena di una discontinuità logica, che farebbe apparire "scontati" elementi essenziali.

Non appare dunque fuori luogo cominciare questa trattazione dalla constatazione del Bucci⁹⁷, secondo la quale «è diffusa l'opinione che il Cristianesimo delle origini non formulasse appieno e in modo persuasivo un sistema concluso dell'istituto giuridico del matrimonio ed è altresì diffusa la convinzione che di ciò fossero consapevoli gli stessi Padri della Chiesa», conforme al maggioritario orientamento degli studiosi che vedrebbe solo dall'epoca di Alessandro III (1159-1181) un cambiamento del «contegnio della chiesa di fronte al matrimonio⁹⁸», per ragioni eminentemente politiche inerenti all'attuazione della riforma gregoriana.

In realtà sembra che l'argomento non sia sempre stato affrontato tenendo in giusto conto l'eredità giudaica del cristianesimo, rappresentata dalla Bibbia, testo che la critica giuridica anche per non sconfinare nell'esegesi sacra ha spesso ritenuto, se non prescindibile, quanto meno secondario rispetto alle compilazioni postclassiche di diritto civile. In realtà la questione è di non poco momento in quanto i «costumi matrimoniali dell'antico Israele [...] facevano parte del patrimonio ereditato dalla Chiesa primitiva, dove il matrimonio continuava ad essere regolato dalla legge ebraica⁹⁹». E' infatti il dato scritturistico (all'interno del quale pur se non frequenti, abbastanza numerose sono le descrizioni di riti nuziali¹⁰⁰) a dettare il fondamento della dottrina cristiana sul

96 Il concetto di "successione" apostolica è infatti essenziale per la stessa costituzione della Chiesa. A tacere della sua dommaticità, attestata nel Simbolo, e limitandoci ai semplici testi giuridici, basterà ricordare il vigente can. 330, ai sensi del quale «come, per volontà del Signore, San Pietro e gli altri Apostoli costituiscono un unico Collegio, per analoga ragione il Romano Pontefice, successore di Pietro, ed i Vescovi, successori degli Apostoli, sono tra di loro congiunti.» Cfr. *LG*, 22 e il n° 1 della *Nota explicativa praevia* alla citata costituzione dogmatica.

97 O. BUCCI, *Per la storia del matrimonio cristiano, fra eredità giuridica orientale e tradizione romanistica*, in AA. VV., *Il matrimonio nel codice dei canoni delle chiese orientali*, Città del Vaticano, 1994, pag. 7 ss.

98 E. FRIEDBERG – F. RUFFINI, *Trattato...*, cit, pag. 618.

99 G. KADZIOCH, *Il ministro del sacramento del matrimonio nella tradizione del diritto canonico latino e orientale*, Roma, 1997, pag. 9.

100 Ampiamente, sul punto, si veda P. DACQUINO, *Storia del matrimonio cristiano alla luce della Bibbia*, 1, *La celebrazione del matrimonio*, Torino, 1989. Tra i più celebri esempi sono quelli di Isacco e Rebecca (Gn 24) e Booz e Rut (Rt 2, 11-12), coppie che non a caso sono poste dagli evangelisti Matteo (Mt 1, 1-16) e Luca (Lc, 23-38) nella genealogia del Nazareno.

matrimonio (Gn 2,18 e 22-24), laddove esso è descritto come di istituzione divina allo scopo di «realizzare l'unione monogamica di due persone che saranno "una sola carne"¹⁰¹». Questa istituzione divina monogamica, dispensata per sclerocardia dalla legge mosaica ma già recuperata dagli usi ebraici dell'epoca di Gesù¹⁰², viene corroborata dalla restaurazione dell'indissolubilità operata dal Cristo, descritta con qualche differenza nei vangeli sinottici, e da quella celebre "dichiarazione di valore" rappresentata dal principio della vita pubblica del Redentore allo spotalizio, narrato da Giovanni, tenutosi in Cana di Galilea.

Su queste "regole generali" di diretta derivazione divina, si innesta la predicazione paolina, la quale riprende il messaggio evangelico, talvolta innovativamente. L'epistolario del discepolo di Gamaliele è infatti la porzione di Sacra Scrittura ove più di frequente si fa riferimento al vincolo nuziale, anche nella sua dignità, ed ove si rinviene il passo più discusso fino a tutt'oggi (Ef 5,25-32), con il quale l' Apostolo paragona l'unione degli sposi a quella di Cristo con la Chiesa, affermando che «questo mistero [gr. ΜΥΣΤΗΡΙΟΝ, lat. *Sacramentum*] è grande.»

Non può a questo punto prescindere dal rammentare come lo stesso Paolo fosse stato, anteriormente alla propria conversione, rappresentante emergente della corrente farisaica interna all'ebraismo, la quale propugnava una concezione totalizzante della religione che, secondo quella dottrina, non avrebbe dovuto ridursi alle pratiche liturgiche, ma informare la vita quotidiana. Ora, se il matrimonio rappresentava per l'ebreo un vero e proprio "dovere", in quanto costituiva «un accordo non soltanto tra gli sposi, ma tra le loro famiglie e parentele¹⁰³», e ricordando che «nella società dell'antico oriente, elemento base non era lo Stato in senso moderno, bensì la famiglia», si può ben ritenere che il ragionamento dell'Apostolo sul punto fosse determinato dal desiderio di santificare anche la vita quotidiana del singolo, regolamentando strettamente l'esercizio della sessualità. Infatti, «rifiutatosi ai richiami del messianismo politico di dipendenza vetero-testamentaria (volto a fare del popolo dei giusti, forte d'un'antica promessa, lo strumento e il beneficiario del "Regno di Dio in terra") il nuovo messaggio della Croce era venuto a predicare un messianismo tutto escatologico, tutto ultraterreno¹⁰⁴.» La sessualità umana, anche di fronte agli esempi di culti orgiastici allora diffusi¹⁰⁵, veniva quindi vista da Paolo come un "pericolo"¹⁰⁶ per colui che intrapendeva la strada verso la

101J. GAUDEMET, *Il matrimonio in occidente*, Torino, 1996, pag. 32.

102Ibidem, pag. 33.

103P. DACQUINO, *Storia del matrimonio...*, cit., pag. 43.

104P. BELLINI, *Sul processo di attrazione del matrimonio alla competenza istituzionale della chiesa*, in S. GHERRO (a cura di), *Studi sulle fonti del diritto...*, cit., pag. 37.

105Che il pericolo fosse tutt'altro che remoto è attestato dal libro dell'Apocalisse di San Giovanni, ove viene fatto riferimento alla setta dei nicolaiti (Apoc. 2, 6 e 16), «setta libertino-gnostica che infestava le comunità asiatiche di Efeso e Pergamo [...] che praticava la fornicazione e l'uso degli idolotiti. [...] A essa sembra dovuto, in parte, il rilassamento morale anche delle comunità di Sardi e Laodicea.» V. A. ROMEO, *Nicolaiti*, in *Enciclopedia cattolica*, VIII, Città del Vaticano, 1948-1954, pag. 1859.

106J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 32, rileva che «l'unione dei corpi [...] è uno dei temi principali delle lettere. Più spesso però è considerata sfavorevolmente, nell'ambito di una dottrina che privilegia la continenza. Ogni coniuge ha diritto sul corpo dell'altro, ma "è cosa buona per l'uomo non toccare donna" (1 Cor 7,1; cfr. 7,8). Una specie di ossessione dell'impurità sessuale spinge " a mantenere il

meta celeste, dovendosi conformare il proprio quotidiano al messaggio evangelico, attraverso un diretto collegamento all'imperativo veterotestamentario "*crescite et multiplicamini*".

Non c'è quindi una frattura totale tra l'economia dell'antico testamento e quella del nuovo, dovendosi piuttosto rilevare uno spostamento di baricentro: per il Bellini¹⁰⁷ «nella economia del vecchio Patto, la legge di promanazione celeste, volta al governo del popolo di Dio, era "legge civile" al tempo stesso che "legge religiosa". Essa era tipica espressione espressione di teocrazia totalizzante», tanto da poter affermare che la legge «attribuisse in effetti maggior peso alla ordinazione civile, che non a quella etica, dell'attività generativa¹⁰⁸» mentre, in quella del nuovo Testamento, la dimensione spirituale prende il sopravvento su quella civile (*quod Caesaris Caesari, quae Dei Deo*), ponendosi la sessualità come questione morale e non sociale. Ma se di questione morale si trattava è ovvio che essa avesse diretta rilevanza anche a livello sociale, non solo nella dimensione meramente interna dei rapporti tra *Christifideles*, ma anche a livello esterno nelle relazioni con i pagani (si pensi al c.d. "privilegio paolino"). Ecco dunque che, conformemente all'auspicio di *omnia recapitulare in Christo*, è sostanzialmente già realizzata in era apostolica un'embrionale avocazione della materia matrimoniale alla disciplina ecclesiastica, non inficiata sotto nessun profilo dall'elemento, meramente accidentale, inerente all'assenza di una forma canonica per la celebrazione¹⁰⁹. Sembra dunque essere in errore chi ha affermato che l'ampio spazio lasciato alla disciplina topica fosse sintomatico di una «consapevole volontà da parte dell'originaria Chiesa cristiana di non volere dar vita ad una propria formulazione del matrimonio¹¹⁰», dovendosi piuttosto ritenere che, per la intrinseca novità del messaggio cristiano, si fosse piuttosto in presenza di «una situazione di impossibilità della Chiesa delle origini (o meglio: dei Padri della Chiesa e poi dei legislatori conciliari) non già di definire il rapporto giuridico matrimoniale ma di far accettare questa definizione alla società civile.»

Non bisogna infatti dimenticare come la Chiesa si diffondesse in un mondo che, senza tener conto delle peculiarità ebraiche, era sì romanizzato quanto al reggimento politico ma ancora carico di grandi differenze tra i *mores* di un Occidente nel quale, sul ceppo celtibero, si era affermato il diritto romano, ed un Oriente massicciamente ellenizzato, nel quale erano gli stessi romani a rischiare di assorbire pratiche levantine. Quando la Chiesa ebbe chiara consapevolezza della propria autonomia rispetto al giudaismo, sostanzialmente dopo il "Concilio" di Gerusalemme e l'abbandono della pratica della circoncisione, sancendo l'eguaglianza tra i convertiti pagani e i cristiani ebrei, la

proprio corpo con santità e rispetto (1Ts 4,4)" e a "mortificare quella parte che appartiene alla terra" (Col 3,5).»

107P. BELLINI, *Sul processo...*, cit., pag. 43

108 *Ibidem*

109 *Sanctiones et decreta*, c. 4 (Mansi, II, 1037), ai sensi dei quali i matrimoni dei cristiani avvengono *secundum consuetudinem illius regionis quam incolunt*. Citato da J. GAUDEMET, *Droit romain et principes canoniques en matière de mariage au bas-empire*, in AA.VV., *Studi in memoria di Emilio Albertario*, II, Milano, 1953, pag. 173-196.

110O. BUCCI, *Per la storia...*, cit., pag. 9.

comunione della medesima fede riunì popoli affatto diversi, all'interno di comunità stabili, territorialmente delimitate. Poteva dunque ben darsi che, nel medesimo contesto (si pensi a Roma), si riunissero uomini di diversa provenienza e, per l'effetto, di diverse costumanze matrimoniali¹¹¹.

Solo in merito alla costituzione del vincolo appaiono così profonde divergenze tra i costumi dell'oriente mediterraneo e quelli occidentali: i primi, principalmente ebraici e greci¹¹², erano caratterizzati dalla rinvenibilità di due momenti distinti¹¹³, rappresentati dall'impegno sponsale già costitutivo del vincolo (ebr. *kiddushin* gr. ἔγγυσησις) e dalla festa nuziale (ebr. *nissuin* gr. Γάμος), meramente celebrativa; i secondi erano rappresentati dalla concezione romana, nella quale «*sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia*¹¹⁴» e in cui la semplice promessa *de futuro* non assumeva valore giuridico di grande importanza.

Il Dacquino, che ha approfondito la celebrazione del matrimonio cristiano nei primi secoli, nota come manchino «in questo periodo testimonianze dirette ed esplicite intorno alla celebrazione matrimoniale dei cristiani», deducendo dalla Scrittura che «come in altri campi (frequenza al tempio per il culto, osservanza del "nazireato")», anche in quello del matrimonio le prime comunità cristiane della Palestina continuarono a seguire i costumi ebraici¹¹⁵» e ulteriormente argomentando che «la celebrazione matrimoniale rimase perciò, con tutta probabilità nella linea di quella giudaica così come la si praticava in terra palestinese o presso le colonie ebraiche della diaspora.» Nello stesso modo i sempre più numerosi convertiti dal paganesimo, in particolare nei territori ellenisticizzati, continuarono a seguire i costumi sopra citati, "decontaminati" da eventuali atti connessi ai culti tradizionali¹¹⁶ che contrastassero con il *primum decalogi*.

Nel mondo romano la situazione si presentava ancora più favorevole, in quanto gli sponsali (da *spondeo*) avevano il carattere loro proprio di negozio tipicamente privato, e

111 E. FRIEDBERG, *Das Recht der Eheschließung*, Leipzig, 1865, pag. 6. «Die cristliche Kirche schloss sich in ihren Rechtsgrundsätzen an das römische, oder wenn man will an das mosaische Recht an.» [*La Chiesa cristiana si chiuse nei suoi principi giuridici fondamentali sul diritto romano o, se si vuole, su quello mosaico*. Traduzione propria.]

112 P. DACQUINO, *Storia del matrimonio...*, cit., pag. 77. «Si notano varie analogie tra la celebrazione matrimoniale dei greci e quella degli antichi ebrei. Ciò non può stupire, pensando alle radici semitiche della cultura greca. I greci assunsero infatti dai semiti (Fenici) la scrittura verso il IX secolo a.C., e con essa molta della loro cultura.»

113 G. KADZIOCH, *Il ministro...*, cit., pag. 11. L'Autore rileva, con ampia bibliografia, che «tra gli ebrei il rito degli sponsali comportava i pieni effetti giuridici del matrimonio, anche se dopo la celebrazione la sposa restava ancora per dodici mesi nella casa paterna, prima di iniziare la vita coniugale. Gli sponsali non erano solo una semplice promessa di matrimonio, ma un vero atto costitutivo (comparabile al matrimonio non consumato) ed era più che una semplice manifestazione di volontà. Compiuti gli sponsali, la sposa veniva considerata moglie e l'uomo era già chiamato marito. Le nozze avvenivano quando era trascorso il tempo stabilito e consistevano nella solenne introduzione della sposa nella casa dello sposo.» Si vedrà l'enorme importanza di questa dicotomia nella soluzione della disputa medievale tra le scuole di Parigi e Bologna.

114 D. 21,1,4.

115 P. DACQUINO, *Storia del matrimonio...*, cit., pag. 181. I passi della Bibbia citati sono: 2 Cor 11,2, Ap 21,2b; 22, 17^a, Mt. 22,2 ss. e Ap 19,7.9 oltre ad At 15,20.29).

116 Come i sacrifici alla "Dea delle nozze" o i riti apotropaici successivi all'ingresso nel talamo.

la *confarreatio* (rito patrizio e solenne, celebrato avanti il Flamine Diale) era già in disuso all'epoca di Plinio, preferendosi il vincolo *sine manu*¹¹⁷, libero da implicazioni religiose. Così l'*Epitome Ulpiani* (5,2)¹¹⁸ può affermare che «*iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit, et tam masculus pubes quam foemina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum si in potestate sunt.*» ponendosi i requisiti del *conubium* (vera e propria *capacità giuridica* di contrarre un matrimonio¹¹⁹, la pubertà (*capacità d'agire*) e il consenso, corroborato per i soggetti *alieni juris* da quello dell'avente potestà. La pubblica autorità, inoltre, non aveva ancora nettamente distinti i cristiani dagli ebrei, potendo i primi adottare il costume matrimoniale giudaico ed evitare eventuali prescrizioni religiose pagane.

Al di fuori della Scrittura, le prime testimonianze di una vera e propria autonomia concettuale del matrimonio cristiano risalgono alla metà del secondo secolo quando la *Lettera a Diogneto*, volendo distinguere la condotta virtuosa dei cristiani rispetto a quella dissoluta dei pagani, afferma che i primi «convivono nel coniugio come gli altri e procreano figli ma non espongono i nati. Considerano comune la mensa ma non il letto.» Sempre dello stesso periodo è Giustino¹²⁰, il quale fa riferimento all'accusa rivolta ai seguaci del nuovo culto di accettare il matrimonio soltanto quale mezzo lecito per la procreazione, preferendo tuttavia il celibato (cosa allora affatto inaudita). Di pochi anni successiva (circa 177 d.C.), la *Supplica* di Atenagora all'imperatore Adriano¹²¹ nella quale, accanto ad una strenua difesa dell'indissolubilità, si affermava che «*ciascuno riconosce moglie quella che ha condotto secono le leggi da voi stabilite*» essendo il matrimonio basato «nel desiderio di avere figli, *cupiditate procreandi*, per allevarli ricordando che la continenza è un dono di Dio¹²²»

Così, se la forma restava in linea di massima quella "tradizionale" privata degli elementi pagani, lo stesso non può dirsi dell'essenza del vincolo, come testimoniato da Giustino, e ancor di più dal ruolo che l'autorità ecclesiastica poteva svolgere sulla genesi del vincolo. E' critica tipicamente contemporanea (capofila il Sohm) quella affermante che la costituzione gerarchica della Chiesa sia stata un'introduzione sostanzialmente abusiva, dipendente dalla romanizzazione della stessa; tuttavia anche il grande Friedberg doveva riconoscere come «già in antico si dovette sentire il bisogno di dare alla comunità una qualche organizzazione»¹²³, provvedendosi all'uopo fin dallo scorcio dell'età apostolica, tramite ἐπίσκοποι, ἐπιμεληταί, πρεστάμενοι, πρεσβύτεροι, διάκονοι. Non è compito di questo scritto valutare se e come i ministeri siano di diritto divino, dovendoci limitare a rilevarne l'esistenza fin dall'epoca più remota e come quelli che sarebbero poi divenuti gli "ordinari", portassero già nel proprio nome una facoltà quanto meno di vigilanza¹²⁴,

117 Anche la *coemptio matrimonii causa*, in quanto costitutiva della *manus*, era *gestum per aes et libram*, quindi carica di contenuto sacrale come i più risalenti istituti di *jus civile*.

118 *Amplius* v. R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova, 2002, pag. 28-29.

119 Ne erano quindi esclusi gli schiavi, i quali potevano massimamente aspirare ad un *contubernium*.

120 *Apologia*, I, 29; PG 6,371, cit. in P. DACQUINO, *Storia del matrimonio...*, cit., pag. 182.

121 PG 6,695, *Ibidem*, pag. 183.

122 V. MINUCIO FELICE, *Octavius*, 31; PL 3,337. In G. KADZIOCH, *Il ministro...*, cit., pag. 21.

123 E. FRIEDBERG – F. RUFFINI, *Trattato...*, cit., pag. 18.

124 *Ibidem*, pag. 21. L'Autore rileva come Dio stesso venga talvolta chiamato ἐπίσκοπος.

testimoniata dalla lettera di Sant'Ignazio di Antiochia a Policarpo, vescovo di Smirne (attorno al 110¹²⁵), nella quale il futuro martire affermava che i cristiani avrebbero dovuto contrarre matrimonio solo dopo aver ricevuto parere favorevole dal vescovo¹²⁶, intendendosi questa valutazione come parametro di "giustizia" o, meglio, di conformità al vivere cristianamente. Dunque questa vigilanza si concretava in un ruolo attivo, con influsso diretto sulla vita dei fedeli: per Dacquino¹²⁷, «l'espressione "è giusto" indica in greco ciò che conviene, quanto è logico perché deriva dalla natura stessa della cosa», conseguendone che, per poi vivere in modo degno nella vita coniugale come inculcava Ignazio, era necessario che già in partenza i matrimoni non fossero il risultato della passione (cioè soltanto dell'attrattiva sempre cieca ed istintiva), ma fossero combinati tenendo conto del contesto cristiano. «Il parere favorevole, l'assenso, l'approvazione di chi presiedeva la comunità locale, rappresentavano una garanzia che il coniugio progettato non era in contrasto con la fede cristiana dei protagonisti¹²⁸.» Questa prerogativa del rettore della comunità sembrerebbe concretarsi anche nella benedizione delle nozze, cioè in un ruolo latamente liturgico. E' infatti possibile ritenere, alla luce delle fonti citate, che una celebrazione del matrimonio *in facie Ecclesiae* fosse conosciuta già agli albori della cristianità, come sembra testimoniato anche dalla celebre lettera di Papa Clemente ai Corinzi (59 ss.), nella quale si descrive la *missa pro sponsis* celebrata dal vescovo o da un presbitero e nella quale il Ministro aveva la scelta tra il limitarsi a benedire la coppia o, preferibilmente, celebrare l'Eucaristia.

A prescindere da detta ipotesi deve comunque rilevarsi, da questi scritti risalenti ai Padri apostolici, l'impegno dei cristiani tanto sul fronte della salvaguardia della propria comunità quanto in merito ad una corretta posizione di fedele sudditanza nei confronti della autorità cesarea, naturalmente fin dove ciò fosse compatibile con il primo comandamento. Per Vincenzo Del Giudice¹²⁹, «la vita privata e sociale dei cristiani si svolgeva nell'ossequio della dottrina, del culto e della morale, pur in obbedienza alle leggi e con la conformità ai doveri civili e politici»: tuttavia, già dai tempi di Nerone e a causa dell'impegno dei fedeli nell'occultare i Sacri Misteri agli occhi dei pagani, nel timore di profanazioni, si erano sparse voci infamanti circa gli stessi, le quali avevano dato poi adito alle prime persecuzioni patite dalla Chiesa sotto l'Enobarbo e sotto Domiziano. In quest'ottica deve quindi leggersi l'opera degli Apologisti del secondo e terzo secolo, tra cui spiccano Clemente Alessandrino e Tertulliano. Il primo, nei suoi

125 Deve sottolinearsi come l'ambiente orientale fosse all'epoca quasi del tutto pagano e, soprattutto, come l'ultimo apostolo (*stricto sensu*) vivente, San Giovanni, fosse defunto da soli dieci anni (circa 98-99 d.C.). Sembra potersi dunque arguire che un ruolo di governo del vescovo non dipendesse necessariamente, come sembra sostenere il Friedberg, dalle lettere di San Clemente alla chiesa di Corinto, ma fosse maturato anche in oriente a prescindere dall'esperienza della Sede romana.

126 PG 5, 725. «E' giusto poi [per] quelli che [intendono] ammogliarsi e [per] quelle le quali [devono] essere maritate, che con il parere del vescovo facciano l'unione in modo che il coniugio sia secondo il Signore e non secondo passione. Tutto ad onore di Dio si faccia.»

127 P. DACQUINO, *Storia del matrimonio...*, cit., pag. 184.

128 Ritengo che questo controllo non fosse limitato alle nozze propriamente dette ma anche agli sponsali, attesa la loro importanza tanto presso gli ebrei quanto presso i greci.

129 V. DEL GIUDICE, *Momenti dottrinali e legislativi del matrimonio cristiano prima del Concilio di Trento*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonino Giuffrè*, Milano, 1967.

Stromata, ribadiva il principio dell'indissolubilità e, pur ammettendo la separazione per fornicazione, impediva ad entrambi i coniugi di contrarre nuovo matrimonio senza commettere adulterio. Il secondo, prima avvocato e poi presbitero, che probabilmente solo a causa della sua deviazione montanista non è annoverato tra i Padri della Chiesa, si era dedicato «ad esaltare la bellezza del matrimonio celebrato secondo la legge cristiana¹³⁰» interrogandosi «*unde sufficimus ad enarrandam felicitatem eius matrimonii quod Ecclesia conciliat et confirmat oblatio et obsignat benedictio, angeli renuntiant, Pater rato habet? Nam nec in terris filii sine consensu patrum recte et iure nubunt. Quale iugum fidelium duorum unius spei, unius disciplinae, eiusdem servitutis?*» Rispondendo: «*ambo fratres, caro conservi, nulla spiritus carnisve discretio. Atquin vero duo in carne una; ubi caro una, unus et spiritus. Simul orant, simul voluntur et simul ieiunia transigunt, alterutro docentes, alterutro hortantes, alterutro sustinentes. In Ecclesia Dei pariter utrique, pariter in convivio Dei, pariter in angustiis, in persecutionibus, in refrigeriis; neuter alterum celat, neuter alterum vitat, neuter alteri gravis est; libere aeger visitatur, indigens sustentatur; elemosynae sine tormento, sacrificia sine scrupolo, cotidiana diligentia sine impedimento; [...]* Talia Christus videns et audiens gaudet, his pacem suam mittit; ubi duo ibi et ipse; ubi et ipse ibi et malus non est.»

Da questo passo emerge chiaramente la volontà di assoggettare il regime del vincolo alla disciplina dettata dalla Chiesa, avanti alla quale il matrimonio deve costituirsi onde evitare una "clandestinità" che può essere intesa come adulterio e fornicazione¹³¹. In proposito sembra che il primo "impedimento" (non derivante dal diritto naturale) che la disciplina ecclesiastica abbia posto e vigorosamente difeso sia stato quello di *cultus disparitas* che Tertulliano (*Ad uxorem*, 2,3¹³²) più volte rammentava, ammonendo non essere possibile servire due padroni: Dio e il marito pagano. Nella medesima opera¹³³ (2,2) egli invocava financo la scomunica, quale sanzione per i fedeli che avessero contratto con pagani, dovendosi considerarli siccome rei di stupro. Questa invettiva era stata provocata dal "matrimonio clandestino" di una donna che aveva evitato di comunicare alla Chiesa la sua intenzione di contrarre con un non battezzato, scandalizzando il presbitero tanto da fargli retoricamente domandare: «forse che al Tribunale del Signore tireremo fuori le tavolette nuziali che attestano quel matrimonio? E addurremo come matrimonio debitamente contratto quello che egli stesso vietò? Non è forse un adulterio fare ciò che è proibito? Non è forse stupro ammettere un uomo estraneo?¹³⁴»

Lo stile apodittico è tipico dell'autore, il cui rigore lo porterà ad abbandonare l'ortodossia per il montanismo¹³⁵, ma una potestà della Chiesa (e dei vescovi in

130V. DEL GIUDICE, *Momenti dottrinali...*, cit., pag. 322-323.

131 *De pudicitia*, opera però già infetta di montanismo. PL 2, 979-1030A. «*Ideo penes nos occultae quoque coniunctiones, id est non prius apud Ecclesiam professae, iuxta moechiam et fornicationem iudicari perclitantur, ne inde consertae nuptiae obtentu matrimonii crimen eludant.*»

132 PL 1, 1273 -1304 A.

133 PL 1, 1292

134 Traduzione di P. DACQUINO, *Storia del matrimonio...*, cit., pag. 186.

135 «Montano è l'iniziatore del montanismo, setta entusiasta e rigorista, cominciata in Frigia ca. il 172 e chiamata pertanto "eresia dei frigi"; dagli stessi aderenti fu detta "nuova profezia", a causa delle pretese

particolare) sulla disciplina matrimoniale è testimoniata altresì dalla *Didascalia Apostolorum*, compilazione siriana databile attorno al 220, ai sensi della quale le orfane affidate ai vescovi¹³⁶ dovevano essere concesse in sposo soltanto a un "fratello". Rilevanti altresì, sempre alla metà del secolo III, sono le dissertazioni di Origene¹³⁷ (*Comm. in Mt*, XIX) e San Cipriano (*Ep. Ad Pomponium de virginitate*)¹³⁸ contro il divorzio, mentre a Roma è il pontefice San Callisto I, non senza l'opposizione di una parte della Chiesa, rappresentata dal primo antipapa Ippolito, a distaccarsi nettamente dalla normativa civile, «permettendo in taluni casi anche il matrimonio di ordinati e matrone romane con liberti e persino con schiavi¹³⁹.»

A livello "formale", testimonianze più certe della presenza di una benedizione nuziale risalgono al III secolo, *in primis* con un passo di Clemente Alessandrino († 215), il quale nel *Pedagogo* proscrive l'uso di portare parrucche all'uso egizio durante la cerimonia nuziale, interrogandosi «a chi in questo caso il presbitero imporrà le mani? Chi in questo caso benedirà? Non la donna così acconciata, ma i capelli altrui, e attraverso essi la testa d'altri¹⁴⁰». Sempre in Africa il problema è affrontato dal citato passo di Tertulliano, nel quale l'uso del verbo *conciliat* attesta una partecipazione attiva della comunità attraverso il sacerdote, mentre la presenza delle parole *benedictio* e, soprattutto, *oblatio* porta gli interpreti più recenti ad associare la cerimonia alla liturgia eucaristica¹⁴¹. A Roma, poco prima e sulla linea di tutta la patristica che vedeva nelle nozze "il male minore"¹⁴², Papa Eutichiano¹⁴³ «aveva esortato i presbiteri affinché *nullus vestrum ad nuptias eat et omnibus denuntiate ut nullus publice celebratis nuptiis uxorem ducat*», dando

rivelazioni del Paraclito. [...] Personalità di fortissime tendenze individualistiche, Tertulliano fu attirato al montanismo per il fatto che esso per ortodossia si distinse da ogni eresia, particolarmente dalla gnosi; e anche perchè meravigliosamente incontro al proprio ideale cristiano impregnato dal rigorismo etico più radicale e che gli permetteva di sorpassare l'opposizione della gerarchia ecclesiastica con l'autorità superiore del Paraclito.» A. MAYER, *Montano e Montanismo*, in *Enciclopedia Cattolica*, VIII, Città del Vaticano, 1948-1954, pag.1345. Il cartaginese era giunto addirittura a sostenere l'obbligo per le donne di portare il velo anche al di fuori della celebrazione dei Sacri Misteri (V. V. DEL GIUDICE, *Momenti dottrinali...*,cit., pag. 324.

136P. DACQUINO, *Storia del matrimonio...*, cit., pag. 185, rileva come a differenza dell'occidente, dove secondo l'insegnamento di Cipriano (*Epistola*, I, 2,1) i membri del clero non dovevano essere onorati dell'ufficio di tutori, «in oriente i vescovi erano spesso gravati della tutela degli orfani e delle orfane della loro Chiesa.»

137Un precursore degli *skopcij* russo-polacchi del XVIII secolo, in quanto si evirò interpretando in senso letterale il celebre passo evangelico sugli "eunuchi per il regno dei cieli", venendo conseguentemente escluso dal presbiterio.

138Riprodotta da Graziano in C. 27, q. 1, cc. 4-5.

139V. DEL GIUDICE, *Momenti dottrinali...*,cit., pag. 324.

140PG 8,638), citata in P. DACQUINO, *Storia del matrimonio...*, cit., pag. 228.

141Ibidem, pag. 230-231.

142Ibidem, pag. 310: «Esaminando il pensiero dei Padri della Chiesa, si coglie, innanzi tutto, un certo sfavore nei confronti del matrimonio nel senso che *nuptiae terram replent, virginitas paradysum*, ovvero che *felicem illum qui Pauli similis exstiterit* (alludendo al celibato di San Paolo) e, di conseguenza, viene messo in risalto lo scopo etico e religioso del matrimonio concretantesi nel *remedium concupiscentiae*.»

143PL 5,167, citato in P. GISMONDI, *La celebrazione del matrimonio secondo la dottrina e la legislazione canonica sino al concilio tridentino*, in *Ephemerides iuris canonici*, 3-4, V, 1949, pag.312.

testimonianza assai antica del *favor* per il celibato ecclesiastico della chiesa latina e, contemporaneamente, ponendosi sulla scia di Ignazio in merito alla pubblicità del rito. E' ancora tertulliano, invece, l'utilizzo del termine *sacramentum* per rimarcare l'indissolubilità del matrimonio cristiano, già riaffermata da Atenagora e Clemente Alessandrino; il Cartaginese, esponendo che tutte le fasi della celebrazione del matrimonio contribuivano a sostituire «il naturale con il sovranaturale¹⁴⁴», ne avoca la giurisdizione alla Chiesa. Di poco posteriore il pensiero di Lattanzio, per il quale la natura misterica «indica il vincolo sacro che unisce gli sposi e che li obbliga a tutelare reciprocamente la propria fedeltà¹⁴⁵», facendo così riprendere al termine l'antico valore di "giuramento militare". Il richiamo alla disciplina castrense non era una novità per la Chiesa latina, essendo già stato utilizzato da San Clemente nella citata lettera ai Corinzi¹⁴⁶; tuttavia, da questa testimonianza e sulla linea del Friedberg¹⁴⁷, sembra potersi trarre la conclusione che, in questi primi secoli, debba distinguersi la *sacralità* del rito dalla *sacramentalità* in senso stretto: del resto ciò non era da considerarsi una novità, in quanto «i Padri erano spinti – così Kadzioch – a vedere nel matrimonio una cosa sacra attraverso l'idea stessa che gli antichi si erano fatti del matrimonio, perchè anche per loro il matrimonio non era mai stato considerato un atto puramente profano¹⁴⁸.»

2 – La Chiesa tardoantica. Sinodo topiche ed età aurea della patristica.

Successivamente all'editto di Costantino¹⁴⁹, che concedeva il libero culto ai cristiani, il pensiero dei Padri in materia matrimoniale sembra svilupparsi nel senso di una vera e propria autonomia concettuale delle nozze cristiane rispetto a quelle regolate dal diritto romano, tanto che al tramonto dell'Impero d'Occidente, San Girolamo poteva scrivere «*aliae sunt leges Caesarum, aliae Christi, aliud Papinianus, aliud Paulus noster praecipit*¹⁵⁰.»

Infatti, già negli scritti di questo aureo periodo della patristica, si possono notare i semi della dottrina medievale in materia di sacramento *stricto sensu*, concentrandosi l'insegnamento in tre punti essenziali: che Cristo Signore unì una benedizione speciale al matrimonio; che, in virtù di tale benedizione e del suo simbolismo, Egli conferisce il dono della grazia ai coniugi; che, infine, in virtù del suo carattere sacro, il matrimonio cade sotto l'autorità della Chiesa¹⁵¹.

Le prime testimonianze partono dal celebre passo evangelico dello sposalizio di Cana, a

144G. KADZIOCH, *Il ministro...*, cit., pag. 25.

145O. BUCCI, *Per la storia...*, cit., pag. 28.

146E. FRIEDBERG – F. RUFFINI, *Trattato...*, cit., pag. 26.

147Ibidem, pag. 552.

148G. KADZIOCH, *Il ministro...*, cit., pag. 23.

149L'aumento delle conversioni porto lo stato a riconoscere, nel 318, la giurisdizione episcopale in materia dogmatica, morale e disciplinare oltre che un ruolo latamente arbitrale nelle liti tra cristiani che volessero sottoporre la loro controversia alla mediazione vescovile.

150*Adversus Iovinianum*, I, 16, PL, 1, 1391, cit. da P. GISMONTI, *La celebrazione...*, cit., pag.310.

151G. KADZIOCH, *Il ministro...*, cit., pag. 23.

proposito del quale Sant'Epifanio (attorno al 375) scriveva che «Gesù fu invitato per due ragioni, cioè che per mezzo del matrimonio correggesse la licenza dell'uomo corrotto dalle passioni di questo mondo, portandolo al ritegno e alla serietà; e che, per il futuro, egli potesse emendare il suo tenore di vita, portandolo alla dolcezza del vino corroborante e della grazia¹⁵²», mentre Cirillo di Alessandria, sempre sul punto, sostiene che Cristo partecipò a detta festa allo scopo di santificare ciò che si pone alla base della perpetuazione umana¹⁵³. Alla luce di questi rilievi, al principio del V secolo, il Pontefice Innocenzo I poteva affermare che, per verità di fede, il matrimonio *iustum*¹⁵⁴ era quello stabilito dalla grazia divina¹⁵⁵ e, dunque, da ritenere soggetto all'autorità della Chiesa.

Accanto al magistero pontificio anche le sinodo topiche¹⁵⁶ iniziarono a prendere posizione sull'argomento: come il Concilio di Elvira (primo decennio del IV secolo) che, nei suoi 81 canoni penitenziali, prende posizione in materia di adulterio e, per la prima volta, di celibato ecclesiastico¹⁵⁷ mentre il I concilio di Arles (di pochi anni successivo), nel condannare l'eresia donatista¹⁵⁸, emanò i canoni 6 e 10 sanciti, oltre all'obbligatorietà della dote, la proibizione dei matrimoni clandestini e delle seconde nozze per gli adulteri¹⁵⁹.

In Oriente sono le sinodo ancyrana (odierna Ankara) e Neocesarea (circa 314) ad

152 *Ibidem*, pag. 24.

153 *Comm. in Joannis Evangelium*, II, c. 2, PG 73, 223.

154 Tale aggettivo è da intendersi come "conforme al diritto", traducibile oggi in "legittimo", cioè *iuxta lege*.

155 PL 20, 602.

156 Il Primo Concilio ecumenico, tenutosi a Nicea nel 325 su suggestione di Costantino e allo scopo di debellare l'eresia ariana, non prese posizione sulla materia matrimoniale, limitandosi a condannare i chierici concubinari. Non fece neanche un riferimento diretto al clero uxurato, proibendo soltanto «ai vescovi, ai sacerdoti, ai diaconi e in genere a qualsiasi membro del clero di avere con sè una donna, a meno che non si tratti della propria madre, di una sorella, di una zia, o di persona che sia al di sopra di ogni sospetto.»

157 c. 8 *Item feminae, quae nulla praecedente causa reliquerint viros suos et alteris se copulaverint, nec in finem accipiant communionem.* c. 9: «*Item femina fidelis, quae adulterum maritum reliquerit fidelem et alterum ducit, prohibeatur ne ducat; si duxerit, non prius accipiat communionem nisi quem reliquit de saeculo exierit, nisi forte necessitas infirmitatis dare compulerit.*» c. 27: «*Episcopus vel quilibet alius clericus aut sororem aut filiam virginem dicatum Deo tantum secum habeat; extraneam nequaquam hebre placuit.*» c. 31: «*Adulescentes, qui post fidem lavacri salutaris fuerint moechati, cum duxerint uxores, acta laegitima paenitentia, placuit ad communionem eos admitti.*» c. 33: «*Placuit in toto prohibere episcopis, presbyteris et diaconibus vel omnibus clericis positus in ministerio abstinere se a coniugibus suis et non coniugibus suis et non generare filios; quicumque vero fecerit, ab honore clericatus exterminetur.*» Cfr. V. DEL GIUDICE, *Momenti dottrinali...*, cit., pag. 325-326.

158 Eresia quasi contemporanea a quella ariana, generata da una controversia inerente alla nomina episcopale di un *traditor* e propugnante l'esclusione definitiva dai sacramenti del peccatore, l'invalidità di quelli celebrati da ministri in stato di peccato e l'assoluto rifiuto dell'intromissione del potere imperiale in materia ecclesiastica. Cfr. S. GHERRO, *Lezioni...*, cit., pag. 10-13 e A. PINCHERLE, *Donatismo*, in *Enciclopedia Cattolica*, IV, Città del Vaticano, 1948-1954, pag. 1851 ss..

159 Can. 6: «*Nullum sine dote fiat coniugium; iuxta possibilitatem fiat dos, nec sine publicis nuptiis quisquam nubere vel uxorem ducere presumat*», citato anche da Graziano in C. 30, q. 5. c. 10: «*De his qui coniuges suas in adulterio deprehendunt et iidem sunt adolescentes fideles et prohibentur nubere, placuit ut in quantum possit consilium iis detur ne, viventibus uxoribus suis licet adulteris, alias accipiant.*»

interessarsi delle nozze del clero. La prima, ai canoni 10 e 19¹⁶⁰, si interessa della facoltà per i diaconi di contrarre matrimonio e dell'impedimento inerente al voto femminile di conservarsi vergini¹⁶¹, proibendo financo l'accordo per convivere *sicut fratres et sorores*. La seconda «confermò, per un sacerdote che prendesse moglie, la pena della deposizione, e quella della scomunica per i sacerdoti colpevoli di fornicazione e adulterio (c. 51)¹⁶²», oltre ad interdire le seconde nozze per il presbitero (c. 7) e a proibire con pene severissime il matrimonio tra cugini e le seconde nozze delle vedove¹⁶³. Cinquant'anni dopo, il Concilio di Laodicea (363-364) «ne fait que confirmer le préjugé défavorable aux deuxième nocés et ajoute des éléments plus intéressants¹⁶⁴», come la riammissione alla comunione di coloro che, contratto un secondo matrimonio non clandestino, si fossero distinti per pietà.

Alla fine del secolo IV e al principio del V sono soprattutto i concili spagnoli a trattare della materia matrimoniale, con ogni probabilità quale reazione all'eresia priscilliana¹⁶⁵ che, ad onta di ciò, sopravvisse nella Galizia fin quasi al VI secolo; di particolare rilevanza sono quella Cesaraugustana (odierna Saragozza) del 380, e quella toletana (Toledo, a. 400) che cercò di porre un freno alla depravazione dei chierici con i canoni 1 e 17, i quali, pur ammettendo l'ordinazione diaconale di soggetti coniugati dalla moralità specchiata, proibivano ai diaconi che avessero usato del matrimonio dopo l'ordinazione l'accesso al presbiterio e ai sacerdoti con prole la promozione all'episcopato, oltre a scomunicare concubinari e pubblici adulteri¹⁶⁶, che potevano essere riammessi solo dopo

160O, anche, 18. Così Graziano (C. 27, q.1, c. 24).

161C. 10: «*Diaconi quicumque ordinantur, si in ipsa ordinatione protestati sunt et dixerunt velle se coniugio copulari, quia sic manere non possunt, hi, si postmodum uxores duxerint, in ministerio maneant, propterea quod iis episcopus licentiam dederit. Quicumque sane tacuerit et susceperint manus impositionem, professi continentiam et postea nuptiis obligati sunt, a ministerio cessare debebunt.*» C. 19 (vedi nota precedente): «*Quotquot virginitatem promittentes, irritam faciunt sponsionem, inter bigamos censeatur. Virgines autem quae conveniunt cum aliquibus, tamquam sorores, habitare prohibemus.*» Cfr. V. DEL GIUDICE, *loc. ult. cit.*

162Ibidem.

163O. BUCCI, *Per la storia...*, cit., pag. 34.

164J.B. SEQUEIRA, *Tout mariage entre baptisés est-il nécessairement sacramentel? Étude historique, théologique et canonique sur le lien entre baptême et mariage*, Paris, 1985, pag. 40.

165G. MADDOZ, *Priscilliano e Priscillianismo*, in *Enciclopedia Cattolica*, X, Città del Vaticano, 1948-1954, pag.42, definisce la dottrina di questo vescovo "intruso" di Avila come una «dottrina gnostico-manichea che, mediante certe pratiche ascetiche, prometteva una perfezione graduale agli iniziati. [...] Ridotti a schema, i capi dell'eresia sono i seguenti: teoria modalista, che nega la Trinità; Cristo, gli angeli e l'anima umana sarebbero emanazioni gnostiche; il demonio, principio del male, sarebbe la causa del corpo come pure delle tempeste e della siccità; si condanna il matrimonio ed è ammessa l'unione extramatrimoniale, si nega la resurrezione della carne etc.»

166C. 1: «*Placuit, ut diacones vel integri vel casti sunt et continentis vitae, etiam si uxores habeant, in ministerio constituatur, ita tamen, ut, si qui etiam ante interdictum, quod per Lusitanos episcopos constitutum est, incontinenter cum uxoribus suis vixerint, presbyteri honore non cumulentur: si quis vero ex presbyteris ante interdictum filios susceperit, de presbyterio ad episcopatum non admittatur.*» C. 17: «*Si quis habens uxorem fidelis concubinam habeat, non communicet: ceterum is qui non habet uxorem et pro uxore concubinam habeat, a communione non repellatur, tantum aut unius mulieris aut uxoris aut concubinae, ut ei placuerit, sit coniunctione contentus; alias vero vivens abiciatur donec desinat, et per penitentiam revertatur.*»

pubblica penitenza. Più tollerante invece la posizione nei confronti dei conviventi *more uxorio*, che non venivano allontanati dalla mensa eucaristica, purchè naturalmente si "accontentassero" di una sola donna, con una sorta di anticipazione di quello che posteriormente sarà denominato *matrimonium praesumptum*.

Con il principio del V secolo, «sulla base dei dati scritturistici, i Padri della Chiesa elaborano una nuova dottrina dell'unione coniugale, che però non viene espressa in trattati sul matrimonio, ma si rintraccia in frammenti di lettere, di sermoni, di commentari dell'Antico e Nuovo testamento, talvolta in scritti su alcuni punti della dottrina cristiana del matrimonio, della vedovanza, della verginità¹⁶⁷». Il regime di religione ufficiale dell'impero¹⁶⁸, quesito con l'editto di Tessalonica (380) e attuato dai decreti del 391-392, favorisce infatti «altre testimonianze relative al matrimonio, le quali si accrescono col modificarsi e migliorare della vita cristiana allorchè la Chiesa, conquistata la pace e la libertà per la consolidazione della sua organizzazione, perfeziona l'assetto della disciplina mentre si incrementa e diffonde la scienza ecclesiastica.¹⁶⁹»

E' questa l'epoca aurea della patristica, nella quale operarono menti elette quali Sant'Ambrogio, Vescovo di Milano († 397), San Girolamo di Stridone († 420), San Giovanni Crisostomo († 407) e soprattutto Sant'Agostino Vescovo di Ippona († 430) i quali non nascondevano «un certo sfavore nei confronti del matrimonio¹⁷⁰», come del resto attestato dalla lettera inviata al Pontefice Siricio (384-399) da numerosi esponenti dell'episcopato¹⁷¹ che, sulla scorta di San Paolo, ritenevano la verginità superiore al matrimonio, in quanto la donna sposata sarebbe stata da considerarsi soggetta alla legge, mentre la vergine "alla grazia"¹⁷². Una simile predilezione, spiegabile e spiegata non solo alla luce della predicazione paolina ma anche della diffusione di sette eterodosse caratterizzate da «non pochi elementi di turpitudini, che esterne forme di asceti miravano a nascondere¹⁷³», non impediva tuttavia agli stessi fondatori del pensiero cristiano di affermare, «in modo chiaro, che il matrimonio tra i cristiani non è solo occasione per partecipare alla grazia divina ma che essa è il principio e la causa del matrimonio stesso¹⁷⁴», riprendendo il concetto paolino del *sacramentum* misterico già ribadito da Tertulliano, Lattanzio e dal Vescovo di Verona Zenone, che ne aveva fatto uso alla metà del IV secolo, commentando il concetto dell' *una caro*¹⁷⁵ nell'economia della

167J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 39.

168Interessante il rilievo in base al quale, tra il 313 e il 380, «maturò il passaggio da un regime di pluriconfessionalità a quello di ufficialità ed esclusività di un'unica religione», con «l'acquisizione da parte del cristianesimo di uno statuto pubblico e del ruolo statale proprio della religione della Roma pagana, con tutte le conseguenze che ciò comportava per la religione stessa. Così M. MIELE, *Tolleranza e intolleranza religiosa tra due editti (313-380)*, in M. PARISI (a cura di), *Per una disciplina democratica delle libertà di pensiero e di religione: metodi e contenuti*, Campobasso, 2014, pag. 73 ss.

169Cfr. V. DEL GIUDICE, *Momenti dottrinali...*, cit., pag. 327.

170P. GISMONDI, *La celebrazione...*, cit., pag. 310.

171PL 56, 567, ripresa da J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 38.

172Ibidem.

173V. DEL GIUDICE, *Momenti dottrinali...*, cit., pag. 328.

174G. KADZIOCH, *Il ministro...*, cit., pag. 26.

175PL 11,297-299.

creazione.

Primo in ordine cronologico tra i grandi Padri della Chiesa è Ambrogio, le cui opinioni avranno un grandissimo influsso nella canonistica medievale e che, come si vedrà, saranno inserite da Graziano nella sua *Concordantia discordantium canonum*¹⁷⁶, in particolare alle *causae* XXVII e XXXII, utilizzate dal Maestro bolognese per sostenere la propria teoria volta a distinguere il *matrimonium initiatum* da quello *ratum*. Sempre il vescovo di Milano, nel suo *Hexaameron*¹⁷⁷, farà riferimento ad una benedizione nuziale intesa quasi in senso costitutivo, in quanto paragonata ad un giogo che univa i colli dei nubenti; nello stesso tempo egli ebbe modo di esprimersi ancor più chiaramente in un'epistola al vescovo tridentino Vigilio (anno 385) nella quale, dopo aver fieramente condannato le nozze contratte *in cultus disparitate*, si interrogava «*nam cum ipsum velamine sacerdotali et benedictione, quomodo potest coniugium dici, ubi non est fidei concordia?*»¹⁷⁸»

Dell'opinione circa la necessità della benedizione sacerdotale, almeno per le prime nozze, è anche l'anonimo autore noto come "Ambrosiaster"¹⁷⁹, il quale riteneva che la stessa Divinità avesse decretato che il coniugio potesse essere benedetto una sola volta per ogni uomo¹⁸⁰, ulteriormente suffragato dall'epitaliamio redatto dal vescovo Paolino di Nola¹⁸¹ e, soprattutto, dal già citato Pontefice Innocenzo I, il quale «ricorda la benedizione nuziale in una lettera inviata a Vitricio, vescovo di Rouen, nel 404 d.C.»¹⁸² Dopo aver affermato che dovevano considerarsi seconde nozze anche quelle celebrate dopo il battesimo da chi era stato sposato prima di riceverlo, egli afferma: "*Il costume stesso della Chiesa dimostra che anche tutti i sacerdoti osservano quella forma... essendo risaputo che la benedizione imposta per mezzo del sacerdote a coloro che celebrano le nozze forma della legge istituita da Dio alle origini*"», vietando altresì tale rito ai vedovi¹⁸³.

Nel medesimo periodo si incontra per la prima volta un diretto riferimento allo *jus connubii*, in senso stretto, nell'opera di opposizione agli eretici del vescovo di Brescia Filastrio, che lo individua come «*hoc enim coniugium a Deo promulgatum, laudatur cotidie ac benedicuntur consuete*»¹⁸⁴. Non sembra dunque potersi ritenere scorretto l'affermare che, alla disciplina militare tante volte richiamata dai Pontefici romani sin dai primi secoli, appaia progressivamente sostituirsi una terminologia latamente giuridica, con diretti riferimenti ad una divinità legislatrice capace di "promulgare" le proprie volontà.

In quest'ottica, Jean Gaudemet ha potuto riconoscere nell'opera di San Girolamo una

176C. 27, q. 2, c. 5 e C. 35, c. 12, C. 32, q. 1.

177Hexaameron, V, 18; PL 14, 246.

178Epistola 19 ad Vigilium, VII; PL, 16, 1026, riportata in P. DACQUINO, *Storia del matrimonio...*, cit., pag. 219.

179L'anonimo Autore si distingueva per un moralismo esasperato, che il Dacquino fa risalire alla sua probabile conversione dal giudaismo.

180Ibidem, pag. 220; PL, 16, 1171 e 17, 238.

181PL 61, 636.638.

182P. DACQUINO, *Storia del matrimonio...*, cit., pag. 221.

183Ibidem.

184De haeresibus 120, 7, in *Corpus Christianorum*, 9, 284, citato sempre da P. DACQUINO, *loc. ult. cit.*

prima asserzione che «segna la specificità del concetto cristiano di matrimonio¹⁸⁵», in quanto nel pensiero del Dottore di Stridone «ogni unione in cui la donna non è associata al marito secondo i precetti di Cristo non può essere chiamata matrimonio, ma piuttosto adulterio,» opinione corroborata dalla predicazione di una indissolubilità veramente assoluta che, nel commentario al vangelo di Matteo, impone «*causa fornicationis vir dimittat uxorem, non tamen alteram ducat*¹⁸⁶».

L'opera di questo insigne pensatore, talvolta caratterizzata da un rigore morale invero eccessivo¹⁸⁷, è in qualche maniera perfezionata da quella di Agostino di Ippona, il quale farà riferimento al *sacramentum* tanto nel senso misterico dell'immagine di Cristo unito alla sua Chiesa, quanto in quello idoneo «a designare la nota essenziale dell'indissolubilità propria dell'unione coniugale posta in essere tra i cristiani, alla quale gli sposi si sono implicitamente impegnati¹⁸⁸», fondando così quella distinzione tra i *tria bona matrimonii* che informa ancor'oggi la disciplina canonica del consenso¹⁸⁹. Il matrimonio, nel pensiero del *Doctor gratiae* «assicura un triplice bene: la generazione, la fedeltà degli sposi e l'indissolubilità dell'unione¹⁹⁰», con un accostamento inedito di temi che, come si è visto, erano già stati toccati separatamente da Tertulliano, Lattanzio, Ambrogio e Girolamo.

La novità di questa soluzione è rilevata altresì dal Bucci¹⁹¹ che, a titolo di indizio, ne rileva la disomogeneità e la disorganicità nella precisazione concettuale: «in una prima divisione, infatti, i *bona nuptialia* sono semplicemente enumerati e sono collegati al concetto di *sacramentum*¹⁹², in una seconda divisione, e sempre in rapporto allo stesso, i *bona nuptialia* vengono esposti in modo analitico.» Comunque, al di là di precisazioni strettamente teologiche che esulano dallo scopo di questo scritto, l'indissolubilità del legame appare sancita in guisa pressochè definitiva¹⁹³, sancendosi il definitivo distacco dal diritto antico. Nel pensiero del grande di Tagaste, infatti, le leggi civili che regolano il matrimonio, «vanno riconosciute e rispettate anche dai Cristiani nella misura in cui queste non intaccano il carattere divino del matrimonio, che sussiste universalmente¹⁹⁴,» affermazione corroborata da un'altra destinata a lasciare il segno: quella per la quale il cristianesimo non ha alterato le connotazioni proprie del matrimonio se non sotto il punto di vista della maggiore dignità da esso quesita con la grazia di Cristo¹⁹⁵, «después de haber sido envilecida por las depravadas costumbres de los paganos y por la

185J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 40. *In Ep. ad Ephes.* III, 2. PL 26, 531.

186Citata da Graziano in C. 32, q. 1, c. 2.

187V. DEL GIUDICE, *Momenti dottrinali...*, cit., pag. 330, ricorda numerosi passi girolamini nei quali traspare una sorta di "ossessione" per l'adulterio ed un' evidente sessuofobia.

188G. KADZIOCH, *Il ministro...*, cit., pag. 26.

189Cfr. Can. 1101 § 2 e can. 1081 *vet. cod.*

190J. GAUDEMET, *loc. ult. cit.*

191O. BUCCI, *Per la storia...*, cit., pag. 28.

192Termine usato nello stesso senso sia per il matrimonio cristiano che per quello pagano, «sicchè il valore di quest'ultimo appare identico e squisitamente giuridico-normativo in entrambi i casi.» *Ibidem.*

193De *nuptiis et concupiscentia* I, 13; PL 44, 420. De *bono coniugali*, 33; PL 40, 39 e PL 40, 394.

194O. BUCCI, *Per la storia...*, cit., pag. 29-30.

195De *bono coniugali* VI, 2, 13, 17, 21. De *civitate Dei*, XV, 16. Cfr. O. BUCCI, *loc. ult. cit.*

indulgente tolerancia de los hebreos¹⁹⁶».

3 - *Cenni sulla forma delle nozze cristiane nei primi secoli. Il valore del consenso e l'indissolubilità.*

Non essendo possibile affrontare nei minimi dettagli un tema che ha occupato interi volumi dei massimi studiosi, in questa sede ci si limiterà a rammentare come, per buona parte della critica, la preoccupazione della Chiesa e dei Padri nel regolare la disciplina matrimoniale andasse intesa in senso pastorale, piuttosto che teologico o strettamente giuridico¹⁹⁷ il che, per chi approcci il fenomeno del diritto secondo un approccio strettamente positivista può essere anche vero. Tuttavia, se non si intende ridurre il giure, soprattutto canonico, ad un arido insieme di norme più o meno ordinate, non si può assolutamente negare come le epistole pontificie, episcopali¹⁹⁸ e i canoni sinodali citati avessero un loro chiaro contenuto precettivo, obbligando i *Christifideles* al loro rispetto anche tramite censure e, dunque, che costituissero norme volte a garantire tanto la convivenza tra i membri della *societas*, quanto la realizzazione del fine ultimo di essa, la *salus animae*. Ciò premesso, si potrà meglio comprendere il rapporto, anche debitorio, che il matrimonio cristiano ha nei confronti del diritto secolare tardo antico, in particolare circa la forma celebrativa e il ruolo del consenso costitutivo del vincolo, potendosi così sciogliere l'interrogativo se ci si trovi di fronte ad un "matrimonio cristiano" o ad un semplice "matrimonio dei cristiani".

Circa il primo punto si è ampiamente visto come l'intervento del clero alla celebrazione fosse già attestato nei primi secoli, senza però esporre con quali forme e riti ciò avvenisse. Idonea al riassunto è l'elencazione di Sant'Agostino, il quale fa riferimento a «la solennità dello scambio degli impegni, la folla degli invitati, la valutazione della dote, la redazione delle tavolette¹⁹⁹», senza che però tale elenco possa essere ritenuto esaustivo. Ciò che comunque è già attestato, facendo parte della tradizione giuridica mediterranea, è la bipartizione tra *sponsali* e *nozze vere e proprie*. I primi, secondo il costume romano, avvenivano senza la presenza del clero, in un contesto strettamente familiare ove, in presenza del capofamiglia, avevano luogo la *dexterarum coniunctio* (che poi si sposterà nel rito nuziale) e la consegna dell'anello pronubo (discendente dalla *subarrhatio*)²⁰⁰. Il carattere privato dell'evento non significava che esso fosse per la Chiesa un atto minore, come di fondo era nel diritto romano; secondo il Gaudemet²⁰¹, anzi, esso fu incoraggiato nell'ambiente cristiano, venendone condannata la rottura tanto dai canoni conciliari²⁰² quanto dal magistero pontificio, all'interno del quale spicca il già

196M. GERPE GERPE, *La potestad...*, cit., pag. 5.

197Questo il pensiero, ad esempio, di E. SCHILLEBEECKX, *Marriage, secular reality and saving mystery*, II, London, 1965, pag. 28-33.

198Nè dev'essere dimenticato come quasi tutti i Padri della Chiesa fossero Vescovi.

199J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 46.

200P. DACQUINO, *Storia del matrimonio...*, cit., pag. 195-197.

201J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 42.

202Es. il c. 54 del Concilio di Elvira, cit.

anticipato insegnamento di papa Siricio²⁰³, che proibisce il matrimonio di un fidanzato con una terza persona, quasi a corroborare la coeva introduzione dei pegni a garanzia di una rottura ingiustificata della promessa.

A dimostrare la sempre maggiore importanza della promessa di matrimonio è l'introduzione del termine *desponsatio*, «del tutto eccezionale nella lingua letteraria romana classica e quasi ignorato dai testi giuridici²⁰⁴», il quale viene utilizzato per descrivere quella forma matrimoniale (tipicamente semitica) "per tappe", cui si è sopra accennato: in base ad essa, già all'atto degli sponsali, sorgevano gli obblighi matrimoniali mentre alle nozze spettava un ruolo minore, estrinsecato in sostanza dalla *deductio in domum*: il termine avrà una singolare fortuna in quanto viene utilizzato, già da San Girolamo, in riferimento al matrimonio della Vergine con San Giuseppe²⁰⁵ e ritornerà con prepotenza al momento dello "scontro" tra la scuola parigina e quella bolognese in merito al momento di perfezionamento del negozio matrimoniale.

Venendosi ora alle nozze vere e proprie, deve innanzitutto ricordarsi come esse si conformassero, in linea di massima, alle consuetudini locali, salvo il divieto di clandestinità e la reiterata insistenza per la partecipazione di un membro del clero, prima il vescovo poi anche un presbitero: dagli stessi Padri (Tertulliano, Ambrogio, Agostino) è possibile risalire alla presenza di elementi romani²⁰⁶ all'interno dei riti, tra i quali spiccano le *tabulae matrimoniales*, lette innanzi a tutti gli astanti (*recitatio tabularum*) e sottoscritte anche dal vescovo²⁰⁷, le quali contenevano non solo notizie riguardo la dote²⁰⁸ o altri accordi strettamente patrimoniali ma anche le ragioni che determinavano la nascita del vincolo, in particolare quello che in seguito sarà chiamato *bonum prolis*.

Accanto a questi adempimenti, propri comunque anche nelle nozze pagane, si collocava la "benedizione sacerdotale", che dal IV secolo inizia ad essere attestata documentalmente come *matrimonium sub benedictione sacerdotis* e le cui origini non possono però essere ritenute coeve a queste testimonianze ma assai più risalenti, probabilmente all'età apostolica e al costume giudaico dell'*huppah*²⁰⁹. A suffragio di questa ricostruzione sembra essere utile la testimonianza di Ambrogio il quale, parlando dell'imposizione del velo agli sposi²¹⁰, aiuta a comprendere come questo rito non coinvolgesse soltanto la donna ma si ponesse quasi ad imitazione della capanna tipica

203Ep. a Imerio; c. 4; PL 34,632)

204J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 44.

205Comm. in Matth., I, 17, 20 e de perpetua virginitate Beatae Virginis Mariae contra Helvidium, PL, 83,195.

206Quali il flammeo, il corteo nuziale, la ghirlanda di fiori accompagnata da una particolare pettinatura. V. P. DACQUINO, *Storia del matrimonio...*, cit., pag.201.

207S. Aug., *Sermo* 332,4; PL 38,1463.

208Ep. ad Oceanum, PL 22, 658.

209P. DACQUINO, *Storia del matrimonio...*, cit., pag. 237, si interroga circa l'origine della benedizione. Opponendosi fermamente a coloro che ne sostengono la comparsa solo nel quarto secolo, si appella alla testimonianza dell' Ambrosiastro, il quale sembra fare riferimento al rito ebraico dell' *huppah*, cioè della conduzione degli sposi sotto una specie di capanna, destinata a rappresentare il nuovo focolare domestico, all'interno della quale gli sposi ricevevano sette benedizioni.

210S. Ambr. Ep. 19 ad Vigilium, cit.

del matrimonio ebraico. Quanto al momento della benedizione, esso variava di molto a seconda delle consuetudini topiche ma, nella chiesa latina, era collocato il giorno stesso delle nozze: la sera, all'ingresso nel talamo, in Gallia e nelle chiese insulari del nord, durante la celebrazione eucaristica e all'atto dello scambio dei consensi, nei territori a più stretto contatto con la sede romana (particolarmente Africa e Italia)²¹¹.

Ad ogni buon conto, quale che fosse l'origine della benedizione, non sembra che essa fosse prevista *ad validitatem*²¹². Infatti, sebbene «gli *statuta Ecclesiae antiquae*, norme conciliari, Padri della Chiesa greca, siriana e latina, gli Atti dei Pontefici, testimoniando la presenza della *velatio*, della *benedictio* dopo aver ottenuto il congiungimento delle mani destre degli sposi da parte del sacerdote, dimostrino che anche nel momento rituale la Chiesa veniva ad elaborare i suoi propri e definitivi canoni²¹³», tuttavia «nessuno di questi passi indica che la benedizione fosse necessaria per trasformare l'unione in un matrimonio cristiano nel vero senso della parola»²¹⁴, potendosi tutt'al più arguire questa natura eventuale dalla stessa legislazione civile, in particolare dalla costituzione di Valentiniano III e Teodosio II del 428²¹⁵, che sanciva «*si donationum ante nuptias et dotis instrumenta defuerit, et pompa, etiam, aliaque nuptiarum celebritas omittatur, nullus aestimet ob id deesse, recte alias inito matrimonio firmitatem [...] si inter pares honestate personas, nulla lege impediante, fiat consortium, quod ipsorum consensu, et amicorum fide, firmatur.*»

Elemento essenziale era dunque, allora come oggi²¹⁶, il consenso delle parti, che la Chiesa accettò nelle sue linee essenziali mutuandolo dal diritto romano, non senza dibattere se esso solo fosse sufficiente alla nascita del vincolo o se non dovesse invece darsi una funzione perfezionatrice alla *copula carnalis*. Dovendo soffermarsi ampiamente sul punto in seguito, in questa sede sarà sufficiente ricordare l'opinione di San Giovanni Crisostomo²¹⁷, decisamente schierata nel senso che «*matrimonium non facit coitus sed voluntas*», così come quella di Ambrogio che, nel passo citato da Graziano²¹⁸, esprime il medesimo sentire del vescovo costantinopolitano.

Tuttavia inizia a presentarsi una netta distinzione tra il consenso matrimoniale cristiano e quello proprio al diritto romano: infatti il secondo presentava caratteristiche di *permanenza*, potendo cioè venire revocato in quanto, per regola generale, la volontà poteva disfare ciò che aveva costituito. Per i cristiani, invece, i *dicta* evangelici che proibivano il ripudio dovevano essere tenuti in giusta considerazione, spostandosi l'interrogativo sulla eventuale ammissibilità dello stesso in particolari contingenze. Il

211 Dell'epoca di Sisto III (432-440) è il *Praedestinatus*, redatto da un anonimo romano e nel quale si afferma che «*sacerdotes nuptiarum initia benedicentes, consecrantes ei in Dei mysteriis sociantes.*» PL 53,670.

212 G. KADZIOCH, *Il ministro...*, cit., pag. 29.

213 O. BUCCI, *Per la storia...*, cit., pag. 35.

214 G. KADZIOCH, *loc. ult. cit.*

215 L. 3, *Cod. Theod.*, III, 7.

216 Cfr. Can. 1057 *c.i.c.* e can. 1081 *vet. cod.*

217 *Homiliae in evangelium Mathaei*, Hom. XXXII, PG 56,802.

218 C. 27, q. 2, c. 1 e 4.

Gaudemet²¹⁹ ricorda come non venissero ammesse, quali cause giustificanti il ripudio, la sterilità femminile, il difetto fisico o malattia, una promessa di castità²²⁰, così come le nuove nozze provocate dalla prigionia del coniuge. La particolare *firmitas* del coniugio è quindi già ampiamente attestata, sopravvivendo solamente un dibattito sulla liceità delle seconde nozze nel caso di adulterio di un coniuge. La lettera delle Scritture sul punto non appare monolitica, dovendosi distinguere il Vangelo secondo Matteo (Mt 5,32 e 19,9) e la sua discussa eccezione relativa alla *πορνεία*, da quello secondo Marco (Mc 10, 11-12) che «dichiara adultero chi ripudia sua moglie e poi ne sposa un'altra²²¹» così come la moglie che abbandona il marito ed infine da quello di Luca (Lc 16,18), che considera solo l'abbandono della sposa traditrice.

Senza entrare nello scivolosissimo terreno dell'esegetica biblica, basterà ricordare come il diritto romano proibisse all'adultera le nuove nozze, punendo anche il contraente, senza però individuare un "*impedimentum ligaminis*" a monte. Tra gli scritti patristici, il *Pastore*²²² di Erma (II secolo²²³) ritiene addirittura obbligatorio il ripudio dell'adultera da parte del marito offeso (salvo il perdono, ignoto ai romani) ma proibisce allo stesso tempo le seconde nozze anche all'uomo. Nello stesso senso sono anche le testimonianze di Clemente Alessandrino²²⁴ ed Origene²²⁵, il quale ultimo nota come «alcuni capi della Chiesa permettano un nuovo matrimonio a una donna, mentre suo marito è ancora vivo²²⁶», onde evitare mali peggiori. Anche Tertulliano non approva le seconde nozze, per quanto contratte dal coniuge innocente, ma contemporaneamente, in riferimento all'adulterio, parla di *disunctio* contrapposta alla *coniunctio* del matrimonio, suscitando l'interrogativo, che emerge anche nel pensiero di Lattanzio, se intenda con detta locuzione un vero e proprio divorzio o una semplice separazione.

La patristica orientale della fine del V secolo, probabilmente influenzata dalla legislazione imperiale, appare tesa ad un minor rigore: così Basilio di Cesarea²²⁷ che, pur autorizzando l'uomo tanto al ripudio della moglie adultera quanto ad una seconda unione, costringe la donna in una posizione deteriore obbligandola a sopportare pazientemente adulteri, malversazioni ed abusi domestici, senza possibilità di lasciare il marito. Sempre per lo stesso autore, al contempo, l'abbandono del coniugio, determinato dalla semplice volontà di prendere un'altra moglie, costituisce adulterio, e l'uomo che si espone a detto peccato viene assoggettato ad una penitenza settennale.

Un pensiero come quello esposto è tutto fuorchè isolato, poichè la stessa interpretazione

219J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 51.

220Era invece ammessa la rinuncia, di comune accordo, ai rapporti coniugali.

221*Ibidem*, pag. 33-34.

222*Mand.* 4, cap. 1, 6. ed. A cura di F.X. FUNK, Tübingen, 1901.

223E' questa la datazione prevalente. Non sono tuttavia mancati coloro che l'abbiano assegnato al I secolo.

Cfr. V. DEL GIUDICE, *Momenti dottrinali...*, cit., pag. 319.

224*Strom.* 2, 23; PG 8, 1095.

225*Comm. In Mt.*, 19,16; PG 13, 1246.

226*Ibidem*, pag. 53.

227*In epist. can. ad Amphil.*, 9; Mansi, II, 7,471. Per G. KADZIOCH, *Il ministro...*, cit., dette epistole sono a tutt'oggi alla base della disciplina matrimoniale delle chiese orientali non in comunione perfetta con la sede romana.

del passo di Mt. 19,9 viene data da Ignazio di Poitiers²²⁸, Cromazio di Aquileia²²⁹, Asterio di Amasea²³⁰, Epifanio²³¹ e dallo stesso Ambrosiaster il quale, nella sua concezione fortemente antifemminile²³², inibisce le nuove nozze alla donna "innocente" ammettendole invece per l'uomo. A favore dell'ammissibilità del ripudio, nel caso di fornicazione, sono quindi padri latini e greci ma saranno questi ultimi, unitamente al dominio incontrastato del βασιλεύς sulla Chiesa, ad ispirare la prassi della Chiesa orientale, che ammette il divorzio seguito dalle seconde nozze in casi determinati, e nella quale ebbe piuttosto prevalenza il problema inerente alla eventuale "benedizione" delle unioni successive alla prima, tanto per i vedovi quanto per coloro che avessero contratto un primo vincolo, poi fallito. Tuttavia va dato altresì atto che, anche in Oriente, non sono rari i «difensori dell' indissolubilità senza eccezioni»²³³ come Vittore Antiocheno²³⁴ e Giovanni Crisostomo²³⁵. La posizione del successore di Sant'Andrea sembra presentare qualche ambiguità, visto un suo frammento nel quale è affermato che «l'adulterio della donna scioglie il matrimonio»²³⁶.

Quanto all'Occidente si può dire che la prassi della Chiesa latina, poi divenuta legge canonica, di non ammettere il divorzio per adulterio (con conseguente possibilità di attentare una seconda unione), trova i suoi ispiratori in San Girolamo²³⁷, Sant'Ambrogio (che giustifica l'indissolubilità sulla base del *sacramentum* di cui alla lettera agli Efesini) e, soprattutto, Sant'Agostino il quale accosta il tema in varie opere²³⁸ e il cui approccio è riassunto dal Gaudemet²³⁹ a partire dal concetto di fornicazione: se l'idolatria è fornicazione spirituale, a maggior ragione il matrimonio dopo il ripudio del coniuge deve essere condannato. Tuttavia anche il Vescovo di Ippona appare «un po' incerto nei primi scritti»²⁴⁰ riconoscendo l'ambiguità sul punto della Scrittura e la perfettibilità del proprio pensiero²⁴¹, giungendo ad interrogarsi sulla preferibilità del divorzio rispetto all'eventuale omicidio del coniuge. Tuttavia la sua posizione sembra essere divenuta col tempo più rigida, vista anche la sua partecipazione al Concilio di Cartagine del 407 in cui, al canone 11, «fu proclamata l'interdizione di nuove nozze dopo il ripudio dell'uomo

228 *Comm. in Mt.*, 4, 22; PL 9, 940.

229 *Tract. IX in Mt.*; PL 20, 951.

230 *Homil. in Mt.*, 19, 3-9; PG 40, 227.

231 *Haeres.*, 59, 4; PG 41, 1026.

232 Così J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 54.

233 P. PALAZZINI, *Indissolubilità del matrimonio*, in *Enciclopedia cattolica*, VI, Città del Vaticano, 1948-1954, pag. 1835.

234 *Comm. In Mc.*, X, 1-12.

235 *De libello repudii*; PG 51,221.

236 J. GAUDEMET, *loc. ult. cit.* L'Autore, tuttavia, sembra sposare l'opinione del Crouzel, ai sensi della quale il testo citato non può essere ritenuto vincolante.

237 *Ep. 55 ad Armand*; PL 22, 562 ed *Ep. 77* ("elogio di Fabiola").

238 Di cui la principale è certo il *de adulterinis coniugiis*, PL, 40, 473 ss.

239 J. GAUDEMET, *loc. ult. cit.*

240 P. PALAZZINI, *Indissolubilità...*, cit., pag. 1836.

241 «Ho scritto due libri sugli sposi adulteri, desiderando risolvere, per quanto era in mio potere e secondo le Scritture, una questione molto difficile. Non so se l'ho fatto in maniera saggia. E so benissimo di non essere giunto alla perfezione in questa materia.» *Retractationes* (II, 57,84), riportato da J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 54.

o della donna e nel quale i vescovi chiesero che in proposito venisse emanata una legge imperiale»²⁴². Nello stesso senso si porranno i circa coevi *Canoni degli apostoli*, che al n° 48 commineranno la scomunica al "divorziato risposato". La sinodo africana non costituisce una rottura (come qualcuno ha di recente sostenuto) ma si colloca in piena continuità con i sopra citati concili di Elvira ed Arles²⁴³ nel sancire lo sfavore per le seconde nozze da parte della Chiesa occidentale, venendo in ciò seguita anche da quelli di Angers (453) e Vannes (circa 461) e dalla successiva prassi.

Alla luce di questi brevi rilievi sembra potersi ritenere che, al tramonto dell'antichità, la "gestazione" del matrimonio cristiano (e quindi non di un semplice matrimonio "di" o "tra" cristiani) sia conclusa. La differenza tra le nozze dei fedeli e quelle pagane è divenuta lampante tanto da potersi affermare che vi siano due normative parallele, profondamente divergenti: «l'una riferita alla disciplina "civile" del matrimonio in quanto istituto societario; l'altra ai modi eticamente e disciplinarmente rilevanti di far uso delle facoltà riconosciute dalle leggi secolari²⁴⁴.» Di esse è naturale conseguenza «un parallelismo di interpretazioni potestatiche, riportabili a due distinti apparati di governo: le une dirette a verificare la conformità dei comportamenti personali alle leggi civili; le altre a controllare l'aderenza di quella medesima condotta umana alle norme etiche e alle norme disciplinari canoniche²⁴⁵», le quali, interferendo necessariamente nella materia matrimoniale (e non su punti secondari) rendevano urgente un controllo della Gerarchia ecclesiastica tanto sul momento genetico quanto su quello (eventualmente) finale. Sarà proprio tale controllo che, seppur in forme diverse da quelle tipicamente sinodali dell'evo antico e comunque in opposizione al tradizionale aformalismo, verrà sviluppandosi durante tutto il medioevo per giungere a compimento con il Concilio Tridentino.

242J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 54.

243Il cui testo appare contraddittorio, in quanto alla proibizione delle nuove nozze fa seguire il "consiglio" di non praticarle.

244P. BELLINI, *Sul processo di attrazione...*, cit., pag. 61.

245 *Ibidem*.

CAPITOLO II

L'AFFERMAZIONE DEL MONOPOLIO ECCLESIASTICO

1 – *L'alto medioevo. Un'epoca di transizione.*

Lo sfacelo della *Pars occidentis* sotto la pressione delle popolazioni germaniche, che già dal IV secolo avevano valicato il *limes*, e la suddivisione in regni autonomi del dominio di colei che fece «una sola patria di genti diverse e una città di ciò che prima era mondo»²⁴⁶, lasciò l'Europa occidentale in uno stato di dilacerazione giuridica sconosciuta da almeno cinque secoli, senza che la Chiesa, pur costituente «con la sua fede e la sua dottrina [...] un potente elemento di unità»²⁴⁷, potesse supplire a tale *vacatio*: da un lato infatti i popoli germanici, alfabetizzati dall'ariano Ulfila, erano ancora in massima parte fedeli a questa eterodossia, dall'altro la rivalità tra le sedi patriarcali di Roma, Costantinopoli, Antiochia ed Alessandria aveva reso più difficile la partecipazione dell'episcopato occidentale ai concili ecumenici che, dal sesto al nono secolo ebbero luogo principalmente in Oriente, sotto l'egida imperiale. I semi dello scisma del 1054 sono già gettati in quest'epoca di vera e propria incomunicabilità tra diverse concezioni del mondo, tra gli orgogliosi eredi della romanità ellenizzata, che ancora nel XIX secolo si qualificavano come "romei" e la Chiesa occidentale, supportata dalle armi dei fieri popoli germanici. Una differenza di approccio, non solo al trascendente ma anche alla Storia, magistralmente colta da Eugenio Corecco²⁴⁸, il quale distingueva in proposito due strade: «quella orientale che, di fronte all'assolutezza dell'essere, accetta l'assoluta relatività della realtà e della storia e tenta perciò un'uscita dalla contingenza della storia verso l'alto, per ritornare all'originaria purezza del "divino". Questa elevazione filosofica, perpendicolare alla direzione orizzontale della storia, permette platonicamente di superare le contraddizioni terrene, ma disattende ultimamente il destino dell'uomo di appropriarsi il mondo), vivendo un'escatologia senza storia. La seconda via, quella occidentale, fa leva invece sulla volontà dell'uomo di cogliere nel concreto della propria storia il destino ultimo di sé e della realtà. Essa tende a identificare Dio con la storia, intesa come progetto messo in atto dall'uomo, all'interno del quale esso vive un'esistenza priva di escatologia.» Da un lato, quindi, le infinite discussioni teologiche e le periodiche eresie, che porteranno addirittura monofisiti e monoteliti a preferire la conquista islamica al dominio "ortodosso" cesaropapista, dall'altra l'accentuata secolarizzazione della Chiesa, che condurrà agli eccessi del "papacesarismo" di Bonifacio VIII e ai Pontificati "politici" dei vari Borgia, Della Rovere, Medici.

In Italia, pur tra alti e bassi, i rapporti tra la Sede romana e l'Impero d'oriente proseguono, anche alla luce dell'esito vittorioso della guerra greco-gotica e della presenza permanente di presidi bizantini nelle Puglie, in Calabria, Sicilia e, soprattutto,

²⁴⁶Rut. *Nam., de redivo suo*, 47-66.

²⁴⁷J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 69.

²⁴⁸E. CORECCO, *Il valore della norma canonica in rapporto alla salvezza*, in ID. *Ius et communio*, Casale Monferrato – Lugano, 1997.

nell'Esarcato di Ravenna, al cui rettore è affidata anche la conferma imperiale del Pontefice eletto²⁴⁹, ma divergente è l'approccio al tema matrimoniale, impostato con una certa liberalità della normazione imperiale, in particolare delle *Novellae* 74 (anno 538) e 117 (del 542) le quali, come vedremo nella sezione dedicata alla legislazione matrimoniale statale, si distaccarono in punti non secondari dal magistero patristico e conciliare.

Proprio la presenza sul suolo italico del soglio petrino il cui Primato, anche se in senso solo onorifico, era già stato riconosciuto dal Concilio di Calcedonia del 451²⁵⁰, rende scarsa l'attività sinodale. Tra il 504 e il 679 sono poche le riunioni dei vescovi italici, con un'attività tesa a dare esecuzione alle condanne delle eterodosie orientali o, comunque, a tutela dei diritti patrimoniali della Chiesa di Roma²⁵¹, che aveva già assunto un ruolo di guida sotto i pontificati di Gelasio, Innocenzo, Leone e Gregorio Magno, «i quali non si stancarono mai di tener ferme le loro pretese, convalidate da numerose nuove finzioni, e di rivolgere le proprie cure a tutte le parti della Chiesa, non lasciandosi dagli insuccessi rimuovere dall'intrapreso cammino.»²⁵² Giudizio questo, fundamentalmente corretto, anche se il luterano Friedberg tende ad omettere come sia necessario che, perchè un'autorità si imponga, occorra altresì qualcuno che la accetti, soprattutto *in spiritualibus*.

Non è certo un caso se inviati papali (*rectius* legati) sottoscrissero i decreti del Concilio di Arles e di quello niceno, in qualità non di semplici rappresentanti di un assente ma di veri e propri delegati nè se, ancora in piena diatriba ariana, il can. 3²⁵³ del Concilio di Sardica (343-344) aveva ammesso la ricorribilità a Roma avverso una decisione assunta da una sinodo topica, senza però attribuire al successore di Pietro la facoltà di modificarla ma solo di valutare se fossero presenti elementi necessitanti un ulteriore esame. Su questa scia, nel 382, i vescovi priscilliani spagnoli avevano inviato a Roma una memoria a propria discolta, mentre quelli africani, coevi a Sant'Agostino (e quindi, con ogni probabilità, anch'egli), avevano la consuetudine di consultare l'Urbe per la soluzione di questioni dogmatiche.

Il protagonismo pontificio nel governo ecclesiale, ancora contenuto dalla sinodalità propria dell'antichità cristiana, assunse sempre maggior rilievo man mano che in Occidente il potere imperiale declinava e ciò non solo circa temi strettamente teologici ma anche riguardo ad altri più latamente pastorali come le nozze. In proposito appare essenziale la testimonianza di San Leone Magno († 461), che «presenta la significación sagrada del matrimonio como algo inherente al matrimonio cristiano *por su intrinseca*

249Ultimo a ricevere tale conferma sarà Gregorio III, nel 731. Per assurdo il primo a non domandarla sarà l'ultimo pontefice di origine greca, Zaccaria.

250Che, in tema matrimoniale, aveva altresì anatemiato il ratto a scopo di matrimonio (c. 27).

251J. GAUDEMET, *Storia del diritto canonico. Ecclesia et civitas*, Torino, 1998, pag. 258. «In Italia durante lo stesso periodo [dal V al X secolo] l'attività conciliare fu più modesta. I concili romani tenuti tra il 504 e il 679 presero poche misure disciplinari. Essi dovettero far rispettare la dottrina ortodossa. E' così che il concilio del Laterano del 649 condannò il monotelismo.»

252E. FRIEDBERG – F. RUFFINI, *Trattato...*, cit., pag. 47.

253C. 6, q. 4, c. 7.

constitución»²⁵⁴, affermando che «*aliud est uxor, aliud concubina, sicut aliud ancilla, aliud libera. Propter quod etiam Apostolus, ad manifestandum harum personarum discretionem, testimonium ponet ex Genesi, ubi dicitur Abrahae: Ecce ancillam et filium eius; non enim haeres erit filius ancillae cum filio meo Isaac. Unde cum societas nuptiarum ita ab initio constituta sit, ut praeter sexuum coniunctionem haberet in se Christi et Ecclesiae sacramentum, dubium non est eam mulierem non pertinere ad matrimonium, in qua docetur nuptiale non fuisse mysterium*»²⁵⁵. Il Pontefice toscano non si arrestò tuttavia ad una mera esposizione dottrinale, arrivando anche a dettare i criteri per la distinzione dello status coniugale rispetto al concubinato: «*igitur cuiuslibet loci clericus, si filiam suam viro habenti concubinam in matrimonium dederit, non ita accipiendum est quasi eam coniugato dederit nisi forte illa mulier et ingenua facta, et dotata legitime et publicis nuptiis honestata videatur*»²⁵⁶, confermando così la discriminazione già espressa, in forma diversa, dal Concilio di Toledo del 400.

In tema di distinzione tra sponsali e nozze è invece interessante la lettera di Papa Gelasio († 496) al conte Ostilio, probabilmente un alto funzionario del re ostrogoto Teodorico nell'Italia meridionale, il quale aveva incriminato per ratto «un appartenente al clero, che aveva evitato la festa di nozze accontentandosi della celebrazione sponsale.»²⁵⁷ E' una delle prime descrizioni del costume altomedievale che, conformemente all'uso germanico, prediligeva gli sponsali (trasferimento del *mundio*) rispetto alle nozze le quali, specie negli strati più umili²⁵⁸ della società, venivano addirittura omesse, ritenendosi l'inizio della convivenza presunzione di consenso; da qui, probabilmente, l'uso di farvi intervenire un membro del clero, per una benedizione che però non deve essere confusa con il *more romano* della celebrazione eucaristica, indissolubilmente legata alle nozze vere e proprie.

Tuttavia queste costumanze non distolsero la Sede Apostolica dalla battaglia contro le unioni clandestine, come attesta la ripresa dell'inciso leonino sulla pubblicità del consenso contenuta nel decreto del papa Ormisda († 523) sancente: «*nullus fidelis, cuiuscumque condicionis sit, occulte nuptias faciat, sed benedictione accepta a sacerdote publice nubat in Domino*»²⁵⁹. Stranamente meno rilevanti in materia sono invece gli interventi di Gregorio Magno († 604), i quali non appaiono innovativi, dedicati come sono quasi esclusivamente al tema, morale più che giuridico, della continenza degli sposi, salva un' interessante novità: «la condanna del coniuge che lascia l'altro coniuge e i figli per entrare in convento»²⁶⁰, dal che il Gaudemet deduce che si trattasse di malcostume diffuso²⁶¹.

254Il corsivo è dell'autore. M. GERPE GERPE, *La potestad...*, cit., pag. 6.

255*Ep. ad Rusticum ep. Narbonensem*; PL 54,1204.

256*Ibidem*. Riportata da P. GISMONDI, *La celebrazione...*, cit., pag. 312.

257Cfr. P. DACQUINO, *Storia del matrimonio...*, cit., pag. 275.

258Le nozze comportavano infatti una festa, che spesso degenerava nelle più spinte gozzoviglie. Questa, oltre ad avere un costo non indifferente, veniva vista di malocchio dal clero per le sue degenerazioni.

259C. 30, q. 5, c. 2.

260J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 73.

261Non credo che una simile pratica debba stupire. Nelle condizioni di miseria assoluta dell'Italia dell'epoca, l'ingresso in convento poteva garantire per alcuni il cibo, per altri la salvezza da una giustizia

Lo sviluppo del primato petrino, se in qualche maniera tarpa le ali alla sinodalità italiana, d'altro canto non impedisce che oltralpe i vescovi si riuniscano con una certa periodicità, affrontando questioni di non secondaria importanza: *in primis* l'«empêcher les mariages incestueux en légiférant sur les empêchements de parenté, par alliance ou consanguinité»²⁶², nonché per condannare il ratto (visto ancora come un crimine contro l'autorità paterna, in conformità all'uso germanico dell'acquisto del *mundio* sulla sposa dal futuro suocero) e tutelare il consenso degli impuberi, oltre alla prevenzioni di unioni *in cultus disparitate* di fanciulle cristiane con ebrei²⁶³, «allo scopo di rendere quanto più possibile aderente alla morale cristiana il vincolo matrimoniale»²⁶⁴, tentando in tal guisa di intervenire tanto sul diritto romano quanto su quello germanico.

E' del 465, con il citato concilio di Vannes, l'interdizione del matrimonio ai chierici dopo la ricezione del suddiaconato, anche se il matrimonio non è espressamente qualificato nullo; lo stesso per le donne (vergini o vedove) che avessero fatto voto di castità mentre, in materia di indissolubilità le norme barbare non mostrano maggior rigore di quelle romane, tanto da indurre il Concilio di Orléans del 533 a fulminare la scomunica contro gli sposi che si fossero separati per malattia di uno dei due, così come il successivo (681) XII concilio toletano, che giunge a proibire qualsivoglia separazione, salvo il caso (evangelico) dell'adulterio.

Le prescrizioni di questi concili, principalmente franchi ma anche visigotici, furono fatte proprie dai Papi: Gregorio II al Concilio romano del 721 condannerà ogni matrimonio tra "cognati", mentre Zaccaria, a quello del 743, raccomanderà nuovamente la benedizione ecclesiastica, dando così adito al sospetto «que beaucoup de mariages à l'époque se faisaient sans aucun contrôle ecclésiastique sur l'acte d'entrée en l'état matrimonial. Les fidèles s'unissaient soit selon les lois civiles soit par simple échange de consentement»²⁶⁵, prassi cui i concili avrebbero reagito con regolamenti disciplinari, giungendo a comminare financo la separazione, la scomunica e, comunque, una penitenza²⁶⁶.

Al di là delle scarse testimonianze date dalle decretali pontificie, (raccolte per la prima volta da Dionigi il Piccolo alla fine del V secolo) e dagli altrettanto modesti canoni sinodali, la disciplina del matrimonio in Italia si distingue a seconda della stirpe: l'invasione longobarda (568) portò infatti ad una discriminazione, anche a livello di soggezione alla legge, tra gli abitanti della penisola: i romani restavano soggetti al

sommaria; quanto ai familiari "ognuno per sè, Dio per tutti."

262J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 64-65.

263In proposito si possono citare i Concili: I di Orléans (511), Epaoenne (517), Lione (517), Lérida (524), II di Toledo (527-531), II di Orléans (533), Clermont (535), III di Parigi (attorno al 557), Tours (567), II di Lione (583), Londra 605, V di Parigi (circa 615), I di Reims (625). Da notare che fino al Concilio romano del 721 non v'è notizia di sinodo italiane che abbiano affrontato il tema matrimoniale. *Amplius*, sui concili franchi di quest'epoca, O. PONTAL, *Historie des conciles mérovingiens*, Paris, 1989.

264V. DEL GIUDICE, *Momenti dottrinali...*, cit., pag. 339.

265J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 73.

266Il tema è ricorrente nei *libri paenitentiales* britannici. Ad esempio quello detto dello Pseudo Teodoro (IV,33), che sulla scia del concilio toletano del 400 ritiene sufficiente che un uomo si accontenti di una sola donna, sia essa moglie o concunina. Cfr. J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 77.

proprio diritto, mentre i germani (ancora ariani), all'uso tipicamente indoeuropeo, si consideravano quasi una casta separata, applicando a loro stessi le proprie consuetudini ataviche, almeno fino all'editto di Rotari (643) che in qualche maniera le "codificò". Oltre si avrà modo di verificare come le nozze longobarde, talvolta contratte avanti all'assemblea degli arimanni o al tribunale, non costituissero un "matrimonio civile" *ante litteram*, come rilevato dal Brandileone nella sua celebre opera sulla celebrazione del matrimonio in Italia²⁶⁷, sebbene in essa venga fatto riferimento ad un intervento dello "stato" in essa, quasi che detta categoria moderna fosse applicabile all'altomedioevo.

Senza comunque anticipare temi su cui ci soffermerà ampiamente *infra*, in questa sede sarà sufficiente ricordare come la scarsità di documenti ecclesiastici, relativa al periodo a cavaliere tra il VI e il VII secolo, sia in qualche modo colmata dal magistero di quello che «è generalmente considerato l'ultimo Padre della Chiesa occidentale»²⁶⁸: Isidoro di Siviglia († 636). La sua produzione letteraria, priva di originalità ma ricca di fonti²⁶⁹, contribuisce a rimuovere ogni dubbio sulla natura consensualistica del matrimonio (pur con l'uso dell'ambigua "*desponsatio*") quando, nelle sue *Etymologiae*, sancisce che «*coniuges verius appellantur a prima desponsationis fide, quamvis adhuc inter eos ignoretur coniugalis concubitus*»²⁷⁰. Non solo: questo vero e proprio «educatore del medioevo»²⁷¹ presenta la più completa (per l'epoca) esposizione del vincolo: «ripropone la gerarchia degli stati: verginità, continenza, matrimonio; riafferma i "tre beni" indicati da Agostino», ribadendo i concetti di *mutuum adiutorium*, *remedium concupiscentiae*, *seminarium Ecclesiae*; ricorda l'indissolubilità «giustificata nel parallelo dell'unione di Cristo e della Chiesa e nella nozione di *sacramentum*²⁷²», inteso quest'ultimo, sulla scorta del *Doctor Gratiae*, come *rei sacrae signum*. Sempre isidoriana è, infine, la descrizione della liturgia nuziale spagnola, «che aveva assunto la forma di una *benedictio thalami*», all'uso gallico, mentre sulla scia della conquista visigotica, «il fidanzamento di questo periodo aveva anche una propria liturgia, con un anello come *arrha* e acquistava un carattere quasi vincolante», lasciandosi un ruolo residuale alla velazione degli sposi, cui il sivigliano solo accenna, e che si sarebbe svolta in chiesa, *more romano*, con gli sposi uniti dal diacono per mezzo di un manto.

L'VIII secolo è invece più prodigo di testimonianze, principalmente a cagione dell'ascesa della dinastia dei pipinidi, maestri di palazzo d'Austrasia, consolidatasi anche per mezzo di un ferreo legame con la Chiesa, favorito dalla debolezza e dalla degenerescenza della dinastia merovingia. Del resto si trattava di un "cambio di regime" dettato dall'utilità comune: le condizioni declinanti della Chiesa franca vengono descritte dall'evangelizzatore della Germania, Bonifacio, in un'epistola al citato pontefice Zaccaria. Sorgerà da questa denuncia lo stimolo ad una rinnovata sinodalità, che "sconfinerà" anche in Italia, con i sopra ricordati Concili romani del 721, 743 e 745, nei

267F. BRANDILEONE, *Saggi sulla celebrazione del matrimonio in Italia*, Milano, 1906, pag. 6 ss.

268 *Ibidem*, pag. 350.

269 Così G. MADOZ, *Isidoro di Siviglia*, in *Enciclopedia Cattolica*, VII, Città del Vaticano, 1948-1954, pag. 257.

270C. 27, q. 2, c. 6.

271 G. MADOZ, *loc. ult. cit.*

272 J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 73.

quali si comminano separazione e penitenza per i coniugi "incestuosi" oltre ad introdursi, per la prima volta, l'impedimento di *cognatio spiritualis*. Sempre su questa scia, un'altra interessante testimonianza è data da un'epistola decretale in materia matrimoniale, inviata dal Papa Gregorio II ancora al nominato Bonifacio, la quale attesta da un lato la stretta corrispondenza che i "restauratori" della Chiesa mantenevano con la Sede Apostolica, dall'altro l'insorgenza del potere papale in tema di limitazione dello *jus connubii*, facendo riferimento a due impedimenti: la parentela entro il quarto grado (già richiamata dal Concilio del 721) e l'impotenza femminile²⁷³.

In tal guisa, chiusa l'aurea epoca patristica e «in un mondo in preda all'incertezza», l'autorità ecclesiastica «trova terreno fertile per la propria affermazione, con netto sviluppo della sua legislazione e giurisdizione»²⁷⁴. Lo attesta altresì l'ultima importante sinodo dell'VIII secolo, quella tenutasi a Cividale del Friuli nell'anno 796, che accosterà il tema matrimoniale trattando temi destinati a divenire autentici *Leitmotive* delle adunanze ecclesiastiche carolingie: il can. 8 «tratta dei matrimoni proibiti per ragioni di parentela e prescrive le norme da osservarsi nella conclusione del matrimonio in generale, affinché più facilmente e più sicuramente si possa evitare di concludere matrimoni proibiti»²⁷⁵, obbligando gli sposi stessi a compiere una sorta di inchiesta sulle loro rispettive ascendenze, interrogando vicini ed anziani, per poi comunicarne l'esito al ministro sacro. Nel caso in cui l'impedimento fosse occulto e venisse conosciuto soltanto in seguito, il canone ordina la separazione (con il consiglio della continenza), dando comunque legittimazione ad un'eventuale prole nata *manente vinculo*. Nel caso invece di completa omissione dell'indagine, gli "incestuosi" dovevano essere separati, soggetti ad una penitenza perpetua, gli veniva interdetta un'ulteriore unione e la prole veniva tenuta per illegittima (perdendo ogni diritto ad un'eventuale eredità)²⁷⁶. Il canone 9 si

273V. P. D'ACQUINO, *Storia del matrimonio cristiano alla luce della Bibbia*, II, *Inseparabilità e monogamia*, Torino, 1988, pag. 219. «Igitur in primis legebatur ut quarta progenies propinquorum in matrimonio copuletur. Dicimus quod oportuerat quidem quamdiu se agnoscunt affinitate propinquos, ad huius copulae non accedere societatem. Sed quia temperantia magis sed praesertim in tam barbara gente, placet plusquam districtio censurae, concedendum est ut post quartam generationem iungantur. Nam quod posuisti quod si mulier infirmitate correpta, non valuerit viro debitum reddere, quid eius faciat iugalit? Bonum esset si sic permaneret et abstinentiae vacaret. Sed quia hoc magnorum est, ille qui se non poterit continere nubat magis, non tamen subsidii opem subtrahat ab illa cui infirmitas prepedi et non detestabilis culpa excludit.» Una parte della critica ha ritenuto che detta epistola fosse una legittimazione del divorzio per impotenza sopravvenuta. Tale ricostruzione non sembra però compatibile con le fonti precedenti, le quali attestano la liceità della separazione (o in qualche caso anche del ripudio) esclusivamente per scostumatezza o adulterio, in linea del resto con i *dicta* evangelici.

274 *Ibidem*, pag. 70.

275F. BRANDILEONE, *Saggi...*, cit., pag. 283.

276C. 8: «De his autem, qui propinqui sanguinis affinitatem sibi in matrimonium sociare tentaverint..., ut melius cautiusque prospeximus dignum duximus definire. Ita dumtaxat, ut nemini liceat furtim raptimque nuptias contrahere, ne forte per erroris ignaviam, vel certe (quod peius est) diabolico instigati amore, illicita connubia celebrentur. Sed interventis pactis sponsalibus, per aliquam dilationis moram, requisiti quin etiam diligenti cura vicini vel maiores natu loci illius, qui possint scire lineam generationum utrorumque, sponsi scilicet vel sponsae. In eo etiam, ut sine notitia sacerdotis plebis illius nullatenus fiat, quatenus nulla deinceps separationis tribulatio intercedat. Si vero hoc ordine cuncta peragantur ac probatum sine fraude testium fuerit, et causa contigerit quod postea aut ipsi recordati fuerint, qui primum se nescire professi sunt, aut certe per aliorum veracium hominum testimonium,

interessa invece dell'età minima per contrarre e, stranamente, dei matrimoni tra soggetti il cui divario generazionale fosse eccessivo, comminando addirittura la scomunica per i trasgressori «*sed nec a publicis sit immunis iudiciis*»²⁷⁷, ponendosi con ciò sulla linea dell'editto di Liutprando (§ 12), che aveva già preso in considerazione il problema.

La conquista franca dell'Italia, con la *debellatio* del regno longobardo (774), portò Carlo Magno a Roma per la Pasqua dello stesso anno, iniziando una stretta collaborazione con il Papato che sarà attestata dal successivo invio da parte di Papa Adriano della raccolta canonica nota sotto il nome di *Dyonisio-adriana*. Si afferma in questo modo, con reciproche concessioni, l'ideale medievale della *ordinatio ad unum* del potere temporale e di quello spirituale, che sboccherà nella *renovatio Imperii* dell'anno 800²⁷⁸.

Non è necessario in questa sede scendere nei dettagli che porteranno al collasso l'effimera cratura carolingia ma, allo stesso tempo, vale la pena ricordare come da essa nascerà un' Istituzione destinata a durare oltre un millennio, che darà vita a costruzioni giuridiche plurisecolari tra le quali, quella che ai fini del presente studio appare più rilevante, è la nascita di un nuovo *status*, quello di "servo". Quest'ultimo si distingue dallo schiavo in quanto non è semplicemente considerato una *res* bensì una persona, seppur *capitis deminuta*, alla quale è rinconosciuto il *jus connubii*, ancorchè limitato dalla necessità del consenso signorile²⁷⁹. Questa discriminazione, profondamente anticristiana e comunque combattuta dalla Chiesa nei limiti del possibile, appare utile a dimostrare come questa non detenesse ancora il monopolio della legislazione in materia matrimoniale, che inizierà ad affermarsi soprattutto dopo la morte di Carlo (814), attraverso l'opera degli iniziatori del diritto canonico.

2 – Rafforzamento della potestà ecclesiastica in età carolingia.

L'effimerità della restaurazione dell'impero occidentale, seppur sotto mutata concezione, non impedì alla Chiesa, e alla Santa Sede in particolare, di trarre

*inveni fuerint in eo grado consanguinitatis, quo segregari solent. Segregentur tamen quidem ab invicem et agant poenitentiam et, si fieri potest, perseverent utriusque inupti... Filii vero qui ex tali matrimonio procreati fuerint legitimi habeantur ad hereditatem defuncti capiendam.» Nel caso invece di omissione di tali formalità «Separentur quoque et ipsi et cunctis diebus vitae suae sub poenitentiae lamento permaneant atque ad secundas nuptias numquam vel ille vel illa perveniant...; filiique qui de tam incesto coniugio nati fuerint, improbi habeantur nullamque rerum adipisci valeant parentum facultatem.» PL 13, 829 ss.; *Ibidem*.*

277 «*Ante annos pubertatis, idest infra aetatem [...] In dissimili aetate, cum contingit puerum adultum esse et puellam parvulam, et e contrario, si puella matura aetatis et puer sit tenerae.*»

278 Favorita anche dall'asserita vacanza del trono costantinopolitano, sul quale sedeva in quel momento una donna, l'imperatrice Irene.

279 Concilio di Chalon-sur-Saône dell'anno 813. C. 29, q. 2, c.8. Gli sposi non possono venire separati dai signori mentre «il matrimonio tra una donna libera e un servo, di cui essa conosce la condizione, è considerato valido.» La schiavitù, allora in netto regresso, impediva invece il matrimonio, nonostante l'opposizione della Chiesa. Tuttavia l'impedimento impediente relativo alla schiavitù (*servitus proprie dicta*) permarrà all'interno del diritto canonico fino alla codificazione del 1917, impedendo l'ordinazione (can. 987 *vet. cod.*) e, in materia matrimoniale, come *error in qualitate*, autonomo rispetto all' *error in qualitate redundans in errorem personae* (can. 1083 § 2 n. 2 *vet. cod.*). Detta norma non è stata recepita dalla vigente codificazione canonica.

giovanamento dalla maggiore stabilità di una potestà civile che chiedeva il suo supporto. Se da un lato la potestà civile non cessa di interessarsi delle nozze, come attesta ad esempio il *Capitulare missorum* di Carlo Magno (802)²⁸⁰, nel quale il novello Imperatore prescrive ai vescovi e ai sacerdoti di indagare sulle costumanze matrimoniali, dall'altro il secolo IX appare più prodigo di testimonianze circa l'avocazione della potestà in materia matrimoniale da parte dell'autorità ecclesiastica, anche per mezzo delle prime raccolte di decretali, spesso falsificate od interpolate, che videro la luce principalmente alla corte di Carlo il Calvo e tra cui spicca per importanza la raccolta detta "pseudoisidoriana"²⁸¹. Probabilmente utilizzata quale mezzo illecito per raggiungere il pur nobile scopo della riedificazione della chiesa, essa univa decretali pontificie (la cui raccolta era attribuita a certo Isidoro Mercator²⁸²) e capitolari (leggi imperiali ed ecclesiastiche) ordinate da tale Benedetto Levita²⁸³, accomunate dal prevalente fine di «liberare la Chiesa, ed in particolar modo i vescovi, da ogni ingerenza, combattendo tutto ciò che menomava la loro autorità»²⁸⁴. All'uopo, detta «opera grandiosa di falsificazione sistematica²⁸⁵», oltre a contenere invenzioni tanto fantasiose quanto celebri (come la "donazione di Costantino"²⁸⁶), si occupava altresì della materia matrimoniale, cercando di dare ordine al disordine ed in qualche maniera "nobilitando" la celebrazione matrimoniale all'uso germanico: lo scopo era perseguito in particolare per mezzo di una falsa decretale, attribuita al Pontefice Evaristo († 107), nella quale si "canonizzava" il mundio germanico e l'acquisto della sposa dall'esercente la potestà su di lei²⁸⁷, oltre ad insistere sulla dote quale elemento caratterizzante le giuste nozze, così

280Cfr. J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 77.

281«La personalità e l'opera dello pseudo-Isidoro non si possono comprendere fuori dal loro ambiente storico. Nel Regno dei Franchi si erano accumulate diverse forme di disciplina ecclesiastica: il diritto antico universale, i particolarismi regionali delle Chiese della Gallia e le norme di carattere ascetico-morale della disciplina penitenziale che avevano portato con sé i missionari della Chiesa insulare; inoltre le concezioni giuridiche germaniche intaccavano la disciplina ecclesiastica, causando con il tempo una vera decadenza di essa.» Così A.M. STICKLER, *Pseudo-Isidoro*, in *Enciclopedia Cattolica*, X, Città del Vaticano, 1948-1954, pag. 242

282Commistione tra Isidoro di Siviglia e Marius Mercator, scrittore del V secolo.

283Probabilmente pseudonimo dell'interpolatore.

284A.M. STICKLER, *Pseudo-Isidoro*, pag. 243.

285*Ibidem*, pag. 242.

286Che il Primato romano fosse un concetto preesistente alla falsificazione *de qua* è rilevato dallo stesso Friedberg (per quanto in maniera particolarmente critica): «Per quanto poi si affermi il concetto dell'unità della Chiesa e per quanto l'idea della supremazia del Pontefice venga posta a capo di tutto, ciò non accadde però se non perchè da una parte il falsificatore accolse anche delle falsificazioni anteriori, che già tendevano a tale scopo, e d'altra parte perchè, quando venne deferito al papa, e ancora non senza varie limitazioni, il giudizio definitivo sui vescovi, questi non avevano più a temere dello stato e dei loro metropolitani.» Questo il giudizio di E. FRIEDBERG – F. RUFFINI, *Trattato...*, cit., pag. 59-60.

287«*Similiter custoditum et traditum habemus et uxores legitime viro iungantur. Aliter enim legitimum, ut a patribus accepimus et a sanctis apostolis eorumque successoribus traditum invenimus, non fit coniugium, nisi ab his qui super ipsam feminam dominationem habere videntur et a quibus custoditur, uxor petatur et a parentibus propinquieribus sponsetur et legibus dotetur et suo tempore sacerdotaliter ut mos est, cum precibus et oblationibus a sacerdote benedicatur et a paranympis ut consuetudo docet, custodita et sociata, a proximisque tempore congruo legibus, detur et solemniter accipiatur.*» V. P. HINSCHIUS, *Decretales pseudoisidorianae et capitula Algramni*, Lipsia, 1863, pag. 87-88, ripreso da P.

come era stato già anticipato da Leone I quattro secoli addietro.

Tema ancora particolarmente urgente era quello inerente al matrimonio tra consanguinei entro i "gradi proibiti", tendenzialmente coincidenti con quelli dei "successibili", in particolare a causa della confusione tra il *mos romanum* di computo e quello *germanicum*²⁸⁸: per il primo, ad esempio, tra fratello e sorella correva il secondo grado di consanguineità, mentre nel secondo il computo avveniva calcolando le generazioni e non le persone, perciò tra gli stessi correva il primo grado. Per garantire efficacia ai provvedimenti, il rafforzamento del ruolo episcopale (o comunque clericale) sotteso alla compilazione di Benedetto Levita, prevede un'inchiesta preliminare su eventuali vincoli di parentela affidata al vescovo e al presbitero, dovendo il nubendo cercare il sacerdote competente «*et ibi inquirere una cum populo ipse sacerdos debet si eius propinqua sit aut non, aut alterius uxor, alii sponsa vel adultera. Et si licita et honesta omnia pariter invenerit, tunc per consilium et benedictionis sacerdotis et consultu aliorum bonorum hominum eam sponsare et legitime dotare debet [...]* Sed posteaquam ista omnis probata fuerint et nihil impedierit, tunc si virgo fuit, cum benedictione sacerdotis, sicut in sacramentario continetur et cum consilio bonorum hominum publice et non occulte ducenda est in uxor»²⁸⁹. Di certo questa rigorosa verifica *ex ante* non doveva essere particolarmente diffusa, tanto da doversi comminare, nella stessa raccolta, «sanzioni per i contravvettori, separazione degli incestuosi, "esilio perpetuo", interdizione di risposarsi e, se tali misure non bastassero, ricorso al braccio secolare»²⁹⁰, estendendo il divieto di nozze tra parenti fino alla settima generazione. Un capitolare di Lotario (826) commina scomunica episcopale e separazione nel caso di matrimonio tra primi cugini o nel secondo grado collaterale. Nello stesso senso procede l'attività sinodale: il Concilio di Magonza (813), promosso da Carlo Magno, impose la separazione ai coniugi che fossero risultati cugini terzi, senza grandi risultati, visto che a fine secolo (887) il Concilio di Colonia sarà costretto a rilevare la frequenza di queste "congiunzioni incestuose e diaboliche", così come quello di Metz dell'anno successivo, mentre è la sinodo di Tribur (895, canoni 7 e 8) ad investire alcuni laici (chiamati "testi sinodali", quasi antenati del moderno "promotore di giustizia") della funzione di denunciare ai vescovi i legami incestuosi, in modo che questi potessero "dissolverli".

Accanto alle decretali pseudo isidoriane e ai canoni conciliari, un ruolo da protagonista nello sviluppo della dottrina canonica in materia matrimoniale è giocato dall'Arcivescovo di Reims, Incmaro († 882)²⁹¹: può dirsi sua, infatti, la prima esposizione

DACQUINO, *Storia del matrimonio...*, cit., pag. 280-281.

288 Che sarà poi adottato dai canonisti fino al codice del 1983, il cui can. 1091 si è adeguato al sistema romano.

289 Riportato da P. GISMONDI, *La celebrazione...*, cit., pag. 313. Benedetto Levita, ed. Knust, M.G.H., VII, 179.

290 J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 86.

291 Nato da nobile famiglia franca, ricevette l'arcivescovado da Carlo il Calvo nell'845. Si distinse in modo particolare per l'obiettività con cui contestò le decretali pseudoisidoriane nell' *Opusculum* contro il nipote Incmaro di Laon. *Amplius* v. L. SPÄTLING, *Incmaro di Reims*, in *Enciclopedia Cattolica*, VI, Città del Vaticano, 1948-1954, pag. 1669-1670.

in merito alla rilevanza circa la costituzione del coniugio della copula carnale²⁹², non nel senso che essa fosse essenziale alla creazione del vincolo, bensì riguardo alla possibilità di uno scioglimento dello stesso in sua assenza. Sempre al detto presule è attribuibile una forte difesa del principio dell'indissolubilità, con la presa di posizione contro il ripudio di Ansgarda da parte di Lodovico il Balbo e, soprattutto, avverso la pretesa del re Lotario II di divorziare dalla moglie Teutberga. L'arcivescovo di Reims, opportunamente qualificato dal Gaudemet come «consigliere matrimoniale»²⁹³, espresse le proprie rimostranze rispondendo alle trentatré interrogazioni propostegli dal Concilio di Aquisgrana del 862, che vennero poi riassunte nella sua opera "*de divortio Lotharii et Teutbergae reginae*".

La questione non era di secondaria importanza in quanto il monarca, che intratteneva un concubinato con tale Waldrada, aveva sposato nell'855 la sunnominata figlia del conte di Borgogna. Probabilmente stanco di questa, l'accusò di avere intrattenuto prima del matrimonio rapporti incestuosi e sodomitici con il proprio fratello Umberto, abate di S. Maurice. La "scoperta" di questa illecita relazione l'avrebbe quindi resa indegna del ruolo di regina, portando il Sovrano a ripudiarla pretendendo altresì di passare a nuove nozze. Nonostante il campione designato dalle regina fosse uscito indenne dall'ordalia, Teutberga aveva ammesso la propria colpevolezza in confessione all'arcivescovo di Colonia Gunther, cappellano del marito, il quale non esitò a denunciarla, violando il segreto della confessione. Convocata avanti ad un concilio in Aquisgrana, fece qualche ammissione di colpevolezza, principalmente a cagione delle minacce e delle intimidazioni subite: ciò venne ritenuto sufficiente dai vescovi per vietarle di continuare la convivenza con il Re e, allo stesso tempo, per ingiungerle di ritirarsi in un monastero. Una seconda riunione episcopale (sempre in Aquisgrana, ma nell'anno 862) concesse a Lotario l'agognato permesso di prendere come nuova moglie l'antica amante Waldrada, il che avvenne con grande pompa lo stesso Natale, venendo l'atto ratificato da un ulteriore Concilio tenutosi a ancora a Metz. Incmaro aveva rifiutato di partecipare a queste sinodo, asserendo che la questione era sì seria da richiedere la convocazione di un concilio generale e il giudizio del papa²⁹⁴, al quale comunque la regina appellò, dopo

292«I canonisti discutono ancora quale fosse l'esatta portata delle asserzioni di Incmaro ma ciò dipende dal fatto che essi vi proiettano sopra le nostre categorie attuali, finendo così di non più comprenderle. Lo si è infatti considerato un precursore della "*theoria copulae*", quella che più tardi avrebbe richiesto per l'esistenza stessa del legame matrimoniale, un'effettiva "copula carnale". Ma egli non parla del matrimonio come "negozio giuridico", bensì del matrimonio come "coniugio", cioè della convivenza autenticamente coniugale, caratterizzata quindi dal commercio sessuale. Ai suoi occhi, come per la tradizione più antica, era questo il matrimonio "segno" quindi di inseparabilità (a meno che intervenisse scostumatezza) e non era compatibile con un altro coniugio, finché vivevano i coniugi.» Così. P. D'ACQUINO, *Storia del matrimonio cristiano...*, II, cit., pag. 216. Nel senso di un rapporto di discendenza da Incmaro della Scuola bolognese, invece, V. DEL GIUDICE, *Momenti dottrinali...*, cit., pag. 350-351.

293J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 93.

294«Secondo Incmaro, il matrimonio di Lotario sarebbe viziato in radice, se fosse provato che la donna aveva avuto rapporti sessuali incestuosi con il fratello prima di sposarsi. Fino a che non verrà apportata questa prova (oppure fino a che Teutberga sarà in vita) il matrimonio con Lotario deve essere considerato valido. [...] Da parte sua Carlo il Calvo si rifiutò di incontrare il nipote fino a che egli non avesse messo fine ai suoi molteplici attentati alla morale coniugale. Cessi di dare asilo a Engeltrude, la

essere fuggita alla corte di Carlo il Calvo per sottrarsi dalla reclusione in monastero.

A permettere che l'invocazione non cadesse nel vuoto contribuì il fatto che sul trono di Pietro sedesse in quel periodo una personalità di eccezione, le cui pronunce in tema matrimoniale appaiono tra le più importanti dell'intera storia della Chiesa: Niccolò (o Nicola) I²⁹⁵. Il Pontefice, per nulla intimorito dal rango regio di Lotario, cassò gli esiti delle riunioni dei vescovi lorenensi attraverso una sinodo romana apposita, depose il vescovo di Colonia Gunther, reo di avere violato il segreto della confessione, scomunicò Waldrada (che nel frattempo era stata incoronata regina); tale energia, finora sconosciuta, era però destinata a restare senza seguito, giacchè la morte rapì prima il pontefice (867) e poi lo stesso Lotario (869), chiudendo in tal guisa la questione.

Ma l'attività di Nicola non si limitò a questo: se già con l'epistola *ad Adonem*²⁹⁶ aveva ribadito il valore degli sponsali e dell'indissolubilità del matrimonio, ancora più celebre e ricco di conseguenze è il celebre responso del Pontefice ai Bulgari. Questo popolo, convertitosi di recente al cristianesimo, aveva per ragioni politiche abbandonato l'obbedienza alla Chiesa di Costantinopoli volgendosi a quella di Roma; il loro re Boris Michele (852-889) aveva così inviato nell'Urbe (866) una serie di quesiti sulla fede e sulla morale cristiana, cui il Papa rispose il 13 novembre dello stesso anno con 106 capitoli, dei quali il terzo era dedicato per intero alla materia matrimoniale: tanto sulla forma liturgica della celebrazione, quanto in merito all'essenza.

Sotto il primo profilo, per comprendere il *responsum*, occorre ricordare come presso i bizantini il rito della coronazione e la benedizione delle nozze ad opera del sacerdote fossero divenuti per consuetudine requisiti essenziali della celebrazione, tanto che la novella 91²⁹⁷ di Leone VI "codificherà" questa tradizione imponendo per la prima volta, a pena di nullità, la celebrazione *in facie Ecclesiae*; il pontefice ricorderà dunque come nulla di simile fosse previsto in Occidente, descrivendo minuziosamente le cerimonie²⁹⁸

sposa adultera, che Bosone vuole riprendere. Cessi di proteggere Giuditta e Baldovino suo rapitore. Rimandi la concubina Waldrada, che egli ha ripreso dopo il ripudio di Teutberga. Triste elenco che attesta sia l'immoralità di Lotario che la depravazione dei costumi della dinastia carolingia.» *Ibidem*.

295«Fu uno dei più eminenti pontefici che tennero il governo della Chiesa; illustre per gli importanti problemi che si trovò a dover risolvere, superando gravi ostacoli sia politici sia ecclesiastici.» Così R. PAOLUCCI, *Niccolò I*, in *Enciclopedia Cattolica*, VIII, Città del Vaticano 1948-1954, pag. 1823.

296PL 119,797. «*De eo si desponsata nesciente sponso, coniungitur et postmodum dote facta, maritali more cum eadem idem sponsum iacuerit, si postmodum intercepto tempore liceat ei ipsam quasi prius ab alio corruptam dimittere et sic aliam ducere quasi ista non fuerit uxor aut concubinam pro ea tenere. Nec hoc consentimus ut qui legitimo nuptiarum foedere coniunguntur et unum corpus efficiuntur, divortium faciant.*»

297«Altrettanto ordiniamo che i matrimoni siano confermati con la testimonianza della santa benedizione, al punto che quanti facessero il matrimonio senza di essa, vogliamo che non sia chiamato tale fin dall'inizio nè vogliamo che in questa consuetudine di vita possano conseguire la legittimità.» Riportato da P. D'ACQUINO, *Storia del matrimonio cristiano...*, I, cit., pag. 307.

298«Per quanto riguarda i riti liturgici la lettera adduce una testimonianza storica molto significativa. Dalle affermazioni di papa Niccolò I si deduce che originariamente il matrimonio è preceduto dal fidanzamento, comprendente diversi atti: la promessa di futuro matrimonio da parte dei contraenti o di chi ha la potestà su di loro; la consegna dell'anello da parte del fidanzato alla promessa sposa; l'atto di dotazione davanti ai testimoni mediante la redazione scritta del documento contenente la convenzione. Tutto questo si svolge senza l'intervento del ministro ecclesiastico. Quando questi atti preliminari erano

con cui avveniva la celebrazione «*et primum in ecclesia Domini cum oblationibus quas offerre debent Deo per sacerdotis manum, sicque demum benedictionem et velamen. Haec sunt, praeter alia quae ad memoriam non occurrunt, pacta coniugiorum solemnia. Peccatum autem esse si haec cuncta in nuptiali foedere non interveniant, non dicimus*», in qualche modo facendo comprendere come la Chiesa latina si mantenesse ferma al tradizionale aformalismo, limitandosi a prescrivere la celebrazione *ad liceitatem tantum*; il giudizio era corroborato da un'importantissima constatazione, che infatti non viene riportata da Graziano nel suo decreto²⁹⁹, probabilmente perchè in contrasto con le teorie del Maestro bolognese: «*praesertim cum tanta soleat arctare quosdam rerum inopia ut ad haec praeparanda nullum his suffragetur auxilium: ac per hoc sufficiat secundum leges solus eorum consensus, de quorum coniunctionibus agitur. Qui consensus si solus in nuptiis forte defuerit, cetera omnia etiam cum ipso coitu celebrata frustrantur, Johanne Crysostomo magno doctore testante: matrimonium non facit coitus sed voluntas.*»³⁰⁰ Con questa risposta la Sede apostolica attestò di propendere per la dottrina di origine romana secondo la quale *consensus facit nuptias* anche se, come rilevato da G.H. Joyce «si deve tuttavia tenere in mente che questa lettera, sebbene sia un documento di grande importanza, non fu considerata come una decisione finale, che precludesse ogni ulteriore discussione. Molte dispute dovevano ancora avere luogo su questo soggetto. Infatti il principio che egli stabilì così inequivocabilmente, che il consenso delle parti, prescindendo da formalità di ogni specie, sia sufficiente per il matrimonio, non si può dire che sia stato riconosciuto come dottrina della Chiesa prima della fine del XII secolo.»³⁰¹

3- Il nuovo millennio e la nascita del diritto matrimoniale canonico.

Il X secolo, con cui si chiudeva il primo millennio cristiano, rappresentò un'oasi di singolare serenità nei rapporti tra la Chiesa e il potere civile in materia matrimoniale; infatti «la Chiesa riconosceva implicitamente il potere giurisdizionale dello stato nelle questioni matrimoniali, senza affermare che le autorità statali non dovevano promulgare alcuna legge sul matrimonio che avesse carattere vincolante per i cristiani.»³⁰²

Vigendo il sistema feudale, i vescovi si trovavano a partecipare di esso e perciò a detenere un potere giurisdizionale che coinvolgeva necessariamente anche il matrimonio. Tuttavia non sembra che una simile concessione da parte del potere secolare favorisse un rapido mutamento delle costumanze, tanto che la loro degenerazione preoccuperà le sinodo topiche di questo secolo. Meno numerose che nel recente passato carolingio, esse

stati compiuti ed era giunto il tempo del matrimonio, aveva luogo il patto nuziale. Il rito era celebrato in chiesa sotto la presidenza del sacerdote e consisteva nella celebrazione eucaristica e nella benedizione degli sposi, in analogia con quanto Dio fece con il primo matrimonio. La benedizione veniva invece negata a quanti passavano a seconde nozze.» Così G. KADZIOCH, *Il ministro...*, cit., pag. 41. Per un'ampia esegesi del *responsum* si veda P. D'ACQUINO, *Storia del matrimonio cristiano...*, I, cit., pag. 300 ss.

299 Cfr. C. 30, q. 5, c. 2.

300 Riportato da V. DEL GIUDICE, *Momenti dottrinali...*, cit., pag. 372.

301 G.H. JOYCE, *Matrimonio cristiano. Studio storico-dottrinale*, Alba, 1954, pag. 65-66.

302 G. KADZIOCH, *Il ministro...*, cit., pag. 43.

tendono ad occuparsi quasi esclusivamente di incesto e ratto, non scendendo in particolari ricostruzioni giuridiche del negozio. Così, dopo quello di Troslé (909), nel quale viene denunciato il disordine sociale imperante da Hervé, successore di Incmaro sulla Cattedra di Reims, seguono il Concilio di Colblenza (922) e, a distanza di settant'anni, quello di Magdeburgo (999), che punirà il conte Guarnieri per il ratto della propria fidanzata, sull'esempio del Concilio romano dell'anno precedente (998) (adunato sotto la presidenza di Gregorio V) dove era stato condannato per incesto Roberto II di Francia: al Sovrano era stato ordinato di lasciare sua moglie Berta (cugina di terzo grado), a pena di scomunica, venendo imposta in ogni caso ai due colpevoli una penitenza di sette anni, probabilmente mutuata da quella riservata nell'antichità agli adulteri.

Con queste premesse, si può ritenere che la scarsità di fonti del X secolo sia il più convincente argomento a favore dell'instaurazione di un vero e proprio monopolio ecclesiastico della legislazione in materia matrimoniale, pienamente compiuto con il nuovo millennio. Le pronunce conciliari in materia erano state ben più numerose rispetto ai capitolari imperiali, i quali ultimi non sembra avessero avuto grande capacità di penetrazione, se il Concilio di Mayence, già nell'888, è costretto ad insistere «pour que les lois ecclésiastiques soient suivies à la place des lois civiles quand il s'agit des témoins à choisir, parce que les lois ecclésiastiques sont les mêmes partout.»³⁰³

La Chiesa, a partire dall' XI secolo e con qualche eccezione³⁰⁴, sarà la sola a legiferare sulla materia matrimoniale, tramite i mezzi già sperimentati: i canoni conciliari, le decretali pontificie, gli statuti delle sinodo diocesane³⁰⁵, cominciando ad affermarsi altresì le *collezioni canoniche*, nelle quali questi strumenti legislativi trovavano raccolta ed ordinazione.

Iniziatore di quest'ultimo fenomeno è Burcardo, vescovo di Worms (1000-1025) che compose un suo *Decreto* probabilmente tra il 1008 e il 1012, il cui libro IX raccoglie testi genuini ed apocrifi in materia di conclusione delle nozze, trattando «de l'épouse légitime, de la nécessité de la bénédiction nuptiale, du rapt, du remariage, et des causes de ropture du lien matrimonial»³⁰⁶, in merito ai quali l'autore si dimostra tutto sommato piuttosto lassista: concede infatti il divorzio al marito obbligato a trasferirsi, nel caso in cui la moglie avesse ritenuto di non seguirlo, mentre nel libro XIX assoggetta il matrimonio clandestino ad una semplice penitenza.

Di poco successiva, in contesto questa volta italiano, è la *Collectio canonum in V libris*, composta probabilmente tra il 1014 e il 1023 e costituita da 231 capitoli, contenenti ampi riferimenti alle opere di Sant'Agostino³⁰⁷ "*de adulterinis coniugiis*" e "*de bono coniugali*", per mezzo delle quali viene difesa l'indissolubilità del vincolo e disapprovate le seconde nozze, probabilmente grazie all'influenza bizantina, allora ancora resistente

303J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 83.

304Ad esempio le Assise siciliane di Ruggero il Normanno, su cui ci si soffermerà ampiamente *infra*, Parte II, cap. I.

305«Che più spesso riprendono la legislazione generale, ma che talvolta, la perfezionano.» J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 106.

306J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 85.

307J. GAUDEMET, *loc. ult. cit.*, rileva come sia la prima a farlo.

nel meridione della penisola.

L'insegnamento agostiniano doveva essere presente altresì all'asceta San Pier Damiani († 1072), stretto collaboratore di Niccolò II; nella sua opera "*de tempore celebrandi nuptias*"³⁰⁸ «brilla la concepción patristica del matrimonio cristiano»³⁰⁹, ove si afferma che il coniugio cristiano è per se stesso sacramento³¹⁰ e ci si scaglia contro alcuni interpreti dei canoni, i quali ritenevano possibile contrarre il matrimonio nei periodi interdetti a patto che la consumazione fosse rinviata all'inizio del tempo lecito. In tal guisa si insinuava che la formazione del vincolo fosse dipendente esclusivamente dalla *copula* ma per Damiani questa conclusione è assurda, importando costituzione di un vincolo matrimoniale ogni peccato della carne tra due soggetti che non fossero già uniti in matrimonio, con la conseguenza che un'azione sacra sarebbe derivata da un atto impuro. A suffragio della propria opinione egli non esita a richiamare un argomento destinato ad avere successo: quello relativo allo sposalizio della Vergine con San Giuseppe, che la tradizione ha sempre ritenuto vero matrimonio, permettendogli di interrogarsi «*quomodo dicitur, ubi concubitus defuit, nuptias dici non posse? Non autem e deverso libere profitemur, et concubitus posse sine nuptiis fieri et sine concubitu rece nuptias appellari.*» Il rifiuto della teoria della *copula* costitutiva non deve però essere inteso nel senso di attribuire a questo insigne esponente della prescolastica una posizione di stampo consensualista: il futuro vescovo di Ostia sembra più attento all'aspetto pubblico del coniugio, alla sua solennità; le nozze, nel suo pensiero, «supuesta en los contrayentes la recta intención de propagar la especie humana, se componen de ritos, pertenecientes unos al *coniugalis matrimonii sacramentum*, otros al *buen parecer*»³¹¹, aderendo in qualche modo alla preoccupazione generale volta ad evitare i matrimoni clandestini³¹².

Di minore rilievo rispetto a quella degli eruditi è in questo periodo l'attività pontificia, nonostante la presenza di Papi di prima grandezza, come Alessandro II († 1073) e soprattutto il successore Gregorio VII († 1085), iniziatori della riforma che da quest'ultimo prende il nome. Particolarmente presi dalla "lotta per le investiture" la loro scarsa produzione normativa in materia matrimoniale sembra in qualche modo anticipare il futuro dibattito circa la differenza tra sponsali e nozze, tra *verba de futuro* e *de praesenti*. Il primo di questi insigni Pontefici aveva ritenuto equivalente al

308PL 145, 659-665.

309M. GERPE GERPE, *La potestad...*, cit., pag. 7.

310Scrive infatti il Santo ravennate: «*In cuius itaque verbis liquido perpendere possumus, qui aliud nuptiale mysterium, aliud carnale est sacrilegium. Quod enim canonice fit, sacramentum est: quod autem contra canones usurpatum est, sacrilegium est. Ex ratione quippe temporis agitur ut una eademque res sive salubris sive noxia iudicetur. Et, ut ad sacramenta veniamus, qui praeter statuta tempora clericos ordinat, non eos utique provehit, sed offensionis obstaculum, ne de caetero provehantur, opponit. Qui passim nec certo tempore chrismatis vel baptismi sacramenta celebrat, non tantum opifex sacramenti quam reus dicitur sacrilegii.*»

311M. GERPE GERPE, *La potestad...*, cit., pag. 8.

312«*Ita et huic intentioni, propagandae videlicet sobolis, adduntur et alia, cum propter coniugalis matrimonii sacramentum, tum propter speciem honestatis, conventus videlicet probnuborum, conviniis celebris apparatus, dona sponsalia, tabularum dotalium instrumenta, et si qua sunt alia. Quae videlicet omnia simul coniuncta nuptiae vocantur*» PL 659-663. Questo elenco di usi non appare poi troppo distante da quello citato si Sant'Agostino.

matrimonio una promessa giurata, rendendo adulterino l'eventuale coniugio con un terzo³¹³ mentre, poco dopo, il Santo di Sovana nella sua lettera all'arcivescovo Brunone di Trêves, «parlant d'un clerc qui s'était marié à la manière des laïcs – "sacramento et desponsatione – groupe la benédiction sacerdotale et la "desponsatio" de sorte qu'on ne peut pas dire si ces deux actes sont successifs»³¹⁴, in tal guisa mettendo l'accento sul valore del consenso ma contemporaneamente confondendo il momento promissorio con quello consensuale. Non aiutano a fare chiarezza sul punto nemmeno i canonisti coevi, in particolare i redattori della *Raccolta in due libri* e delle *Sententiae diversorum patrum seu collectio in LXXIV libris*; questi ultimi, dediti per lo più a puntellare la costruzione gregoriana del primato pontificio di diritto divino, affrontano la materia matrimoniale principalmente dal punto di vista del celibato del clero, dedicando alla formazione del vincolo soltanto il testo apocrifo dello Pseudo-Evaristo.

Se langue sul punto l'intervento pontificio, non così si può dire per l'attività sinodale, in particolar modo oltralpe³¹⁵: è questa una produzione conciliare abbastanza ampia ma che non appare discostarsi profondamente da quella precedente. Lo attestano i canoni del Concilio lorenese di Thionville (ted. *Diedenhofen*), riunito sotto il regno di Enrico II (1002-1003) e cui assistettero pressochè tutti i vescovi dell'Impero, nel quale nuovamente il tema principale fu la lotta ai matrimoni incestuosi. Se il tema non appare certo sorprendente, ciò che appare rilevante è che l'argomento fu posto all'ordine del giorno su esplicita richiesta regia, con ciò costituendo la prima testimonianza del passaggio della competenza in materia matrimoniale dal potere civile a quello ecclesiastico, dimostrando che tale avvenimento non fu determinato da prevaricazione di quest'ultimo, come tanti cercheranno di dimostrare a cavaliere tra XIX e XX secolo, ma per esplicita volontà del primo.

Ecco dunque il punto di svolta: nell' XI secolo il matrimonio da atto prevalentemente familiare, com'era nella tradizione del primo millennio, diviene *atto ecclesiale*³¹⁶. La prescrizione di formalità particolari per la celebrazione è attestata tanto dal pensiero di San Pier Damiani quanto dalla Sinodo di Rouen del 1012, nella quale si prescriveva «*nuptiae in occulto non fiant, neque post prandium; sed sponsus et sponsa ieiuni a sacerdote ieiuno in monasterio benedicuntur, et antequam copulentur, progenies utrotumque diligenter inquiratur*»; da questo canone emerge non solo l'attività di verifica dell'ascendenza dei nubenti affidata al ministro sacro, risalente all'epoca carolingia, ma per la prima volta si stabilisce che il luogo di celebrazione idoneo ad evitare la clandestinità sia l'edificio di culto, cui i nubenti debbono accedere digiuni come si confà ai partecipanti ad un rito

313J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 89.

314*Ibidem*

315Concilio Sassone (1005), che condanna i matrimoni con i pagani; Concilio Inglese (1009), Concilio di Rouen (1012), Concilio di Reims (1049), Concilio di Tolosa (1056), Concilio di Santiago de Compostela (1056), Concilio di Tours (1060), tutti dedicati alla condanna dell'incesto; Concilio di Rouen (1072), anch'esso in materia di incesto, con attenzione anche all'*impedimentum criminis*. In Italia spicca soltanto il Sinodo lateranense del 1059, convocato da Niccolò II e celebre per l'istituzione del Conclave quale metodo per l'elezione pontificia; in esso si troverà l'occasione per condannare nuovamente le unioni incestuose.

316G. KADZIOCH, *Il ministro...*, cit., pag. 47.

sacro³¹⁷.

Il periodo tra l'XI e il XII secolo, sull'onda lunga della riforma gregoriana, vede un rigoglio degli studi canonici, in particolare con l'opera di Bonizone di Sutri († 1089) e, soprattutto, di Ivo di Chartres³¹⁸ († 1115): il primo dedica 53 canoni del libro VIII del suo *Liber de vita christiana* al tema matrimoniale, riprendendo nei contorni l'insegnamento di Burcardo, "purgato" dai canoni meno rigidi in ossequio alla riforma gregoriana e, quindi, con una più stretta difesa dell'indissolubilità, anche senza l'utilizzo espresso del termine "sacramento"; inoltre, conformemente all' "ecclesializzazione" delle nozze cui si è sopra accennato, il vescovo di Sutri afferma che «il matrimonio legittimo è quello che non viola alcuna delle prescrizioni legali (difetto di età, parentela, affinità, unione con un eretico, ratto etc.)»³¹⁹ e che, pur essendo essenzialmente consensuale, prevede anche che i genitori consegnino al sacerdote la donna, il quale avrà il compito di consegnarla al marito. Il secondo si occupa di questa materia nell'ottava parte del Decreto (1093-1094), con 334 capitoli dedicati alle più varie questioni, salva l'incestuosità del coniugio, cui sono invece dedicati 129 capitoli della nona parte; tutta questa ampia trattazione sarà poi riordinata nei libri VI e VII della *Panormia*, rispettivamente in 129 capitoli ripartiti tra 11 titoli e 90 capitoli in 113 titoli, nei quali il principio consensualista è fortemente temperato dalla rilevanza data alla *copula carnalis*. Per l'Autore, «illa mulier non pertinet ad matrimonium cum qua non celebratur nuptiale mysterium»³²⁰, dando agli sponsali solenni il crisma dell'irrevocabilità, tuttavia egli non sembra distinguere tra questi ed un matrimonio non consumato, atteso l'uso del termine *desponsatio* in entrambi i casi. In quest'ottica è vero matrimonio anche quello della Vergine, in quanto la *copula* aggiunge al consenso solo un "complemento" ma restando il discorso per così dire monco, non essendo specificato cosa si intenda con quest'ultimo termine.

Con simili premesse non deve stupire che, alla metà del XII secolo, il diritto della Chiesa (e perciò anche il diritto matrimoniale canonico) assurgano alla dignità di scienza autonoma attraverso l'opera di Graziano, monaco di San Felice in Bologna il quale, con la sua *Concordantia discordantium canonum* (1141-1150)³²¹, cerca di dare ordine a quel

317Si è già detto come i pranzi di nozze dell'epoca degenerassero in empì bacchanali.

318«Gli si attribuiscono tre importanti collezioni di diritto canonico, che rappresentano, con le opere di Burcardo di Worms, le fonti maggiori cui attinse successivamente Graziano, per il suo *Decretum*. Queste collezioni consistono nella codissetta *Collectio tripartita*, nel *Decretum* e nella *Panormia*.» A. ROTA, *Ivo di Chartres*, in *Enciclopedia Cattolica*, VII, Città del Vaticano, 1948-1954, pag. 534.

319J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 107-108.

320*Panormia*, VI, 23; PL 161, 1248.

321Per J. GAUDEMET, *Storia del diritto...*, cit., pag.452, «la compilazione non si proponeva semplicemente, come quelle che l'avevano preceduta, di mettere a disposizione degli esperti di diritto un numero considerevole di testi. Questi testi, di epoca, di tendenza, di origine, molto diverse a volte si contraddicevano. E si può immaginare l'imbarazzo di colui che doveva risolvere una difficoltà giuridica, quando si trovava in presenza di soluzioni contraddittorie. La *Concordia* vuole mettere rimedio a questa situazione. Essa mette a confronto i testi contraddittori, che forniscono gli uni una soluzione, gli altri la soluzione inversa. E l'autore propone un'armonizzazione, spiegando (in modo più o meno convincente) le ragioni della contraddizione e indicando la soluzione da adottare. Il compilatore diventa interprete, che spiega le ragioni delle contraddizioni tra i diversi testi.» Per E. FRIEDBERG – F. RUFFINI, *Trattato...*,

coacervo di fonti che si è cercato fin qui di illustrare brevemente, trattando del matrimonio nelle cause 27-36 della *Pars II*. Per il Maestro bolognese «*sunt enim nuptiae, sive matrimonium, viri mulierisque coniunctio, individuum vitae consuetudinem retinens*»³²², dandosi al consenso il valore di *causa efficiens matrimonii* ma non di momento perfezionativo del vincolo, essendo scopo dell'Autore quello di trovare un accordo con quella tradizione che attribuiva all'atto coniugale tale ruolo. All'uopo egli adopera il termine "*desponsata*" per individuare la condizione della giovane che, pur avendo espresso il proprio assenso alle nozze, non sia poi passata alla loro consumazione, distinguendo così gli *sponsi* dai *coniuges* e affermando: «*sciendum est quod coniugium desponsatione initiatur, commixtione perficitur. Unde inter sponsum et sponsam coniugium est, sed initiatum; inter copulatos est coniugium ratum.*»³²³

Questa conclusione, non era poi così avulsa dalla realtà giuridica dell'epoca (in particolare per l'usanza germanica del *morgengabe*) e sostanzialmente conforme al recente magistero pontificio, che aveva dimostrato di non distinguere pienamente tra *sponsalia* e *nuptiae*. Il lessico graziano distingue dunque varie tappe nella conclusione del matrimonio: la *desponsatio*, momento eminentemente consensualistico, che non è da intendersi come una mera promessa *de futuro*, bensì come «un engagement actuel qui est déjà un mariage»³²⁴ *initiatum*; questo, attraverso la successiva consumazione, diviene *ratum* o, meglio, *perfectum*³²⁵, «*tale videlicet quod habeat in se Christi et Ecclesiae sacramentum*», presentando la caratteristica dell'indissolubilità, al contrario del primo.

Le conclusioni graziane, di tipo «realistico»³²⁶ e probabilmente debitrice della tradizione giuridica germanica, erano però avversate da quelle della scuola teologica parigina, che troverà in Pietro Lombardo (†1160 circa), il proprio alfiere. Sarà infatti sulle rive della Senna, più che in Italia, che il principio consensualistico del diritto romano sarà più tenacemente difeso, a partire da una netta differenziazione tra la promessa di matrimonio (o sponsali) e il consenso matrimoniale attuale³²⁷.

Iniziatore di questo percorso è Anselmo di Laon († 1117), per il quale la *fides pactionis* (o semplice promessa di matrimonio) deve essere tenuta distinta dalla *fides consensus*³²⁸,

cit., pag. 200, «quest'opera soppiantò le anteriori raccolte di diritto tanto più facilmente, in quanto essa non soltanto conteneva tutto il loro materiale e più ancora, ma gli dava un'elaborazione scientifica, del che si sentiva vivo bisogno. Ond'è che a quest'opera si rannoda essenzialmente la dottrina giuridica posteriore (Decretisti).»

322C. 27, q. 2, *dictum initiale*.

323C. 27, q. 2, c. 34.

324J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 103.

325Il matrimonio consumato viene definito rato alla C. 27, q. 2, c. 34; al c. 39 viene detto invece *perfectum*.

Non sembra che vi sia una differenza sostanziale tra i due termini, se non nel senso che il primo viene adoperato altresì nel *dictum* di C. 28, q. 1, ove si fa riferimento al matrimonio legittimo consumato, anch'esso tendenzialmente indissolubile. Quindi con ogni probabilità matrimonio rato è per Graziano sinonimo di matrimonio consumato, mentre matrimonio perfetto è sinonimo di matrimonio consumato *inter baptizatos*

326G. KADZIOCH, *Il ministro...*, cit., pag. 51.

327Per un eccellente riassunto della questione si veda F. BRANDILEONE, *Il contratto di matrimonio*, Torino, 1898.

328PL 162, 1298 e 1412.

che unisce gli sposi nel momento stesso in cui viene scambiata. Il pensiero di questo teologo non è però immune da contaminazioni, in quanto egli ritiene che sia la consumazione a rendere indissolubile il vincolo contratto con la *fides consensus*; in tal guisa egli giunge ad anticipare l'*impedimentum impotentiae*, in quanto consente alla donna che abbia sposato un "*vir frigidae naturae*" di lasciarlo per convolare a nuove nozze. Più o meno nello stesso periodo, Guglielmo di Champeaux († 1121) fa propria anch'egli la distinzione tra sponsali e nozze, sancendo che la *fides coniugii* dissolve quella *pactionis*, obbligando chi l'ha scambiata a mantenersi fedele; nello stesso senso anche Abelardo († 1142), per il quale cambia soltanto il lessico, facendo riferimento ad una *foederatio de coniugio contrahendo* opposta alla *foederatio coniugii*.

Più approfondito è il pensiero di Ugo di San Vittore († 1141)³²⁹: «cet auteur rend à *desponsatio* le sens des *sponsalia* romaines en la qualifiant de *promissio futuri consensus*»³³⁰, dovendosi attribuire la realizzazione di un legittimo matrimonio al solo consenso attuale dei nubenti. Con il termine legittimo il teologo intende il matrimonio «*inter personas legitimas factus, personae legitimae in quibus illa rationabilis causa demonstrari non potest quare coniugii pactum mutuo firmari non possint*»³³¹, anticipando così il concetto di *jus connubii* che verrà sanzionato da Innocenzo III meno di un secolo dopo con la celebre decretale *Cum apud sedem*³³².

La ricostruzione dell'autore del *Didascalicon* si pone in forte discontinuità con il pensiero di alcuni canonisti coevi, in particolare con quello emerso nel secolo precedente, che era tesa a valorizzare al massimo la benedizione sacerdotale; se il solo consenso è sufficiente per aversi valido matrimonio, ne consegue che i riti vengono relegati ad una posizione ancillare, con conseguente piena validità degli aborriti matrimoni clandestini.

Il medesimo problema è riscontrabile nel pensiero di Pietro Lombardo, il quale si colloca sulla scia di Ugo, adottando però una diversa terminologia legata all'espressione del consenso, destinata a durare nei secoli: egli utilizza il termine unico di *sponsalia*, distinguendo tra quelli *per verba de futuro* (gli sponsali propriamente detti) e la pronunzia dei *verba de praesenti*, cioè lo scambio attuale del consenso che realizza il vero matrimonio. Per il *Magister sententiarum* «*sufficiens autem causa matrimonii est consensus, non quilibet sed verba expressus, nec de futuro sed de praesenti*», precisando che «*obligatio illa verborum quibus consentiunt dicentes: accipio te in virum et ego te in uxorem, matrimonium facit*» Secondo un tale orientamento il matrimonio si presenterebbe come una *verborum obligatio* perfezionantesi indipendentemente dalla copula, che costituisce il sacramento e rappresenta l'unione di Cristo e della Chiesa³³³, aprendosi la strada a quella definizione "contrattuale" dello scambio dei consensi, affatto sconosciuta ai giuristi romani e che, posta dal magistero pontificio successivo come *ratio* avocativa della materia matrimoniale al diritto canonico, sarà altresì la causa del declino di questo

329 *In ep. I ad Cor.*, q. 56; PL 175, 524; 176, 486-487.

330 J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 100.

331 Sembra evidente la filiazione degli attuali cann. 1057 §1 e 1058 dal pensiero di questo eminente teologo.

332 X, 4, 1, 23.

333 Così P. GISMONDI, *La celebrazione...*, cit., pag. 315.

monopolio.

4 – *La dicotomia contratto-sacramento e il recepimento della dottrina consensualistica nelle decretali dei secoli XII e XIII.*

Esula dallo scopo di questo lavoro la minuziosa analisi delle categorie contratto e sacramento *in jure canonico* e la loro eventuale scindibilità. Sarà necessario limitarsi a rilevare come sia curioso che il primo impiego di una terminologia *strettamente giuridica*, per inquadrare il negozio matrimoniale *inter baptizatos* non provenga da un giurista *stricto sensu* ma dal citato teologo moralista Pietro Lombardo. La sua associazione dello scambio dei consensi ad un'*obligatio verborum* rappresenta un importante elemento di novità nella costruzione del matrimonio, come ancora oggi la Chiesa lo concepisce³³⁴. Se il principio consensualista pare mutuato dal diritto romano, ciò non significa che in esso detta costruzione importasse un'ascrizione del matrimonio alla categoria giuridica dei contratti, che erano allora intesi sulla scia di Labeone, siccome *ultra citroque obligatio*³³⁵, raggruppante i tipi dell'*emptio-venditio*, della *locatio-conductio* e della *societas*, senza che la locuzione "*matrimonium contrahere*" potesse essere intesa come allargamento della categoria.

Tuttavia, proprio nell'ultimo tipo sopra citato i romanisti ritennero di poter sussumere le nozze, pur con alcuni temperamenti di non secondaria importanza. Esse veniva intese come *contractus personarum*³³⁶ (così Rogerio nel 1160) non pecuniario, costituente la *societas coniugalis* (Azone), pensiero ben sintetizzato dalla *Summa codicis* (V,I,I), attribuita dalla tradizione allo stesso Irnerio ma in realtà redatta dal Piacentino († 1192), nella quale si legge testualmente: «*Satis compendiose satisque dilucide de contractibus seu de his societatibus pertractatum est in quibus res pecuniaria vertitur, nunc de his in quibus non quid pecuniarium principaliter spectatur, sed personae ipsae inter se sub quadam ratione societatis copulantur seu coniunguntur. Matrimonium enim est societas: divini et humani iuris communicatio.*»³³⁷

Il fatto che la dottrina romanistica avesse associato le nozze alla categoria contrattuale, per quanto esegeticamente errato, non fu privo di conseguenze, in quanto contribuì al primato del consenso nella loro formazione³³⁸, costituendo uno dei più validi sostegni all'affermazione della *consensustheoria* parigina sulla *copulatheoria* bolognese.

334Cfr. Can. 1055 § 2: «*Quare inter baptizatos nequit matrimonialis contractus validus consistere quin sit eo ipso sacramentum.*»

335D. 50.16.19.

336Questa definizione «viene adottata dai romanisti più insigni, Cino da Pistoia, Bartolo da Sassoferrato e Baldo degli Ubaldi.» J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 144.

337Riportato da P. RASI, *La conclusione del matrimonio nella dottrina prima del Concilio di Trento*, Napoli, 1958, pag. 77. L'insigne storico del diritto afferma però «che un simile inquadramento non regge perchè troppo differenti, opposte, anzi, erano le "cause" proprie dei due "tipi" di società e le norme che le regolavano. *Societas* e matrimonio erano due rapporti sostanzialmente di diversa natura che solo per il modo di presentarsi esterno potevano aver qualche aspetto in comune.»

338Se avesse prevalso la dimensione "reale" data dalla copula si sarebbe dovuto parlare più propriamente di un *actum*. Ma sarebbe stato ben più arduo paragonare le nozze al comodato o al mutuo, che di tale categoria erano i modelli. Cfr. ancora D. 50.16.19.

Contrariamente a Paucapalea, per il quale «*legitimum coniugium est illud quod legitime est initiatum sed non ratum, quia carnali commixtione non est perfectum*», già Rolando Bandinelli († 1181), "principe" dei decretisti, inizia a distaccarsi dalla teoria di Graziano. Nella *Summa*, redatta verso il 1148, egli continua a distinguere il matrimonio "iniziato" da quello consumato, ma «le "*matrimonium initiatum*" de cet auteur est beaucoup plus que les fiançailles car ceux, qui s'y ont engagés, sont déjà "*coniuges*" à cause de leur union non charnelle mais spirituelle³³⁹» e, per l'effetto, gli stessi non possono più modificare la loro scelta. Ecco dunque che l'allievo si distacca di molto dal maestro, gettando i semi della dottrina sullo *jus in corpus*, che sarà superata solo dal Concilio Vaticano II (GS 48): la *copula* non è più momento costitutivo, divenendo semplice obbligazione che gli sposi non possono rifiutarsi vicendevolmente³⁴⁰. Ma non è tutto. La "rivoluzione" del senese va anche oltre: constatando come la Chiesa permetta ad una donna *desponsata*, che abbia coabitato con un terzo, di rimanere accanto a quest'ultimo e, così «il admet que dans certains cas, l'Eglise peut rompre le mariage "*initiatum*" dans lequel le lien n'est pas encore parfait.»³⁴¹

La tendenza a superare la posizione della scuola bolognese, già presente nella *Summa* e ancor più nelle *Sententiae*³⁴², è testimoniata dalle decretali date dal Bandinelli, una volta asceso al Soglio petrino con il nome di Alessandro III; in esse il passaggio alla dottrina consensualistica appare compiuto, come attestano due importantissimi testi: il primo, e forse più importante, è riportato in X, 4,4,3 (già in *Compilatio* I, 4, 4, c.3) ed attiene al criterio cronologico tra promesse *per verba de praesenti*, con sostanziale applicazione della norma *prior in tempore, potior in jure*, non applicabile invece nel caso di conflitto tra *sponsalia per verba de futuro e de praesenti*, nel qual caso sarebbero state queste, per quanto successive, a prevalere. La seconda è invece la celebre risposta all'Arcivescovo di Salerno³⁴³, che aveva domandato al Pontefice se, dopo un consenso legale *de praesenti* anche giurato tra un uomo e una donna, cui non sia seguita la consumazione sia permesso alla donna sposare un altro uomo. Al presule il Papa risponde «*quod, si inter virum et mulierem legitimus consensus "sub ea solemnitate quae fieri solet, praesente scilicet sacerdote aut etiam notario, sicut etiam in quibusdam loci adhuc observatur, coram idoneis*

339J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 108.

340Per Rufino l'unione carnale non si riferirà «*ad momentum sacramenti sed quantum ad officium coniugii.*»

341Ibidem. «Ces cas sont: le voeu de chasteté, la captivité, quelques empêchements *supervenientes*, la folie et le rapt.»

342Di poco precedente alle *Sententiae*, redatte dal Bandinelli quand'era già insignito della porpora, è un' «epistola di Innocenzo II, già inclusa nel *Liber quartus* della prima delle *Quinque compilationes antiquae (Breviarium extravagantium, di Bernardo, praepositum Papiensis, quindi Faventinus episcopus)*, c. 10. Il papa – pressochè all'epoca nella quale Graziano compilava il suo *Decretum*, e quando egli aveva quasi affatto trascorsi gli anni procellosi del suo pontificato e si era potuto giovare dell'aiuto energetico ed efficace di San Bernardo – rispondeva al vescovo interrogante nei seguenti termini: "*dico, quod legitimo consensu interveniente ex eo statim coniux sit, quo spontanea concessione sese coniugem esse asserit; non enim futurum promittebatur, sed presens firmabatur. Qua propter quidquid cum alia posmodum factum est in coitu sive in generatione prolis tanto reprehensibilis est secundum quantum verius est in primo...*» Così V. DEL GIUDICE, *Momenti dottrinali...*, cit., pag. 356.

343X, 4, 4, 3.

testibus, interveniat de praesenti, ita quidem, quod unus alterum in suo mutuo consensu verbis consuetis expresse recipiat, utroque dicente: "ego te accipio in meum", sive sit iuramentum interpositum sive non, non licet mulieri alii nubere. Et si nupserit, etiamsi carnalis copula sit secuta ab eo separari debet et, ut ad primum redeat, ecclesiastica districtione compelli, quamvis alii aliter sententiant, et aliter etiam a quibusdam predecessoribus nostris sit aliquando iudicatum», con ciò escludendo la dissolubilità del matrimonio "bianco" tramite un successivo vincolo³⁴⁴.

Questa decretale appare essenziale per l'evoluzione della materia in quanto Alessandro III, oltre a fornire un interessante "specchio" delle modalità con cui avveniva la celebrazione nuziale, riprova espressamente l'opinione contraria (pudicamente inserendo se stesso tra gli *alii*) e dispone che il matrimonio sia da considerarsi rato già con lo scambio del consenso *de praesenti*, dovendo la sposa fedifraga essere ricondotta dal "vero" marito attraverso la coazione delle censure ecclesiastiche. Sulla stessa linea si attesterà il suo successore Lucio III, il quale riaffermerà il primato del consenso, stabilendo che in presenza di consenso della donna non potesse parlarsi di ratto, nemmeno se di tale opinione fossero i genitori³⁴⁵, favorendo in tal guisa, per coerenza, i detestabili *clandestina coniugia*³⁴⁶.

Al di là del problema della clandestinità, su cui ci si soffermerà ampiamente in seguito, detto *revirement* pontificio non può venire liquidato come un semplice cambio di opinione dovuto all'approfondimento di un singolo, per quanto grande, giurista assunto alla massima autorità ecclesiastica; era altresì figlio di un'argomentazione di stampo teologico-biblico, inerente al legame della Vergine con San Giuseppe, "Suo castissimo Sposo". La costante tradizione della Chiesa, a partire da San Girolamo, aveva ritenuto la Madonna vergine non solo all'atto del concepimento (il che è attestato dalla scrittura) ma anche durante (per singolare privilegio divino) e dopo il parto, con ciò ritenendo che le nozze con il discendente di Davide non fossero state mai consumate. In quest'ottica, se a quello spozalizio si fosse dovuta applicare la *copulatheoria*, si sarebbe necessariamente dovuto concludere che quello tra i due venisse a trovarsi «in una condizione giuridica imperfetta»³⁴⁷, tanto che lo stesso Graziano³⁴⁸ aveva dovuto in qualche modo contraddirsi, citando i *responsa ad consulta Bulgarorum* di Niccolò I, nei

344 Questa rigidità non è invece applicata dal pontefice senese per il caso di pronuncia dei voti religiosi da parte dei coniugi che non avessero consumato le nozze. V. X, 3, 32, 2.

345 X, 5, 17, 6 e 7.

346 Il che era già stato in qualche modo fatto da Alessandro III, nella sua lettera al Vescovo di Norwich, citata in nota 21 da G. KADZIOCH, *Il ministro...*, cit., pag. 53: «Riguardo alla materia che la vostra lettera ha sottoposto alla nostra attenzione, cioè che un certo uomo e una certa donna, per comando del loro padrone, scambiarono il mutuo consenso senza la presenza di un sacerdote, e senza le cerimonie che la Chiesa d'Inghilterra comanda di osservare, e che prima che l'unione fosse consumata, un altro uomo sposò la suddetta colle solennità d'uso e la conobbe: se il primo uomo e la donna si sono accettati a vicenda con mutuo consenso *de praesenti*, dicendo rispettivamente: io ti accetto come mio, e io ti accetto come mia anche se le cerimonie d'uso non furono osservate, e l'unione non fu consumata, la donna deve essere restituita al primo uomo, poichè dopo tale consenso essa non può e non deve sposare un altro.»

347 P. GISMONTI, *La celebrazione...*, cit., pag. 317.

348 C. 27, q. 2, c. 3.

quali era affermato, sulla scorta di Sant'Agostino, che la Vergine avesse espresso il consenso inerente alla coabitazione e alla *individua vitae consuetudo* con il Suo Sposo ma, tale consuetudine «*est, talem se in omnibus exhibero viro, qualis ipsa sibi est, et e converso. Ad individuum itaque consuetudinem pertinet absque legitimi consensu viri et orationi aliquando non posse vacarem, nec continentiam profiteri. Quia ergo iste consensus fuit inter eos, patet eos coniuges fuisse.*» Del resto già Ugo da San Vittore, nel suo "*de beatae Mariae virginitate*" aveva appoggiato la propria esposizione della teoria consensualistica proprio su tale argomento.

Questo punto di incontro tra teologia e diritto canonico, che del resto della prima è figlio e ampiamente debitore, si concreta nella nozione di contratto consensuale applicata al matrimonio: «*de ce contrat les théologiens et le canonistes étudient la nature, les conditions et les effets, en lui appliquant la théorie du contrat de droit romain*»³⁴⁹, in quanto vedono in esso la natura sacramentale del matrimonio.

Remoto iniziatore di questo percorso appare essere il vescovo di Verona Raterio che, nei suoi *libri VI Praeloquiorum*, redatti nel X secolo, approccia la materia appoggiandosi a Sant'Agostino e al concetto di *unitas carnis* ma sono i già citati Anselmo di Laon, Ugo di San Vittore e Pietro Lombardo a battere con decisione la strada che condurrà alla conclusione che il matrimonio sia uno dei sette sacramenti istituiti dal Cristo, anche in opposizione alle deliranti dottrine catare³⁵⁰ che, se applicate col rigore fanatico che contraddistingueva gli Albigesi, avrebbero portato all'estinzione del genere umano, o quanto meno dell'Europa. Alla fine del XII secolo i canoni conciliari iniziano a prendere posizione sul punto: è il Concilio ecumenico Lateranense II del 1139 a fulminare la scomunica nei confronti degli eretici che condannassero «*il vincolo delle nozze legittime*»³⁵¹ mentre la sinodo topica di Verona³⁵², uno tra i principali centri del catarismo italico, appella il matrimonio come sacramento della Chiesa accanto a battesimo, Eucaristia e penitenza.

Si è visto sopra come il pensiero di Sant'Agostino vedesse nel matrimonio un legame

349J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 117.

350P. BREZZI, *Càtari*, in *Enciclopedia Cattolica*, III, Città del Vaticano, 1948-1954, pag. 1088: «*Pur essendo pericoloso essere troppo categorici nel fissare i punti principali del pensiero del catarismo, tutte le diverse varietà di sette catare concordavano in questo, al dire di Raniero Sacconi, una delle più autorevoli fonti: il mondo procede dal demonio; rifiuto dei sacramenti; condanna del matrimonio; negazione della risurrezione della carne; divieto di uso di carni, uova e latticini; aborrimiento dei giuramenti; proibizione alle autorità temporali di punire gli eretici; negazione del Purgatorio; impossibilità della salvezza al di fuori della loro chiesa.*»

351c. 23: «*Eos autem qui religiositatis speciem simulantes, Domini corporis et sanguinis sacramentum, baptismum puerorum, sacerdotium et ceteros ecclesiasticos ordines, et legitimarum damnant foedera nuptiarum, tamquam haereticos ab ecclesia Dei pellimus et damnamus, et per potestates externas coerceri praecipimus.*»

352«*Omnes, qui prohibiti vel non missi, praeter auctoritatem ab Apostolica Sede vel episcopo loci susceptam publice vel privatim praedicare, praesumpserint, et universos, qui de sacramento corporis et sanguinis Domini nostri Iesu Christi vel de baptismo seu de peccatorum confessione, matrimonio vel reliquis ecclesiasticis sacramentis aliter sentire aut docere non metuunt, quam Sacrosancta Romana Ecclesia praedicat et observat, et generaliter quoscumque eadem Romana Ecclesia vel singuli episcopi, per dioeceses suas cum consilio clericorum vel clerici ipsi, Sede vacante. Cum consilio, si oportuerit, vicinorum episcoporum haereticos iudicaverint, pari vinculo perpetui anathematis innodamus.*»

sacro di ordine naturale che, per questa sua natura, diveniva inviolabile. A partire dal pensiero del Maestro di Ippona, Ugo di San Vittore aveva distinto una «*duplex institutio coniugii: una ante peccatum ad officium; altera post peccatum ad remedium. Prima ut natura multiplicaretur; secunda ut natura exciperetur, et in vitium cohiberetur. Prima institutio coniugium proposuit in foedere dilectionis, ut in eo sacramentum esset societatis, quae in spiritu constat inter Deum et animam. Officium autem coniugii in carnis commixtione proposuit, ut in eo sacramentum esset societatis, quae carne futura inter Christum et Ecclesiam*»³⁵³ mentre la seconda istituzione «*coniugium in foedere dilectionis sancivit, ut per eius bona in quod in carnis commixtione infirmitatis erat, et delicti, excusaretur*», argomentando sulla sacramentalità come già presente *in nuce* nella sua stessa istituzione primitiva ad opera del Creatore. Perciò, nel pensiero del teologo sassone, la sacramentalità è inerente tanto al matrimonio quanto allo scopo di questo, essendoci vero matrimonio anche prima della consumazione e, senza che questa segua necessariamente, anche vero sacramento, cioè vera fonte di Grazia. Lungi dal cadere nella sessuofobia, anzi forse proprio per reazione all'ossessione catara per l'impurità, Ugo valorizza tanto l'amore coniugale quanto la congiunzione carnale³⁵⁴ che lo manifesta, iscrivendo entrambe all'interno del disegno salvifico del Redentore e superando così la dottrina di Abelardo, per il quale esso, pur qualificato come *magnae rei Sacramentum*, non aveva una diretta incidenza in merito alla *salus animae*, in quanto «*non alicuius meriti ad salutem, sed propter inconvenientiam ad salutem concessum.*»³⁵⁵ Sulla stessa linea si pone anche Pietro Lombardo, distinguendosi però dall'autore del *Didascalicon* per l'uso, per quanto sporadico, del termine "contratto" in riferimento alle nozze, senza che questo apparentemente osti alla individuazione della natura sacramentale del coniugio nell'economia della Salvezza.

E' tuttavia col XIII secolo che «*las tres sobresalientes figuras de la Escolástica del siglo XIII, San Alberto Magno, San Buenaventura, Santo Tomás de Aquino, no dejaron de enfocar su genio teológico hacia el sacramento del matrimonio*»³⁵⁶, mettendo in luce elementi che, fino a quando l'opera teologica si era limitata ad una ricognizione degli insegnamenti scritturistici e delle intuizioni dei Padri, erano rimasti in ombra, affrontando una riorganizzazione sistematica dell'intero pensiero cristiano e, in tema di matrimonio, distinguendo tra l'*officium naturae*, per il quale fu istituito da Dio prima del peccato originale e il *sacramentum*, cui fu elevato dal Cristo. Il primo, dopo il peccato, acquisì altresì la funzione medicinale di *remedium concupiscentiae*, mentre nel secondo è presente a sua volta una duplicità di significati: «*la unión de Christo y de la Iglesia, y la gracia que comunica a los cónyuges para que dignamente expresen a quella unión.*»³⁵⁷

353 *De sacramentis christianae fidei*, PL 176, 481 ss.

354 Anche questa valorizzazione della dimensione "metafisica" del coito è probabilmente frutto di una reazione alle allora insorgenti dottrine catare. In queste ultime rimase sempre costante «il disprezzo per il matrimonio (o, per dir meglio, l'antipatia per l'atto sessuale compiuto dagli sposi; la vita dei coniugi come fratelli era assai stimata).» Così P. BREZZI, *loc. ult. cit.*

355 *Epithome theologiae*, 28; PL 178, 1738.

356 M. GERPE GERPE, *La potestad...*, cit., pag. 18.

357 In questo senso *Thom. Aq., in IV sent.*, dist. 26, art. 1, q. 2. Lo sviluppo in merito al conferimento della

In tal guisa il matrimonio conserva una duplice funzione: per i non battezzati, come aveva già individuato Alberto Magno³⁵⁸, esso non può essere sacramentale, per carenza del battesimo, *ianua sacramentorum*, permanendo il semplice *officium naturae et remedium concupiscentiae*, ma allo stesso tempo senza per questo essere ridotto ad un mero concubinato, in quanto l'istituzione divina del matrimonio è preesistente alla Redenzione; l'unione cristiana, invece, elevata da Cristo alla dignità di Sacramento, consta di un elemento naturale e di uno sovranaturale: il primo, per poter sussistere, deve presupporre il libero consenso dei nubenti ed è con ciò assimilabile ai contratti³⁵⁹ stipulati dagli uomini.

Questa distinzione tra contratto e sacramento, che rappresenta forse la più interessante speculazione del Dottore Angelico, sarà nei secoli successivi particolarmente sfruttata allo scopo di avocare alla potestà secolare la disciplina del negozio giuridico, senza ledere la competenza *in spiritualibus* della Chiesa, anzi argomentando a partire proprio dal pensiero di uno dei suoi più insigni Maestri.

L'Aquinate, tuttavia, aveva già chiaramente distinto nella *Summa contra gentiles*, tra le competenza civile e quella ecclesiastica, ritenendo che il matrimonio «*inquantum vero ordinatur ad bonum politicum, subiacet ordinationi civilis legis. Inquantum autem ordinatur ad bonum Ecclesiae, oportet quod subiaceat regimini ecclesiastico*», distinguendo le competenze non sulla base della dicotomia tra contratto e sacramento, bensì sulla base di una destinazione finale, che rimarca la sua celebre definizione della legge come "*rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui communitatis cura habet promulgata*". Fin qui sembrerebbe tutto chiaro se, il medesimo Autore, non avesse altrove specificato, in materia di impedimenti, «*quod matrimonium non tantum est sacramentum sed etiam in officium; et ideo magis subiacet ordinationi ministrorum Ecclesiae quam baptismus, qui est sacramentum tantum: quia sicut contractus et officia umana determinantur legibus humanis, ita contractus et officia spiritualia lege ecclesiastica*»³⁶⁰. Il contratto spetterebbe dunque alla regolamentazione ecclesiastica in ragione di un suo carattere spirituale, non meglio specificato. Risposta convincente al dubbio sembra essere quella del Gerpe³⁶¹, ai sensi della quale «tal espiritualidad no puede, evidentemente, entenderse en sentido filosófico: a) Porque no podía ignorar Santo Tomás que el contrato matrimonial no es – filosóficamente hablando – un contrato puramente espiritual, ya que se refiere al derecho sobre el cuerpo; b) Porque esa espiritualidad coloca en oposición al contrato

Grazia *ex opere operato* fu tuttavia graduale, se ancora San Bonaventura affermava che «*non datur gratia per eum modum per quem in aliis sacramentis, sed solum auxilium gratiae, sicut supra in principio visum est, nisi forte ratione benedictionis adiunctae.*»

358Cfr. J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 126.

359Thom. Aq., in *IV sent.*, dist. 27, q. 1, art. 2. «*In omnibus sacramentis est aliqua spiritualis operatio, mediante materiali operatione quae eam significat... Unde cum in matrimonio sit quaedam spiritualis coniunctio, inquantum matrimonium est sacramentum; et aliqua materialis, secundum quod est in officium naturae et civilis viate: oportet quod mediante materiali fiat spiritualis virtute divina. Unde, cum coniunctiones contractum materialium fiant per mutuum consensum, oportet hoc modo etiam fiat matrimonialis coniunctio.*»

360S. Thom. Aq., in *IV sent.*, dist. 40, q. 1, art. 4.

361M. GERPE GERPE, *La potestad...*, cit., pag. 28.

matrimonial con los contratos *humanos*, y funda la jurisdicción eclesiástica sobre él, mientras los contratos humanos son de competencia civil; ahora bien, si la espiritualidad del contrato matrimonial consistiese en que versa sobre personas, no sobre cosas, la oposición indicada sería absurda, ya que también son humanos y pertenecen a la jurisdicción civil diversos contratos concernientes a derechos personales. Luego ha de intendersi in sentido teológico, como sinónimo de *carácter sagrado*», in tal guisa riacciandosi alla teologia agostiniana, che vedeva il matrimonio come *res sacra in se*, dunque soggetta alla potestà della Chiesa anche nella regolamentazione degli impedimenti che non fossero di diritto divino³⁶².

In conclusione, fermo che a far data dal pontificato di Alessandro III il matrimonio avesse la propria causa efficiente nel consenso dei nubenti, si può dire che l'opera di avocazione alla Chiesa del legiferare e giudicare in materia matrimoniale, può dirsi compiuta già nei primi anni del secolo successivo, a partire da un altro Papa di primaria importanza, anch'esso insigne giurista: Innocenzo III († 1216). Il tutore di Federico II detterà infatti i principi, che saranno poi raccolti da San Raimondo e da Gregorio IX nel *Liber Extra* e sui quali sostanzialmente si appoggerà tutta la canonistica fino al codice del 1917.

Quando nel 1198 sarà chiamato a rispondere ad un quesito *de sponsa duorum*, egli non avrà dubbi nell'imporre alla donna di ritornare dal primo marito, sposato *per verba de praesenti*³⁶³, principio che riaffermerà con eguale fermezza nel 1206.

In questo modo, rafforzata la costruzione matrimoniale canonica anche tramite l'opera dei citati teologi scolastici, si può dire che «sans nul doute, le principe consensualiste adopté par l'Eglise a rendu énormément de service a l'institution matrimoniale»³⁶⁴, in qualche maniera svincolando l'istituto dalle dinamiche familiari ed economiche e valorizzando *ante litteram* la persona umana rispetto al potere secolare. Eppure, per quanto assurdo, proprio questo primato della volontà sarà aspramente criticato dai novatori religiosi del XVI secolo quando, desiderando diffondere il proprio pensiero grazie alle armi di principi secolari, riterranno che esso dovesse venire in qualche modo conculcato, argomentando particolarmente dal problema dei matrimoni clandestini.

362Così San Bonaventura, riportato da M. GERPE GERPE, *loc.ult. cit.*: «*Quia illud sacramentum in contractu consistit, qui est personae ad personam; et quoniam Dominus plenam iurisdictionem dedit Petro super spirituali et a pliore quam reges terrae et imperator habeant super temporalia... Si ergo regis et principis potentia potest contractus limitare, ut malae fidei possessor contra eorum edicta mercatur; quid mirum si dedit Ecclesiae posse?*»

363Comp. III, l. IV, tit. 1, c. 2.

364Cfr. J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 113.

CAPITOLO III

IL PROTESTANTESIMO E LA REAZIONE CATTOLICA

1 – *La piaga dei matrimoni clandestini*

Nel precedente capitolo, esaminando l'affermazione della potestà ecclesiastica in materia matrimoniale, si è avuto modo di notare come il trionfo della dottrina consensualistica propugnata da Ugo di San Vittore e Pietro Lombardo avesse comportato un'accettazione del principio secondo il quale, per la valida costituzione del vincolo, non fosse necessario altro che la pronuncia dei *verba de praesenti* da parte di ciascuno nei confronti dell'altro e senza che fosse necessaria alcuna formalità particolare *ad validitatem*³⁶⁵. Al contempo si è però sottolineato come la Chiesa non abbia mai cessato di raccomandare che la celebrazione avvenisse *in facie Ecclesiae* (letteralmente avanti alle porte della Chiesa), consigliando la benedizione del sacerdote ai nubenti, anche in forza del ruolo di garanzia che esso dava circa l'eventuale presenza di impedimenti, in particolare quello relativo ai gradi proibiti di parentela, ancora estesi fino al settimo. Ciò però non significa che l'omissione della formalità avanti la *propria* Chiesa significasse l'assenza di qualsivoglia elemento religioso: le unioni clandestine, infatti, potevano avvenire tanto segretamente, cioè in assenza di qualsivoglia cerimonia, quanto religiosamente, in chiese o conventi appartati ovvero in abbazie esenti dalla giurisdizione episcopale, con la benedizione di un sacerdote compiacente, per lo più allo scopo di superare l'opposizione dei genitori e del parentado. Il Gismondi ha così potuto ritenere che tali fossero «quelli conclusi con l'omissione delle solennità richieste *de honestate, ad decorem et solemnitatem sacramenti* (benedizione) ovvero senza la presenza di testimoni, senza il permesso del vescovo nei casi previsti dalle varie disposizioni (es. quando esistevano impedimenti dispensabili) ed infine senza che fossero state adempiute le formalità preliminari (banni).»³⁶⁶

Si trattava dunque di scongiurare non tanto il rifiuto della dimensione sacra delle nozze, che era riconosciuta da pressochè tutti, quanto piuttosto la presenza di eventuali impedimenti e, soprattutto, il concreto rischio della bigamia, in quanto una passione giovanile poteva ben spengersi o le pressioni familiari potevano divenire insopportabili. Ecco dunque che la battaglia contro la clandestinità delle unioni viene attestata dalla *Summa parisiensis* (1170), con la statuizione secondo la quale «*matrimonium hodie fit secundum canones*» e da Graziano alla C. 30, q.5, c.3, tramite la citazione del responso di Niccolò I ai Bulgari in calce alla quale, tuttavia, il Maestro bolognese mantiene il periodo in cui il Pontefice sancisce l'assenza di peccato nell'omissione delle formalità; nello stesso modo si pongono anche i successivi canoni 4,5,6 riportanti, il primo la celebre definizione leonina del matrimonio, gli altri due citazioni tratte rispettivamente dal IV concilio cartaginese e da quello arelatense, tutte citazioni che non possono dirsi

365Fondamentale in proposito è la citata epistola di Alessandro III al vescovo di Norwich, citata al cap. II, par. 4, nota 100.

366P. GISMONDI, *La celebrazione...*, cit., pag. 332.

particolarmente ferree in materia; purtuttavia la conclusione del monaco di San Felice è drastica e forzata: nel *dictum* successivo al canone 6 egli afferma «*his omnibus auctoritatibus occultae nuptiae prohibentur, atque ideo, cum contra auctoritatem fiunt nuptiae, pro infectis haberi debent*», in questo modo andando palesemente contro il dettato del canone 3 e, comunque, alterando le conclusioni degli altri due. Le disposizioni conciliari, infatti, non avevano mai comminato la nullità delle nozze concluse clandestinamente, limitandosi a prescrivere «sanzioni a carico dei colpevoli (sacerdote e coniugi)»³⁶⁷. A dimostrazione che questa era la linea seguita fino ad allora si pongono tanto il fallimento della prescrizione della notorietà, contenuta in alcune decretali di Alessandro III (1174-1176), che indurrà il pontefice ad assentire alla consuetudine diffusa della celebrazione avanti il notaio, testimoniata dalla sua epistola all'Arcivescovo di Salerno e, dall'altro, l'introduzione delle pubblicazioni volte ad anticipare le prossime nozze, che erano raccomandate dagli statuti sinodali di Angers (1200), Albi (1230), Cambrai (1250), Nîmes (1252), Arles (1263) e, più tardi, Aquileia (1339) e Strasburgo (1341)³⁶⁸, ma soprattutto dal Concilio Ecumenico Lateranense IV (1215).

Questa assise ecumenica, convocata dal Papa-giurista Innocenzo III a trentasei anni dalla precedente, è forse la più rilevante dell'intero medioevo, in quanto in essa si dispiega il colossale disegno del Pontefice di riforma a tutto campo della Chiesa, tramite «disposizioni destinate non soltanto ai suoi successori nel pontificato, ma anche ai vescovi delle generazioni a lui vicine, al clero curato, a quello regolare, ai monasteri già investiti quasi ovunque di responsabilità pastorali, e infine agli ordini il cui statuto era in formazione.»³⁶⁹

Le tre sedute del Concilio produssero 70 capitoli che, «secondo un piano ben ponderato abbracciavano tutti i gradi gerarchici e tutte le condizioni e volevano servire alla cura d'anime»³⁷⁰; tra questi i numeri 50, 51, 52 sono dedicati al tema matrimoniale. Con il primo *caput* viene riformato l'impedimento di parentela, con una riduzione (invero necessaria) al quarto grado del coniugio proibito e con il chiarimento che ciò avveniva perchè si trattava di legge meramente umana, modificabile quando lo richiedessero le contingenze³⁷¹; a completamento di quanto sancito a livello "sostanziale" si pone il capitolo 52, con un intervento, per così dire, *a latere*, inerente "diritto processuale". Si proibisce infatti la testimonianza "per sentito dire" (*de auditu*) nei processi matrimoniali, stabilendo quello che, per secoli, sarà il principio cardine del processo matrimoniale canonico: «*tolerabilius est enim aliquos contra statuta hominum copulatos dimittere, quam coniunctos legitime contra statuta Domini separare*».

La questione dell'eccessiva estensione dei gradi proibiti non era certo una novità, dato

367J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 174.

368 *Ibidem*.

369G. ROSSETTI, *La pastorale nel IV lateranense*, in AA.VV. *La pastorale della Chiesa in Occidente dall'età ottoniana al concilio lateranense IV*, Milano, 2004, pag. 197.

370H. JEDIN, *Breve storia dei concili*, Brescia, 1978, pag. 72.

37150. «*Non debet reprehensibile iudicari, si secundum varietatem temporum statuta quandoque varientur humana, praesertim cum urgens necessitas vel evidens utilitas id exposcit, quoniam Ipse Deus ex his quae in veteri testamento statuerat, nonnulla mutavit in novo.*»

che di essa si erano occupati pressochè tutti gli statuti sinodali merovingi e carolingi: con questo intervento, Lotario di Segni, diede piena dimostrazione dell'ormai acquisito pieno dominio sulla materia mentre, con la modifica della disciplina testimoniale, egli intese risolvere «un affare regolato in margine al concilio, su testimonianza di parecchi vescovi: la dichiarazione di nullità del matrimonio, del resto consanguineo, di Burcardo di Avesnes con Margherita di Fiandra, poichè lo sposo aveva dissimulato la sua condizione di chierico nel suddiaconato»³⁷².

Ma è il capitolo 51³⁷³ ad assumere maggiore rilevanza, con la rinnovata proibizione dei matrimoni clandestini e la comminatoria di pene severe per i responsabili. La Sinodo legalizzava ed estendeva a tutta la cristianità la consuetudine topica delle pubblicazioni, affidando l'indagine ai chierici responsabili della comunità. Lo stesso laicato veniva valorizzato e, pur senza tornare all'eccesso dei "visitatori sinodali", gli era permesso di denunciare eventuali impedimenti, con la minaccia, nel caso di false dichiarazioni, di una non meglio specificata punizione ecclesiastica.

Sempre in merito alle sanzioni, veniva vietata la celebrazione anche sulla base del semplice sospetto circa l'esistenza di un impedimento, con l'ulteriore comminatoria inerente all'illegittimità dei figli; quest'ultima sanzione era prevista anche per la prole nata da un matrimonio clandestino, cui si aggiungeva una "penitenza proporzionata". Lo stesso clero non era immune da pene, in quanto il parroco che non avesse impedito le unioni clandestine o "impedite" veniva sospeso dal proprio ufficio per tre anni, con libertà di aggravare la pena nel caso di maggiore gravità della negligenza.

L'intervento conciliare, sanzionato da una partecipazione dell'episcopato alla sinodo fino ad allora sconosciuta all'Occidente³⁷⁴, era senza dubbio stimolata dal pensiero dello stesso pontefice, come attestato anche dal suo inserimento nella *IV compilatio antiqua*

372R. FOREVILLE, *Lateranense I,II,III, e Lateranense IV*, in G. DUMEIGE (dir.), *Storia dei concili ecumenici*, VI, Città del Vaticano, 2001, pag. 294. «In tal modo il papa e il concilio prendono in considerazione i problemi di pastorale: formazione dei sacerdoti alla dottrina e al ministero; nutrimento spirituale dei fedeli attraverso la parola e i sacramenti; discernimento degli spiriti, educazione al senso del peccato. Le misure pastorali, come la preoccupazione di equità e di garanzia in ogni procedura canonica, danno alla legislazione di questo concilio medievale un aspetto moderno e una durevole portata.» *Ibidem*.

37351. «*Cum inhibitio copulae coniugalis sit in tribus ultimis gradibus revocata, eam in aliis volumus districte observari. Unde praedecessorum nostrorum inhaerendo vestigiis, clandestina coniugia penitus inhibemus, prohibentes etiam ne quis sacerdos talibus interesse praesumat. Quare specialem quorundam locorum consuetudinem ad alia generaliter prorogando, statuimus ut cum matrimonia fuerint contrahenda, in ecclesiis, per presbyteros publice proponantur, competenti termino praefinito, ut infra illum qui voluerit et valuerit legitimum impedimentum opponat et ipsi presbyteri nihilominus investigent, utrum aliquod impedimentum obsistat. Cum autem probabilis apparuerit coniectura contra copulam contrahendam, contractus interdicatur expresse, donec quid fieri debeat super eo manifestis constiterit documentis. Si qui vero huiusmodi clandestina vel interdicta coniugia inire praesumpserint in gradu prohibito etiam ignoranter, soboles de tali coniunctione suscepta prorsus illegitima censeatur, si ambo parentes, impedimentum scientes legitimum, praeter omne interdictum in conspectu ecclesiae contrahere praesumpserint. Sane parochialis sacerdos qui tales coniunctiones prohibere contempserit aut quilibet etiam regularis qui ei praesumpserit interesse, per triennium ad officium suspendatur, gravius puniendus, si culpaee qualitas postulaverit. Sed et iis qui taliter copulari praesumpserint, etiam in gradu concessu, codigna poenitentia iniungatur. Si quis autem ad impediendum legitimam copulam malitiose impedimentum obiecerit, ecclesiasticam non effugiet ultionem.»*

374G. ROSSETTI, *La pastorale...*, cit., pag. 199.

(4,2) e, soprattutto, ad opera di Raimondo di Peñafort e di Gregorio IX nel *Liber Extra*³⁷⁵, sotto il titolo *de clandestina desponsatione*. Tuttavia, il giudizio del Gaudemet³⁷⁶ su quest'ultima statuizione, è che essa sia «inserita in un lungo canone che tende a garantire il rispetto delle condizioni di matrimonio tra parenti», non allo scopo di formalizzare la nascita del vincolo, bensì di favorire il controllo, nulla stabilendosi in merito alla concretizzazione della forma è, soprattutto, senza stabilire nel concreto una vera pena per i trasgressori: il Concilio, infatti, colpiva la prole e i sacerdoti ma non i nubenti, limitandosi alla citata prescrizione di una penitenza per i trasgressori.

Con siffatte premesse non deve dunque stupire che l'efficacia del disposto fosse tutto sommato limitata, come attestano gli interessanti studi in materia, curati da Silvana Seidel Menchi e Diego Quaglioni³⁷⁷, nei quali la situazione viene dipinta con tinte meno fosche rispetto alla storiografia giuridica tradizionale, influenzata probabilmente dalle critiche luterane e dal successivo intervento tridentino. Al contempo, però, non può essere ignorato che «ci si sposava nella stalla o all'osteria, in cucina o nell'orto, al pascolo o in soffitta, in un boschetto o nella bottega di un fabbro, sotto il portico di casa o presso la fontana pubblica»³⁷⁸, attestando in tal guisa la dimensione eminentemente privata dell'evento, lontana assai da quella solennizzazione a cui siamo avvezzi ancora al giorno d'oggi, tanto da poter affermare che «chi si sposava in chiesa sceglieva la chiesa piuttosto come un luogo pubblico che come luogo sacro.»³⁷⁹

Questo importava non solo accertamenti sull'eventuale invalidità di un vincolo contratto in assenza delle necessarie investigazioni o circa la presenza di impedimenti ma anche processi matrimoniali di accertamento del vincolo contratto con un consenso quanto meno "precario". Forniscono un interessante esempio in proposito i verbali processuali raccolti tra Padova e Venezia da Ermanno Orlando³⁸⁰, inerenti a nozze contratte *iocandi causa* o, comunque simulate. Per lo studioso «la scelta della Chiesa di fondare il matrimonio sul mutuo consenso, di attribuire alla libera volontà dei contraenti, comunque e dovunque essa fosse stata espressa, il potere di perfezionare il vincolo, se aveva rappresentato tecnicamente un momento di straordinaria lucidità

375X. 4, 3, 3.

376J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 174.

377S. SEIDEL MENCHI – D. QUAGLIONI (a cura di), *Unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XIV al XVIII secolo*, Bologna, 2001.

378S. SEIDEL MENCHI, *Percorsi variegati, percorsi obbligati. Elogio del matrimonio pre-tridentino*, in S. SEIDEL MENCHI – D. QUAGLIONI (a cura di), *Unioni...*, cit., pag. 17 ss. In particolare «la dimensione dimessa, quotidiana, domestica dell'evento si manifesta nei matrimoni "accanto al fuoco" da sposi che restano familiarmente seduti su una sedia. Ci resta memoria di matrimoni contratti lungo una strada, ritornando in comitiva da una festa [...]. Se l'oste rifiutava di alloggiare una coppia non sposata, ci si sposava in quattro e quattr'otto in sua presenza. Un ricorrente scenario nuziale notturno è il balcone o la finestra: con l'aiuto di una scala, lo sposo, fiancheggiato dai testimoni, raggiungeva la sposa affacciata all'uno o all'altra, e pronunciava la formula rituale in un equilibrio altrettanto instabile quanto il legame così stipulato.»

379 *Ibidem*.

380E. ORLANDO, *Il matrimonio delle beffe. Unioni finte, simulate, per gioco*, in S. SEIDEL MENCHI – D. QUAGLIONI (a cura di), *Trasgressioni. Seduzioni, concubinato, adulterio, bigamia (XIV-XVIII secolo)*, Bologna, 2004, pag. 231 ss.

speculativa e di indubbia "audacia intellettuale", si era rivelato nella pratica, uno strumento inadeguato di direzione e controllo della vita sociale», giungendo a divenire *occasio peccati*. Vere e proprie farse a scopo di seduzione sono variamente attestate, tanto da indurre l'Ostiense ad ammonire «*nec enim debent laici de sacramentis Ecclesiae ludum facere vel derisum*»³⁸¹ e una sinodo diocesana parigina del XII secolo che ammoniva i nubenti a procedere alla celebrazione «*cum honore et reverentia... nec cum riso et iocose*»³⁸².

Già Innocenzo III aveva dovuto occuparsi della simulazione del consenso, dovendo distinguere se vi fosse piena volontà di stringere il contratto oppure la semplice concupiscenza carnale da soddisfare per mezzo di un riprovevole inganno, in ciò confermato da Raimondo di Peñafort³⁸³, con conseguente invalidità del vincolo tanto nel foro esterno che in quello interno. Questo primato assoluto dell'espressione dei *verba de praesenti*, indipendentemente dalla reale intenzione di colui che pronunciava le parole, era in qualche modo ulteriormente corroborata da un istituto che avrà vigenza del diritto canonico sino al 15 febbraio 1892, quando Leone XIII lo sopprimerà con il decreto *Consensus mutuus*: il matrimonio presunto.

Questa soluzione venne ideata nelle sue linee generali da Ugucione da Pisa, che propose una interpretazione corroborativa delle decretali bandinelliane per la quale, nel caso di uno scambio di *verba de futuro*, cui fosse seguita la copula carnale, dovesse ritenersi costituito il vincolo matrimoniale in forza di una presunzione *juris et de jure* di consenso attuale data dall'atto sessuale. A canonizzare la proposta dottrinale fu nuovamente il tutore di Federico II (che fu altresì il più celebre discepolo del citato decretista), confermato in ciò dal suo successore e parente Gregorio IX³⁸⁴; il che avvenne non senza le resistenze dei grandi teologi regolari del XIII secolo e con l'opinione in parte diversa di alcuni tra i massimi canonisti, quali Bernardo da Parma e l'Ostiense, nel pensiero dei quali erano piuttosto i *verba de futuro* a dover essere interpretati come attuali, senza che la copula potesse agire a livello presuntivo³⁸⁵.

Recepita la dottrina innocenziana da San Raimondo e da Gregorio IX nel *Liber Extra*, si

381 Il passo è riportato da P. RASI, *La conclusione...*, cit., pag. 107.

382 Riportato da E. ORLANDO, *Il matrimonio...*, cit., pag. 243.

383 Nella *Summa de matrimonio*, il Santo domenicano riafferma il principio consensualista: «*Pone, quod aliquis desponsat aliquam, non habens propositum contrahendi sed decipiendi, ut sic possit ab ea copulam extorquere carnalem; numquid stabit hoc pro matrimonio? In hoc casu diversa sentiunt; mihi tamen videtur, salvo meliori iudicio, quod si ille non proposuit eam ducere in uxorem, nec unquam consensit in eam, non debet ex illo facto matrimonium iudicari, quum in eo substantia coniugalis contractus non valeat inveniri. Quoniam ex altera parte dolus solummodo adfuit et defuit omnino consensus, sine quo cetera nequeunt foedus efficere coniugale. Haec responsio habetur expresse ex ti. de sponsal. c. Tua Nos [X, 4,1,26.].* Riportato da D. QUAGLIONI, *Sacramenti detestabili. La forma del matrimonio, prima e dopo Trento*, in S. SEIDEL MENCHI – D. QUAGLIONI (a cura di), *Unioni controverse...*, cit., pag. 68.

384 V. X, 4, 1, 30. «*Is, qui fidem dedit M. Mulieri super matrimonio contrahendo, carnali copula subsecuta, etsi in facie ecclesiae ducat aliam et cognoscat, ad primam redire tenetur; quia, licet praesumptum primum matrimonium videatur, contra praesumptionem tamen huiusmodi non est probatio admittenda. Ex quo sequitur, quod nec verum, nec aliquod censetur matrimonium, quod de facto est postmodum secutum.*»

385 J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 134.

può dire che la dottrina giuridica della Chiesa in materia matrimoniale sia sostanzialmente chiusa alle novità, atteso che nel *Sextus*, nelle *Clementinae* e nelle *Extravagantes* il IV libro è ridotto ai minimi termini o è addirittura assente: dunque, accanto alla teologia e alla riflessione decretalistica, nel corso del XIII secolo si erano «collegati tanti fattori non teologici. Interessi di natura sociale, psicologica, culturale, patrimoniale (questioni ereditarie), legale (questioni di diritto tanto civile quanto ecclesiastico) interagiscono qui con esigenze spirituali, religiose, teologiche»³⁸⁶, costituendo queste ultime «raffinamento e sistemazione a un superiore livello di sintesi, rispetto a quanto civilistica e canonistica hanno elaborato in una secolare tradizione di scuola, per la quale l'istituto del matrimonio ha trovato, per via di dottrina più che di legislazione positiva, la sua forma, sia in senso teologico sia in senso tecnico-giuridico.»³⁸⁷

Dunque, con l'affermazione della sacramentalità delle nozze e l'aspirazione al monopolio anche formale in merito alla celebrazione, la Chiesa realizza un proprio sistema che, nei contenuti ma non nella forma esterna, permarrà tutto sommato pressochè identico fino al Vaticano II. Si vedrà in seguito come i matrimoni contratti dinanzi a laici, principalmente notai, saranno frequentissimi nel corso del XIV e XV secolo, con un ruolo tutto sommato ancillare della benedizione sacerdotale attestato, ad esempio, dalla bolla di Niccolò IV del 31 agosto 1283, relativa all'istruzione della procedura dispensatoria della parentela di terzo grado tra Aldobrandino d'Este e Alda Rangone. Solo dalla fine del XIV secolo comincia una maggiore frequenza della menzione, nei documenti, che il matrimonio fu celebrato "*iuxta mores et ordines sanctae matris ecclesiae*"³⁸⁸, quindi con un ruolo latamente formale della Chiesa, se non altro a livello consuetudinario, essendosi costituito «un sistema di riti e divieti»³⁸⁹, nel quale solo i secondi saranno assistiti dall'intervento del supremo legislatore ecclesiastico, con le conseguenze che ci si accinge ad esaminare.

2 – Critica protestante al diritto matrimoniale canonico.

Se con il *Liber extra* si può dire che la costruzione giuridica del matrimonio canonico sia

386U. BAUMANN, *Come il matrimonio diventò sacramento*, in S. SEIDEL MENCHI – D. QUAGLIONI, *I tribunali del matrimonio*, Bologna, 2001, pag. 239.

387D. QUAGLIONI, *Sacramenti detestabili...*, cit., pag. 72.

388Descritto minuziosamente da G.SALVIOLI, *La benedizione nuziale fino al concilio di Trento, specialmente in riguardo alla pratica e alla dottrina italiana dal secolo XIII al XVI*, estratto dall'*Archivio giuridico*, LIII, 1-2, Bologna, 1894.

389D. LOMBARDI, *Matrimoni di antico regime*, Bologna, 2001, pag. 10. L'autrice riporta altresì un interessante caso, avutosi in Firenze l'anno precedente alla pubblicazione del decreto *Tametsi* da parte del Concilio tridentino, precisamente il 15 giugno 1562. Il nobile Francesco di Antonio Pitti aveva infatti sposato l'umile Caterina di Sante, con cerimonia tenutasi in casa del primo, ove si era proceduto allo scambio dei *verba de praesenti*, "*iuxta consuetudinem Sanctae Romanae Ecclesiae*." Probabilmente su pressione del parentado il primo impugnò il matrimonio, che venne effettivamente dichiarato nullo, non sulla base della clandestinità, che avrebbe pur permesso allo storpio Francesco di liberarsi della povera moglie, non essendo obbligato ad alcunchè, ma sulla base dell'impotenza, per legge ecclesiastica dirimente il matrimonio.

stata portata a termine è altrettanto sostenibile che la giunzione di essa con la proiezione teologica della dicotomia "contratto-sacramento" avvenga con due assisi ecumeniche, *causa unionis*: al Concilio di Lione del 1274³⁹⁰ era stato sancito che il matrimonio era uno dei sette sacramenti, chiarendosi una volta per tutte che la bigamia riguardava solo coniugi viventi e non i vedovi; della nascita del vincolo si occupa il Concilio di Firenze (1439) con la bolla ivi sottoscritta di unione con gli Armeni, venendo così solennemente canonizzato ciò che anteriormente era contenuto solo nelle decretali pontificie e nelle sentenze dei maestri. In questo documento, si stabilisce che «*septimum est sacramentum matrimonii, quod est signum coniunctionis Christi et Ecclesiae secundum apostolum dicentem: "Sacramentum hoc magnum est, ego autem dico, in Christo et in Ecclesia." Causa efficiens matrimonii regulariter est mutuus consensus per verba de praesenti expressus.*»³⁹¹

La sanzione dogmatica dell'Assise ecumenica rappresentava per la chiesa cattolica la chiusura della questione in guisa soddisfacente per il proprio prestigio e la propria autorità, tuttavia nel pieno risveglio degli studi umanistici essa risultava quasi stonata, anche perchè «negli anni in cui "nasce lo spirito laico", nel momento in cui i poteri civili (comuni, signorie o regni) affermano la loro autonomia ed estendono la loro competenza»³⁹² era quasi necessario che esso sfuggisse «alle sole istanze della Chiesa»³⁹³, atteso altresì che «l'Eglise avait toujours admis que les époux étaient les ministres du sacrement et que les enfants pubères pouvaient valablement contracter mariage, même à l'insu de leurs parents. La société laïque prétendait, au contraire, renforcer l'autorité du père de famille et interdire des mariages qu'elle tenait pur clandestins.»³⁹⁴

Sotto il profilo matrimoniale sono dunque le istanze di quella che oggi verrebbe chiamata "società civile" a preparare il terreno alle speculazioni dei novatori religiosi e alla loro riforma³⁹⁵, nelle intenzioni destinata a ribadire quel primato della Sacra

390«*Tenet etiam et docet eadem sancta Romana Ecclesia, septem esse ecclesiastica sacramenta, unum scilicet baptismum, de quo dictum est supra; aliud est sacramentum confirmationis, quod per manuum impositionem episcopi conferunt, chrismando renatos; aliud est poenitentia, aliud Eucharistia, aliud sacramentum ordinis, aliud est matrimonium [...]. De matrimonio vero tenet, quod nec unus vir plures uxores simul, nec una mulier permittitur habere plures viros. Soluta vero legitimo matrimonio per mortem coniugum alterius, secundas et tertias deinde nuptias successive licitas esse dicit, si impedimentum canonicum aliud est causa aliqua non obsistat.*» H. DENZIGER, *Enchiridion symbolorum*, Bologna, 2000, pag. 488.

391Il concilio prosegue nella descrizione secondo la dottrina di origine agostiniana dei *tria bona*: «*Assignatur autem triplex bonum matrimonii. Primum est prolem educanda et cultum Dei. Secundum est fides, quam unus coniugum alterum servare debet. Tertium indivisibilitas matrimonii, propter hoc quod significat indivisibilem coniunctionem Christi et Ecclesiae. Quamvis autem ex causa fornicationis liceat thori separationem facere, non tamen aliud matrimonium contrahere fas est, cum matrimonii vinculum legitime contracti perpetuum sit.*»

392J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 202.

393Ibidem.

394P. OURLIAC, *Preface* a P. BELS, *Le mariage des protestants français jusqu'en 1685*, Paris, 1968, pag. 7.

395«La parola "riforma" non presenta sistematicamente nessuna difficoltà. Nel latino profano, le parole *reformare*, *reformatio*, significavano: dare a un oggetto un'altra forma, riportarlo alla sua forma primitiva; quindi: correggere dei costumi corrotti (cfr. Forcellini).» Così Y. CONGAR, *Vera e falsa riforma della chiesa*, Milano, 1972, pag. 271.

Scrittura sul magistero ecclesiastico corrotto da istanze secolariste, che nulla avevano da spartire con l'autentica missione della Chiesa. Infatti, come si avrà modo di approfondire nella seconda parte di questo scritto, la critica protestante al matrimonio cattolico non si pone, a livello eziologico, sulla stessa linea delle critiche marsiliane, tendenzialmente prone ai *desiderata* di Ludovico il Bavaro e più latamente collegate a quelle anglicane, ma involge pienamente la definizione dogmatica mutuata dalla scolastica e riconosciuta dal Concilio ecumenico fiorentino in merito alla natura sacramentale del vincolo per cui *Gratia perficit naturam*.

La contestazione dell'efficacia *ex opere operato*, «qui tombe sur les époux à leur insu comme une mécanique extérieure et automatique»³⁹⁶ è già presente nel pensiero Erasmo, a margine delle *Annotationes Novi Testamenti* (1516), in cui si tratteggia un'efficacia santificante del vincolo derivata da una santa vita coniugale vissuta nella fede. In tal guisa il fiammingo, «con prudenza e sottigliezza notevoli»³⁹⁷, supera la dottrina scolastica, riportando il dibattito in qualche maniera indietro fino ai tempi di Agostino, soprattutto attraverso la critica alla traduzione latina della Bibbia e all'equiparazione tra Μυστήριον greco e *Sacramentum* latino in Ef 5, 25-32. Con la prudenza lui propria, invoca Sant'Agostino per affermare che il "mistero grande" non è quello dell'unione tra l'uomo e la donna ma quello tra Cristo e la Chiesa, relegando il primo in una dimensione inferiore o, comunque, ancillare. La stessa traduzione deve essere letterale, senza ricercare significati ulteriori di tipo teologico o, comunque, latamente filosofici, significando esclusivamente "cosa nascosta o segreta". In questo modo, ancora con riferimento al *Doctor Gratiae*, che non distingueva tra mistero e sacramento, ritiene che vadano distinti «le signe et la chose signifié», di cui la seconda è prevalente, non potendosi dire che un abissino sia bianco solo perchè i suoi denti sono bianchi.

Ma la critica non è soltanto biblica bensì anche patristica, con un'acuta argomentazione, di tipo quasi socratico, relativa al pensiero di Girolamo, che non avrebbe contestato la liceità delle seconde nozze se ne avesse conosciuta la natura sacramentale³⁹⁸ e, fortemente antiscolastica: l'umanista di Rotterdam, appoggiandosi alle sentenze di Pietro Lombardo nelle quali si riconosceva che i Padri non avevano pienamente individuato l'efficacia salvifica del vincolo coniugale, ne limitava l'efficacia al *remedium concupiscentiae*, senza alcuna dimensione attiva di santificazione.

Non deve stupire, su questi presupposti, che il vero iniziatore della frattura della cristianità occidentale, abbia iniziato la propria battaglia a partire dalla "riscoperta" della Sacra Scrittura quale fonte esclusiva della dottrina, a prescindere da tradizione, magistero e definizioni dommatiche. Con queste premesse c'è quindi da chiedersi se di vera riforma sia sia trattato o, tutto sommato, di una vera e propria "rivoluzione", cioè di un sovvertimento delle strutture (o sovrastrutture) medievali in nome dell'affermazione dei principi della "modernità" nascente.

Tralasciando gli interessi politici che portarono non pochi grandi feudatari tedeschi ad appoggiare il dottore di Wittemberg nel suo sforzo, credo sia corretto sposare l'opinione

396P. BELS, *Le mariage...*, cit., pag. 27.

397 *Ibidem*.

398 *Annotationes Novi Testamenti*, I, co. VII, 39.

di Yves Congar circa l'eziologia delle 95 tesi e del successivo sviluppo del pensiero luterano³⁹⁹; per il grande domenicano⁴⁰⁰ «Lutero aveva capito ben presto tre cose: in primo luogo, che i veri abusi non erano quelli che tutti riprovavano almeno in linea di principio, ma quelli di cui non si parlava e che implicavano una falsa dottrina, distruttrice del vero rapporto religioso e dunque del Vangelo; si era infatti sostituito il vero rapporto religioso che è interiore all'uomo, e il vangelo, che è l'annuncio della salvezza accordata per grazia, in Gesù Cristo, sulla base della fede, con delle *pratiche* con le quali si intendeva guadagnare il cielo. In secondo luogo, e di conseguenza, che ciò che era malato nella Chiesa, era la *dottrina*, l'insegnamento e la predicazione, e che ogni riforma doveva cominciare con un rinnovamento del ministero della Parola nel quale consisteva, secondo lui l'attività pastorale. In terzo luogo, che si trattava di cambiare non soltanto qualche punto di attuazione pratica, ma tutto un sistema.»

La Riforma non era più ecclesiastica, nel senso attribuitole fin lì dai canoni conciliari approvati *ratione reformationis* dal Concilio Lateranense V, chiuso nel fatale 1517, e spesso ignorati da coloro che avrebbero dovuto curarne l'applicazione, diveniva religiosa, soprattutto tramite il ripudio della legge canonica e del romano pontificato che, con la sua deleteria attività, l'avrebbe sostituita alla Scrittura allo scopo di fondare una superiorità politica ed ecclesiologica non spettantegli. Questa diversità ontologica è attestata non solo dall'eliminazione del sacerdozio ordinato ma soprattutto dalla scelta etimologica, che sostituisce il lemma di sapore "corporativo" *Kirche* con quello "degiuridicizzato" di *Christenheit*⁴⁰¹, meglio rappresentante il sacerdozio comune dei battezzati sostitutivo di quello ordinato. Tuttavia, perchè l'opera non restasse lettera morta, essenziale fu il contributo politico dei principi tedeschi, da tempo desiderosi di svincolarsi dai pesanti contributi che la Santa Sede richiedeva per sostenere la difesa del proprio dominio temporale. Il riformatore, ancora ai tempi dell'Editto di Worms e della bolla *Exsurge Domine*, aveva compreso come l'unica tutela che l'avesse salvato dalla sorte che il concilio di Costanza aveva riservato a Giovanni Hus era stata la protezione dell'elettore sassone Giovanni: così egli tentava di unire gli interessi politici dei suoi *danti causa* dell'Assia e della Sassonia, tentando di farli coincidere con le proprie speculazioni le quali, con il passare degli anni, avevano assunto un tono esasperatamente antiromano⁴⁰², in opposizione al più "moderato" pensiero di Filippo

399Non si può infatti adoperare la parola "sistema", come è invece possibile fare con i grandi pensatori del XIII secolo, in quanto «la ragione della difficoltà di comprendere la persona e l'opera [di Lutero] e di rappresentarcele verosimilmente, risiede in Lutero stesso. Possediamo una quantità di scritti di Lutero, di testimonianze su di sé e sulla sua volontà. Se non difetta tra tutte queste sue espressioni un'intima connessione e se tutti i problemi di Lutero sono posti a partire da ben pochi punti di vista e ne ricevono la soluzione, egli non è però un sistematico. In compenso egli è di gran lunga eccessivamente determinato dall'esperienza vissuta (*Erlebnis*).» E. ISERLOH, *Martin Lutero*, in E. ISERLOH – J. GLAZIK – H. JEDIN, *Riforma e controriforma*, in H. JEDIN (dir.), *Storia della Chiesa*, VI, Milano, 1975.

400Y. CONGAR, *Vera e falsa...*, cit., pag. 275-276.

401Così, sempre Y. CONGAR, *Vera e falsa...*, cit., pag. 300, aveva potuto ritenere che «Lutero aveva visto nella Chiesa solamente il cristianesimo e nel cristianesimo il Cristo, il Cristo interiore diventato *mia* giustizia. Essendo egli ora invisibile e spirituale, non ha voluto che il suo corpo fosse visibile e che il legame che lo univa al suo capo fosse sensibile, ma puramente spirituale.»

402Le contraddizioni tra il pensiero luterano e la sua applicazione pratica non sono sfuggite ad uno dei

Melantone, che sarà poi sostanzialmente sotteso alla Confessione Augustana del 1530. In tal guisa, se all'inizio del suo impegno ereticale il monaco sassone non ha ancora tratto pienamente le conseguenze del suo impegno di rivalutazione del Vangelo, raccomandando di approfittare di *tutti* i mezzi di grazia offerti dalla Chiesa, man mano che egli sente accrescere la propria forza (e per i canoni di allora la propria impunità), getta definitivamente alle spalle i residui scolastici per affermare che «les sacrements ne sont que des signes de l'offre de la grâce faite par la Parole, ou des sceaux, scellant de la promesse divine»⁴⁰³, che non hanno alcuna efficacia *ex opere operato*, con la Giustificazione da ricondursi esclusivamente alla fede del singolo.

E' il "*de captivitate babilonica Ecclesiae*" (1520) ad esporre questa dottrina, comportante la riduzione del numero dei Sacramenti (in ogni caso radicalmente alterati nella loro essenza) ai soli battesimo ed eucarestia (*rectius* "*coena dominica*"), mentre il matrimonio ne viene espunto, sulla base dell'assunto che la sua incorporazione nel numero degli strumenti di Grazia altro non fosse che un palliativo per l'ingiusta avocazione operata dal papato della regolamentazione giuridica di esso. Se la restaurazione della Chiesa (o meglio "trasformazione")⁴⁰⁴ era da intendersi come una liberazione dalla prigionia della Roma/Babilonia, la Chiesa spirituale doveva spezzare i vincoli che la univano alle istituzioni umane, impedendole di santificare ed essere santificata: così come il rapporto con la Divinità diveniva diretto, senza necessitare dell'intermediazione sacerdotale, il matrimonio, la cui sacramentalità non era attestata dalla Scrittura (vera e unica fonte dell'Parola conferente la Grazia), doveva per conseguenza essere lasciato alla potestà secolare, «in quanto cosa mondana, come il vestito e il cibo, la casa e il cortile.»⁴⁰⁵

Così il matrimonio è divenuto «una beffa di quella medesima tradizione in forza della quale si afferma che è un sacramento»⁴⁰⁶, non escludendo che esso, così come canonicamente disciplinato, possa giungere a divenire financo deleterio per la *salus animarum*, attraverso diversi esempi: la prima opinione da smantellare è la teoria degli

sommi giuristi protestanti, Emil Friedberg. «Questi concetti della chiesa invisibile e del sacerdozio universale hanno essenzialmente un significato ostile alla chiesa cattolica; in quanto essi rinnegano le sue dottrine fondamentali, specialmente quella, che l'appartenere all'istituto ecclesiastico esteriore sia condizione indispensabile dell'eterna salvezza, e in quanto essi sconvolgono l'organizzazione di tale istituto, il quale si fonda sull'essenza affatto distinta attribuita al papato, all'episcopato, al clero. La nuova dottrina si mostrava per contro inetta a costruire una nuova organizzazione. Poichè una chiesa invisibile non è in teoria suscettibile di essere esteriormente organizzata, e il sacerdozio universale è l'opposto di ogni organizzazione. Perciò entrambi i principi dovettero già all'epoca della riforma essere modificati.» E. FRIEDBERG – F. RUFFINI, *Trattato...*, cit, pag. 133.

403P. BELS, *Le mariage...*, cit., pag. 44.

404Che il pensiero di Lutero fosse sostanzialmente inedito, distaccandosi financo dal pensiero dei suoi immediati predecessori nell'eresia (quale ad esempio Wycliff) è testimoniato dall'opinione di Adriaan Floreensz, futuro Adriano VI. Quando gli furono sottoposti a Lovanio gli scritti luterani, egli ritenne che nemmeno uno studente al primo anno di teologia sarebbe potuto cadere in simili errori. Cfr. L.VON PASTOR, *Storia dei papi dalla fine del medioevo*, IV/2, Roma, 1926.

405H. JEDIN, *Storia del Concilio di Trento*, III, Brescia, 1973, pag. 203, riprende M. LUTHER, *Von Ehesachen* (1530).

406S. GHERRO, *L'autorità della Chiesa...* cit., pag.58: «*Matrimonium, non solum sine ulla scriptura pro sacramento censetur, verum eisdem traditionibus quibus sacramentum esse iactatur, merum ludibrium factum est, de quo aliquid videamus.*»

impedimenti, liquidata come «coartazione diabolica dettata dall'avarizia»⁴⁰⁷, dalla quale discende la negazione di ogni potestà giurisdizionale in capo al Papa e ai Vescovi, i quali dovrebbero occuparsi unicamente delle anime e non di questioni meramente terrene che imbrigliano la Chiesa in difficoltà inestricabili. E' in via indiretta, attraverso quest'ultima negazione, che si apre la porta all'introduzione del divorzio⁴⁰⁸: se Cristo ha chiaramente permesso la separazione per adulterio, non potendo essere materia di competenza ecclesiastica bensì da affidarsi al giudizio di due "*boni viri*", ne discende che la potestà secolare potrà in tal guisa regolarsi come più le aggradi, in quanto ciò che non è proibito è permesso. Anche su questo punto le ragioni a monte della scelta sono sostanzialmente politiche: il più importante principe protestante, Maurizio d'Assia, era infatti bigamo⁴⁰⁹, avendo sposato Margherita (una semplice damigella di corte)⁴¹⁰ mentre era già legato in matrimonio con Cristina di Sassonia; poichè la bigamia era allora un reato penale soggetto alla giurisdizione secolare, il potente feudatario rischiava la deposizione da parte dell'imperatore e financo la pena capitale. Con queste premesse saranno gli articoli di Smalcalda (1537), promossi da Giovanni di Sassonia e nei quali è il pensiero di Lutero prevalente su quello di Melantone, a sancire l'ammissibilità del divorzio e con essa la completa scissione tra la concezione cattolica del vincolo e quella riformata.⁴¹¹

Tornando con ciò al pensiero luterano va rammentato come ancor più pregnante ai fini della polemica contro la concezione cattolica del matrimonio fosse l'argomentazione inerente ai matrimoni clandestini, in quanto il diritto canonico veniva fatto apparire come una fonte di peccato anzichè un presidio pastorale contro di esso. Il problema delle eventuali bigamie generate da infelici passioni o da opposizioni parentali non era infatti nuovo alla critica teologica, prima che giuridica, con contestazioni tanto sulla scelta delle parole usate per contrarre quanto sull'aformalismo. Già Wycliff aveva espresso una proposizione inerente alla confusione tra i *verba de futuro* e quelli *de praesenti*, suggerendo che fosse opportuno, anzi necessario modificare il sistema. La proposizione «*Haec verba: accipiam te in uxorem, eligibiliora sunt in contractu matrimoniali quam ista: Ego te in uxorem accipio. Et quod contrahendo cum una per hoc verba de futuro, et post cum alia, per haec verba de praesenti, non debent frustrari verba prima per verba secundaria de praesenti*», decisamente meno drastica rispetto a quelle del secolo successivo, gli aveva

407H. JEDIN, *Storia...*, cit., pag. 200.

408Lutero non giunge a propugnarne l'ammissibilità *expresse*, affermando anzi che ad esso preferirebbe la bigamia. Che non mentisse è del resto attestato dalla sua lettera a Filippo d'Assia, il quale chiedeva di ripristinare il costume patriarcale e in cui l'eresiarca sassone arrivava ad individuare dei casi giustificabili, come ad esempio il coniuge lebbroso. Anche qui la polemica anticanonica è patente, in quanto il *Corpus iuris canonici* aveva sancito che il coniuge sano fosse obbligato a rendere il debito coniugale financo al lebbroso, in virtù dell'irrevocabilità della cessione dello *ius in corpus*. Cfr. X. 4, 8, 3 e il bel contributo di E. ORLANDO, *Et lepra superveniens non dissolvit matrimonium*, in *Quaderni di storia religiosa*, 2012, pag. 251 ss.

409Cfr. L. VON PASTOR, *Storia dei papi...*, IV/2, cit., pag. 370 ss.

410R. PALMAROCCHI, *Filippo il magnanimo*, in *Enciclopedia Cattolica*, V, Città del Vaticano, 1948-1954, pag. 1319.

411Art. *Smalc. de pot ep.*: «*Iniusta etiam traditio est, quae prohibet coniugium personae innocenti post factum divortium.*»

attirato l'anatema del Concilio di Costanza (1414-1418), misura che non aveva impedito il sorgere di ulteriori contestazioni.

La speculazione erasmiana era già più sviluppata rispetto a quella dell'eresiarca inglese, con richiami anche alla legislazione giustiniana⁴¹², in conformità a quella tensione verso l'antichità pagana che aveva portato gli umanisti rinascimentali a disprezzare il medioevo, ritornando alla classicità. La critica, oltre che giuridica, è anche teologica e investe il foro interno attraverso l'esempio, poi ripreso da Lutero, dell'uomo che in confessione ammetteva di avere già contratto due matrimoni, uno senza vero consenso l'altro con autentica partecipazione spirituale: in questo caso, nel pensiero dell'umanista, la Chiesa errava nel dare prevalenza al primo sul secondo secondo il mero criterio cronologico, poichè attribuiva un primato solo all'apparenza e non alla sostanza. Ciò premesso, il nederlandese svolge una critica profonda al mancato rispetto da parte dei contemporanei delle regole pubblicitarie ecclesiastiche, ritenendo che sul punto «tutto è confusione»⁴¹³ e richiamando numerosi esempi dell'Antico Testamento (Isacco, Giacobbe, Tobia su tutti) per affermare la potestà genitoriale sul matrimonio dei figli, in quanto «les parents sont les instruments de Dieu.»⁴¹⁴ Questa proposizione è però temperata da un'altra, secondo cui la potestà dei genitori non può sconfinare nell'arbitrio, dovendosi temperarla con l'interesse dei figli, attraverso l'arbitrato di un giudice terzo, idea che sarà ripresa, come si vedrà, prima da Lutero e poi dall'Illuminismo, con i tribunali di famiglia e l'intervento del magistrato previsto dai codici ottocenteschi⁴¹⁵.

Partendo da queste premesse il riformatore sassone si servirà ancora una volta di Erasmo, appellando alla "libertà cristiana" ma allo stesso tempo contraddicendosi, invocando una maggiore potestà dei genitori in merito al matrimonio dei loro figli: questo non deve stupire in quanto l'idiosincrasia dell'ex agostiniano per il diritto canonico, discendeva principalmente dal fatto che egli ne ignorava sostanzialmente i rudimenti, essendosi i suoi studi concentrati esclusivamente sulla Bibbia⁴¹⁶, che era giunto a conoscere pressochè a memoria. Contrariamente all'umanista nederlandese, che aveva una formazione "globale", egli non poté astenersi dal cadere in alcune conclusioni aberranti, specialmente circa la potestà dei genitori sul matrimonio dei figli, che il "*Vom ehelichen leben*" del 1522 riporta indietro di alcuni secoli: la copula carnale giunge ad avere effetto costitutivo, anche se avvenuta esclusivamente per lussuria e senza alcuna

412P. BELS, *Le mariage...*, cit., pag. 60: «À la législation canonique il oppose la coutume de l'Ancien Testament et même le sois de païens: ceux-ci s'y entendaient paradoxalement mieux que les chrétiens pur honorer le mariage; l'Empereur Justinien, le droit civil et le droit naturel concordent pour interdire au fils de famille le droit de se marier sans l'autorisation des parents jusqu'à son émancipation: "*Atqui Iustinianum imperator non permittit filius familias uxorem ducere, citra parentum auctoritatem, in quorum potestate sunt: idque putat naturali simul et civili rationi congruere, quod natura parentibus ius dederit in liberos, id confirmavit ius civile usque ad emancipationem.*»

413 *Ibidem*.

414P. BELS, *Le mariage...*, cit., pag. 61-62.

415Cfr. la legge francese 16-24 agosto 1790 e artt. 376-383 cod. nap. Si veda altresì J. GAUDEMET, *Matrimonio e famiglia. Il diritto e i costumi dalla fine del XVIII secolo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, I, 1988, traduzione propria.

416Cfr. E. ISERLOH, *Martin Lutero...*, cit., pag. 12 ss.

volontà di costituire un vincolo, mentre in presenza di due sponsali clandestini egli riconosce in capo al padre la possibilità di optare per quello che fosse di *suo* maggior gradimento, con una facoltà rescindente quindi in capo allo stesso mentre, nel caso di silenzio, si sarebbe applicato il criterio cronologico, già criticato da Erasmo e che l'iniziatore della Riforma aveva anch'esso contestato⁴¹⁷.

La concezione patriarcale che traspare da questi *dicta* si poneva anch'essa in contraddizione con l'esperienza di vita vissuta di Lutero, il quale era entrato nel chiostro in contrasto con la volontà paterna, a seguito dello *shock* patito per una folgore che gli era caduta accanto lasciandolo illeso⁴¹⁸. Forse per reazione ad una scelta che aveva poi rinnegato prendendo moglie, asserendo la preferibilità della condizione coniugale su quella verginale, egli cercherà di conformare la propria posizione con quella richiesta dai principi e dai seguaci del credo augustano attraverso il *Von Ehesachen* del 1530, nel quale egli non teme di contraddirsi nuovamente: riprendendo letteralmente l'esempio erasmiano sopra citato sui matrimoni clandestini consecutivi, stabilisce la prevalenza della pubblicità sulla cronologia e quindi, della forma sulla sostanza parlando del coniugio come di uno *status* "ontologicamente pubblico".

Esaminate le fonti, il Bels⁴¹⁹ ha potuto così riassumere i fondamenti della dottrina protestante in materia matrimoniale: «premièrement les *sponsalia* clandestines ne doivent pas former un mariage; deuxièmement: les *sponsalia* clandestines doivent céder devant les *sponsalia* publiques; troisièmement: au cas il y aurait deux *sponsalia* publiques successives, les secondes devraient être annullées et leurs auteurs punis; quatrièmement: doit être jugé comme adultère, celui qui, après des *sponsalia* publiques a des relations avec une autre femme. Dans ce cas on ne doit pas, en effet, casser les premières *sponsalia* et lui permettre d'épouser la seconde femme. Cinquièmement: les *sponsalia* forcées n'ont aucune valeur.»

Naturalmente questa opinione doveva essere suffragata attraverso la Sacra Scrittura, unica fonte di conoscenza della volontà divina. La pubblicità diviene in tal guisa di diritto divino positivo, tramite una forzatura del principio deuteronomico (Dt 19,15) "*unus testis nullus testis*" con una duplice conseguenza: da un lato, se gli sposi divengono una cosa sola tramite il matrimonio, essi non potranno rendere inopponibile il loro vincolo in quanto carente del secondo teste; dall'altro, anche se avessero mille testimoni ma il vincolo fosse contratto in opposizione ai genitori, questi mille testimoni non verrebbero che uno, in quanto essi hanno operato *clam*. Ricollegando queste proposizioni al principio di fondo secondo il quale la materia matrimoniale è di esclusiva competenza civile, il dottore di Wittemberg si riallaccia alla condanna imperiale del matrimonio clandestino, già espressa da Giustiniano: è dunque la potestà civile ad avere, *ratione materiae*, il potere di stabilire la forma delle nozze, fermo restando il ripudio della concezione canonica, che aveva sempre optato per la validità degli *sponsalia clandestina*; in quanto disobbediente al comando divino, il diritto canonico non poteva in alcun modo obbligare l'appartenente alla *Christenheit*. Tale comando trovava ulteriore

417P. BELS, *loc. ult. cit.*

418E. ISERLOH, *loc. ult. cit.*

419P. BELS, *Le mariage...*, cit., pag. 63-64.

suffragio nei *desiderata* genitoriali, dai quali traspariva la Volontà del Creatore, seppur con il temperamento della ragionevolezza dell'intervento paterno, avverso il quale era ricorribile il giudice secolare⁴²⁰.

Si badi, ad ogni buon conto, che il richiamo all'autorità temporale non significava ancora istituzione del matrimonio civile: testimonianza di ciò è data dal "Piccolo catechismo", nel quale egli ripropone la celebrazione *in facie Ecclesiae* (letteralmente intesa), con annesso il celeberrimo "benedizionale", nel quale è previsto che dal pulpito il predicatore proceda alle pubblicazioni (con facoltà per l'assemblea assistente di sollevare le proprie opposizioni⁴²¹) oltre ad un vero e proprio rito nuziale, con tanto di letture bibliche ad accompagnarlo⁴²², seppur non universalmente obbligatorio: infatti, dato che «il proverbio dice "paese che vai usanze che trovi" e poichè il matrimonio è un affare civile, non spetta a noi ecclesiastici o ministri della chiesa intervenire in proposito con ordini o regolamenti. Bisogna lasciare ad ogni città e nazione i propri usi e costumi così come sono praticati. Tutte queste usanze, come le altre della medesima natura, spetta ai principi e ai magistrati stabilirle e rogarle. Ma qualora si domandi di benedire gli sposi avanti la Chiesa, di pregare per loro e di unirli, dobbiamo farlo.»⁴²³

Accanto alle "regole generali" ora esposte si ponevano alcune più specifiche, come il rifiuto della distinzione tra i *verba de futuro* e quelli *de praesenti* attraverso un'alterazione del *matrimonium praesumptum*: già nel "*de captivitate babilonica Ecclesiae*", come si è poco sopra ricordato, la congiunzione carnale assume valore costitutivo, nel caso in cui dopo due consensi al secondo segua l'atto coniugale, senza alcuna distinzione tra sponsali e nozze. Tale asserzione trova probabilmente anch'essa la propria ragione nella confusione che Lutero poneva tra i due vincoli, non tenendo in giusto conto l'argomento

420Concezione cui saranno ampiamente debitori i codificatori ottocenteschi.

421Traducendo letteralmente da P. BELS, *Le mariage...*, cit., pag. 66: «Lutero non propone affatto, al contrario di Erasmo, di rendere obbligatoria la pubblicità delle nozze. Abbiamo visto come egli ritenga il matrimonio uno "status pubblico", che deve sorgere pubblicamente, ma lasciando all'autorità temporale il compito di occuparsene. Nel 1529, all'interno del suo "Piccolo catechismo", propone un formulario per la benedizione del matrimonio. Propone le pubblicazioni da pulpito: «*Giovanni N. e Margherita N. vogliono, conformememente all'istituzione divina entrare nel santo stato del matrimonio. Domandano le preghiere della Chiesa, perchè il loro matrimonio sia contratto in nome di Dio e per la loro felicità. Se qualcheduno ha qualcosa da dire in proposito, che lo faccia finchè in tempo o taccia per sempre. Poi, l'alleanza matrimoniale va confermata davanti alla porta della Chiesa. Il ministro dirà: "Giovanni, vuoi tu prendere in moglie Margherita? Lui risponderà: "Sì." "Margherita, vuoi tu prendere in marito Giovanni?" Lei risponderà sì. Essi si scambieranno allora gli anelli nuziali; il ministro congiungerà loro le destre e dirà: "Ciò che Dio ha unito l'uomo non separi." Rivolgendosi al pubblico aggiungerà: "poichè Giovanni e Margherita desiderano unirsi e lo confessano qui pubblicamente, davanti a Dio e al mondo, e che, per questa ragione, si sono dati le mani e scambiati gli anelli io li dichiaro uniti in matrimonio, nel nome del Padre, del Figlio e dello Spirito santo.»*

422Gn 2, 18-24, Ef 5, 22-24 e 25-29, Gn 3, 16-19, Gn 1, 27,28,31, Pv 18, 22. Successivamente alle sacre lezioni, il Ministro dovrà stendere le mani sui coniugi e pregare così: «Signore Iddio, che hai creato l'uomo e la donna e li hai destinati al matrimonio, che hai benedetto l'unione coniugale rendendola feconda e che ci hai rappresentato attraverso di essa il mistero dell'unione di Gesù Cristo, tuo beniamato figlio, con la Chiesa Sua sposa, noi imploriamo la tua misericordia infinita, perchè tu non permetta che questo stato da te istituito e benedetto sia abolito. Che tu voglia piuttosto, nella tua Grazia, mantenerlo presso di noi. Per Cristo nostro Signore. Amen.»

423P. BELS, *Le mariage...*, cit., pag. 67.

canonico, secondo il quale era il semplice consenso attuale a sciogliere gli sponsali anteriormente contratti, senza necessità di alcun atto carnale. Gli *sponsalia* divengono sinonimi di mutua oblazione, con divieto di qualsivoglia violazione a pena di adulterio: come nel voto religioso colui che lo presta cessa di essere *sui iuris*, appartenendo a Dio, così nelle nozze la promessa prestata deve avere la medesima valenza.

Lo stesso nel "*Von Ehesachen*", opera nella quale Lutero aveva già rifiutato il latino in favore dell'approccio diretto con la "classe media": per il vero fondatore della lingua tedesca moderna non v'è alcuna differenza nell'uso concreto tra le parole future e presenti, in quanto entrambe si rendono con il comune uso del verbo *wollen* («*Ich will dich haben, du solt mein sein*») ⁴²⁴, spesso abbreviato in «*Ich will dich haben*», senza che nessuno ponga il futuro «*Ich werde dich haben*». In tal guisa la lingua parlata prevale su quella giuridica, generando confusione ed impossibilità di distinguere la reale intenzione dei nubenti, favorendo la rottura di numerosi matrimoni di per sè validi.

Così riassunte le critiche luterane, presto si comprese come il completo abbandono alla potestà civile di materie fino ad allora ritenute ontologicamente sacre, avrebbe potuto comportare aberrazioni derivanti dal capriccio di questo o quel principe: su questa base Enrico VIII provocherà lo scisma anglicano, prendendo spunto dalle dottrine matrimoniali luterane e dal rifiuto del primato pontificio (questo di fatto già operante in Inghilterra tramite l'istituto del *praemunire*), non osando però ancora sovvertire radicalmente la struttura gerarchica della Chiesa d'Inghilterra.

In senso invece veramente sovversivo di tutta la scala dei valori ereditati dal medioevo operarono i riformatori svizzeri che, in contesti più ristretti quali Zurigo per Zuinglio e Ginevra per Calvino, congiunsero il governo civile con quello religioso in una "*presbiczia*" destinata ad avere un influsso essenziale nella costruzione dello stato moderno.

Se il primo tra i due († 1531) «possiede una nozione abbastanza semplice e piuttosto descrittiva della Chiesa» ⁴²⁵, non distaccata di molto dal pensiero di Lutero, gli si deve tuttavia riconoscere la capacità di cogliere il malcontento dei concittadini verso la Santa Sede, debitrice di forti somme al popolo zurighese ⁴²⁶ per le guerre della Lega di Cambrai, indirizzandolo ad una scissione religiosa nella quale, accanto alle consuete contestazioni protestanti circa sacramenti e gerarchia, si «identificherà la Chiesa nell'assemblea dei cittadini convertiti al puro vangelo» ⁴²⁷, con la nascita di una sorta di nuovo "popolo eletto". In questo senso l'impulso zuingliano nella legislazione di Zurigo si farà sentire con l'obbligo della celebrazione pubblica e, soprattutto, di tenuta dei registri delle

424I *verba de praesenti* avrebbero dovuto rendersi con «*Ich neme dich zu meinem Weibe, Ich neme dich zu meinen Ehemann*», pressochè sconosciuti alla prassi. Cfr. J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 208.

425Y. CONGAR, *Vera e falsa...*, cit., pag. 325.

426L. VON PASTOR, *Storia dei papi...*, IV/2, cit.

427 Y. CONGAR, *Vera e falsa...*, cit., pag. 325, così riassume il pensiero dello zurighese: «Tutto ciò che concerne la *savezza* procede direttamente da Dio e viene a noi per mezzo della fede. Così come avviene per la giustificazione dell'uomo, la Chiesa si costruisce dall'interno, per un atto di Dio e di una realtà che non è altro che la fede.. Essa non è invero che l'assemblea dei veri credenti; essa viene dunque edificata dalla Parola di Dio, all'ascolto del Vangelo: in tal modo, mediante la predicazione, la Chiesa interiore della fede si ricollega con le comunità visibili, alle assemblee locali, in cui risuona la parola. »

unioni, con divieto di consumare le nozze qualora la celebrazione non avesse avuto luogo⁴²⁸.

Queste teorie (e la loro applicazione pratica) verranno perfezionate dal francese Giovanni Calvino († 1564), che ebbe modo di realizzare nella Ginevra della sua epoca un esperimento di *respublica christiana*, ordinata sui ministeri e perciò, per dirla con Congar, con «uno schema ecclesiologico [dal punto di vista cattolico] quasi corretto, o che può esserlo»⁴²⁹, in quanto superante l'exasperata identificazione luterana del secolare con il carnale e, quindi, della Chiesa come *societas* meramente invisibile. Tuttavia questa dottrina porta fatalmente a far coincidere l'assemblea dei credenti con la *respublica* e per l'effetto "civilizza" un certo tipo di morale, coniugando l'intolleranza del religioso fanatico con il dispotismo proprio di un sistema che, circondato da nemici potenti (Savoia, Francia, Impero, Spagna), deve necessariamente trovare in se stesso la forza per perpetuarsi, non concedendo la minima eterodossia. In materia matrimoniale, figlie di questa concezione della Chiesa e dello Stato, saranno le ordinanze del 1561, redatte da Calvino, che imporranno un censimento di tutti i concubinari ginevrini; accanto a detta prescrizione si trova quella sancente l'obbligo di contrarre gli sponsali, intesi come vero e proprio fidanzamento avanti al pastore, con un termine di sei settimane per passare alla celebrazione nuziale mentre, appena dopo la morte del riformatore (ordinanze del 1576), viene proibito e dichiarato nullo ogni matrimonio *in mixta religione*, con obbligo per il cattolico che ambisse alla mano di una "credente" di apostatare dalla Chiesa, facendo professione di fede evangelica⁴³⁰. Così il pensiero del riformatore, per il quale lo *status* coniugale è il più onorevole tra i legami che possano sussistere tra esseri umani⁴³¹, si traduce in norme giuridiche; riassumendo «le droit genevois se fige donc dans les Ordonnances matrimoniales à un stade où des *sponsalia* indissolubles et la célébration constituent les deux temps nécessaires du mariage. C'est pourquoi il n'y aura pas comme ailleurs une évolution lente vers la prédominance de la célébration et l'effacement des *sponsalia*.»⁴³²

Ecco dunque che nella concezione protestante del matrimonio si trovano *in nuce* tanti elementi che, di lì a qualche decennio, porteranno alla comparsa per la prima volta nella storia del "matrimonio civile" propriamente detto. Tuttavia perchè esso trovi un'affermazione estesa occorrerà passare per lo stadio opposto, nel quale la Chiesa cattolica formalizzerà per la prima volta nella storia dell'Occidente la nascita del vincolo, trasformando il negozio da meramente consensuale a solenne, dando piena dimostrazione della propria intrinseca vitalità e in attuazione del principio "*Ecclesia semper reformata semper reformanda*".

428P. BELS, *Le mariage...*, cit., pag. 67.

429 Y. CONGAR, *Vera e falsa...*, cit., pag. 327.

430J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 210.

431J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 167.

432P. BELS, *Le mariage...*, cit., pag. 116.

3.1 – *Il Concilio di Trento. Le prime discussioni e la fase bolognese (1545-1548).*

Il Concilio tridentino (1545-1563) rappresentò l'occasione per dimostrare la validità di detto principio. Esula dagli scopi del presente scritto cercare di riassumerne cronologicamente le vicende, dovendosi gioco forza rinviare all'amplissima bibliografia sul punto⁴³³. Sarà sufficiente rammentare come esso fu convocato ad opera di Paolo III, forse ultimo tra i Pontefici rinascimentali ed umanisti, e che visse alterne vicende, venendo traslato e sospeso più volte, tuttavia riunendo in sé tutte le *causae (fidei, unionis, reformationis)*, che fino ad allora erano sottostanti alla convocazione in forma solenne del Collegio episcopale. Da esso non furono estranee istanze strettamente secolari, in particolare su impulso di Carlo V⁴³⁴ che, dalla riunione in terra imperiale (ancorchè geograficamente italiana), sperava di favorire la partecipazione dei luterani onde por fine alle dispute religiose che travagliavano la Germania: sul punto l'esito doveva deludere le speranze absburgiche, poichè i lavori si tradussero in una serie di canoni di indirizzo strettamente ecclesiastico, destinati segnare l'intero indirizzo della Chiesa fino alla seconda metà del secolo XX. In proposito sembra essere forse troppo lapidario ed ingeneroso il giudizio del Sarpi che, nel qualificarlo «Iliade del secolo nostro»⁴³⁵, affermava la Sinodo essere riuscita a non centrare alcuno degli obiettivi per i quali era stata convocata, anzi il contrario; non sembra tuttavia potersi negare che, tramite le sue statuizioni, non ultima quella sul matrimonio, venne scavato un tale solco tra le comunità ecclesiali nate dalla Riforma e la Chiesa cattolica che, a dispetto delle ottime intenzioni dei coltivatori del dialogo ecumenico, appare fatica ardua se non impossibile colmarlo e, comunque, all'amaro prezzo di una rinuncia alla propria identità

433Tra cui spicca, per approccio "neutro" e per chiarezza, H. JEDIN, *Storia del Concilio di Trento*, 4 voll., Brescia, 1975-1981.

434Cfr. L.VON PASTOR, *Storia dei papi...*, V, cit.

435P. SARPI, *Istoria del Concilio tridentino*, I, Firenze, 1858, pag. 4. «Racconterò le cause e i maneggi di una convocazione ecclesiastica, nel corso di 22 anni, per diversi fini e con vari mezzi da chi procacciata e sollecitata, da chi impedita e differita e per altri 18 anni ora adunata, ora disciolta, sempre celebrata con vari fini, e che ha sortita forma e compimento tutto contrario al disegno di chi l'ha procurata, e al timore di chi con ogni studio l'ha disturbata: chiaro documento di rassegnare li pensieri in Dio e non fidarsi della prudenza umana. Imperocchè questo Concilio, desiderato e procurato dagli uomini pii per riunire la Chiesa che cominciava a dividersi, ha così stabilito lo scisma ed ostinate le parti che ha fatto le discordie irreconciliabili; e maneggiato dai principi per riforma dell'ordine ecclesiastico, ha causato la maggior difformazione che sia mai stata da chi vive il nome cristiano; e dalli vescovi sperato per riacquistar l'autorità episcopale, passata in gran parte nel solo pontefice romano, l'ha fatta loro perdere tutta intieramente, riducendoli a maggior servitù. Nel contrario temuto e sfuggito dalla Corte di Roma, come efficace mezzo per moderare la esorbitante potenza, da piccoli principii pervenuta con vari progressi ad un eccesso illimitato, glil'ha talmentre stabilita e confermata sopra la parte restatale soggetta, che non fu mai tanta, nè così radicata.» Di contro, P.S. PALLAVICINO, *Istoria del Concilio di Trento*, I, Roma, 1833, pag. 2, rileva che «ora, se verun successo per queste utilità merita di passare alla contezza de'posterì, tal'è senza dubbio il Concilio Universale celebratosi in Trento nel secolo preceduto. Niun altro Concilio fu per durazione più lungo, per articoli di Fede quivi decisi più ampio, per mutazione di costumi e di leggi più efficace, per ostacoli incontrati più arduo, per diligenza nell'esaminar le materie più accurato: e, ciò che avviene in tutte l'opere grandi, più esaltato dagli amici, più biasimato da'nemici.» Se la verità come spesso accade sta nel mezzo, non credo si possa negare la veridicità di quest'ultima affermazione del gesuita.

religiosa.

Come già accennato queste brevi note non permettono un'approfondita disamina di tutti i lavori e dell'esito globale del cimento, dovendosi giocoforza limitare l'esame alla trattazione operata dai Padri conciliari (e dai loro collaboratori) in merito al settimo sacramento, compito comunque non agevole, atteso che furono almeno tre i momenti nel quale esso venne affrontato e che tutta la critica storico-giuridica appare unanime nell'affermare il ruolo primario dei canoni matrimoniali tridentini, ben potendosi dire che «nella storia del matrimonio c'è un prima e un dopo Trento.»⁴³⁶

La critica luterana, infatti, non aveva fatto altro che portare alla luce problemi già sussistenti da secoli e la cui trattazione non poteva essere in alcun modo rinviata: tuttavia era giunta all'estremo di sovvertire (anzichè riformare) quanto di buono la canonistica classica e la teologia scolastica avevano fin lì sancito, "buttando il bambino con l'acqua sporca". Forti di questo rilievo, ancora prima della convocazione del Concilio, numerosi autori cattolici avevano predisposto le basi per una confutazione radicale delle dottrine protestanti in materia matrimoniale, attendendo che la Chiesa desse una risposta ufficiale.⁴³⁷ Tuttavia l'opera di questi autori, chiamati "controversisti", si limitò, con la parziale eccezione di Bertoldo di Chiemsee e di Melchior Cano⁴³⁸, a riaffermare la dottrina ecclesiastica senza grandi approfondimenti teologici, di reale portata innovativa.

All'apertura del Concilio non sembrò che la definizione dei problemi sul tema matrimoniale dovesse tardare: già nella VI sessione (Trento, 13 gennaio 1547), nel corso dei lavori sulla fondamentale dottrina cattolica della giustificazione, venne chiarito come l'Uomo non dovesse rimanere inerte dinanzi alla (per quanto immeritata) chiamata del Salvatore, ma dovesse rispondere ad esso liberamente⁴³⁹. Da ciò, con la riaffermazione della dottrina sulla Grazia, discese che nella sessione successiva la materia matrimoniale venisse sin dalle prime battute posta all'ordine del giorno dei lavori, cercando di specificarne la solidità e di garantirne l'efficacia. Il canone I della dichiarazione "*de sacramentis*"⁴⁴⁰, approvato alla settima sessione del 3 marzo 1547,

436D. LOMBARDI, *Matrimoni...*, cit., pag. 11, la quale rinvia all' "era nuova" individuata dall'insigne maestro patavino G. TAMASSIA, *La famiglia italiana nei secoli decimoquinto e decimosesto*, Palermo, 1911, pag. 150.

437J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 168. Per quanto possa far sorridere la principale di queste opere "controversiste" fu ispirata da Tommaso Moro e firmata dal Re d'Inghilterra Enrico VIII, che ricevette per questo il titolo di *defensor fidei*. L' *Assertio septem sacramentorum* (1521) fa propria tutta la dottrina cattolica in materia matrimoniale, affermando la sacramentalità e l'istituzione divina dello stesso.

438Per questo autore il matrimonio clandestino (all'insaputa o contro i genitori) era da proibire o, meglio, da irritare. Per il Cano la questione principale era quella relativa al sacerdote-ministro del sacramento, sulla quale ci si soffermerà poco oltre.

439*Canones de iustificatione*. 9. «*Si quis dixerit, sola fide impium iustificari, ita ut intelligat, nihil aliud requiri, quo ad iustificationis gratiam consequendam cooperentur, et nulla ex parte necesse esse, eum suae voluntatis motu praeparari atque disponi: anathema sit.*»

440*Decretum primum de Sacramentis*. 1. «*Si quis dixerit, sacramenta novae legis non fuisse omnia a Iesu Christo domino nostro instituta, aut esse plura vel pauciora, quam septem, videlicet baptismum, confirmationem, Eucharistiam, poenitentiam, extremam unctionem, ordinem et matrimonium, aut etiam aliquod horum septem non esse vere et proprie sacramentum: anathema sit.*»

aveva ripreso quanto stabilito a Firenze all'atto dell'unione con gli Armeni, inserendo a pena di anatema il matrimonio nel settenario⁴⁴¹. Con ciò, essendo (nuovamente) dogmatizzata la natura sacramentale del vincolo *inter baptizatos*, discendeva la necessità di una sua migliore specificazione: contrariamente alla bolla fiorentina non si era fatto cenno alla materia e alla forma dei mezzi salvifici, preferendosi approfondire la questione e, all'uopo, già dal giorno successivo cominciava la preparazione dei canoni. I lavori ebbero però un brusco arresto a causa del pericolo di una pestilenza e della carenza di alloggi per i padri, che comportarono prima la sospensione dei lavori, poi la loro traslazione a Bologna, ove dal 29 aprile al 7 maggio si riunirono le congregazioni teologiche (composte da trentasei "*theologi minores*")⁴⁴² sui sacramenti della penitenza, dell'unzione degli infermi e sul matrimonio. E' in questa sede che emerge un parziale riconoscimento del sacerdozio universale dei fedeli (Alessandro da Bologna, Tommaso da Pergola e Salmeròn) mentre «la trattazione del sacramento del matrimonio fu condotta su uno stretto binario, data la scelta decisa nella compilazione degli articoli definitivi»⁴⁴³; stabilita già dal decreto della settima sessione la questione della sacramentalità, essa venne approfondita dal padre agostiniano Moreschini, per lo Jedin stimolato dal Seriprando, ancora a partire da Ef. 5,32. Per il teologo il pensiero di Agostino era stato stravolto da Lutero in quanto il Vescovo di Ippona non aveva affatto sostenuto che i soli due sacramenti fossero il Battesimo e l'Eucarestia, limitandosi a sancire che essi soli erano necessari per la salute eterna. Con gli agostiniani sono per lo più i francescani conventuali francesi (Cenomano, Consilii, Hervet, Jay) ad approcciare l'argomento, in una tendenziale indifferenza degli altri periti: una concordanza di fondo venne invece raggiunta sulla potestà ecclesiastica in materia di impedimenti e sulla condanna della poligamia⁴⁴⁴, così come sull'indissolubilità del matrimonio nel caso di adulterio, giungendo il Consilii a chiedere l'espressa condanna della teoria di Erasmo propugnante lo scioglimento del vincolo nel caso di tentato omicidio del coniuge.

441P. SARPI, *Istoria...*, cit., pag. 333. «Fu ricordato che per raffrenare gli eretici non bastava condannare l'articolo, chi non nominava anco singolarmente ogni uno de'sacramenti, acciò qualche mal spirito non escludesse alcuno dei veri e sostituisse de'falsi. Fu appresso ricordato un altro punto essenziale all'articolo, cioè il determinar l'institutore di tutti i sacramenti, che è Cristo, per condannare l'eresie de'Luterani che ascrivono a Cristo l'ordinazione del solo battesimo ed eucaristia [...]; Ma bene altri dicevano, che non conveniva passare tanto innanzi, ed era assai star tra i termini del Concilio fiorentino [...] e del matrimonio si troverà, che da molti vien detto che da Dio nel paradiso fu istituito; e Cristo stesso, quando di quello parla, che era il luogo proprio per dirne l'autore, allora non a sè, ma al padre nel principio attribuisce l'instituzione.»

442«*Notandum est insuper, uti refert Massarellus in suo "Ordo celebrandi Concilii", congregationes ibi habitas diversi fuisse generis. Quaedam enim sunt Congregationes particulares sive theologorum monorum, sive praelatorum theologorum, sive denique praelatorum canonistarum et iuristarum, ubi discussiones preparatoriae habentur antequam res discutienda vel definienda Patribus ipsis propanatur.*» G.Z. GOMES, *De matrimoniis clandestinis in Concilio tridentino cum appendice de forma celebrationis matrimonii apud Indos*, Roma, 1950, pag.18.

443H. JEDIN, *Storia del Concilio di Trento*, III, Brescia, 1975-1981, pag. 90 ss.

444Con l'opposizione del francescano Pierpaolo da Potenza, il quale riteneva che la poligamia sarebbe divenuta lecita per diritto naturale nel caso di una società composta da molte donne e pochi uomini. Tesi che fu apertamente condannata dal solo Jay, con propensione degli altri teologi a considerarla falsa ma non eretica.

Più contestata, quasi ad anticipare il vivace dibattito del 1563, fu la questione dei matrimoni clandestini, nei confronti della quale gli approcci erano vari: «secondo il parere di Consilii e Jay, i matrimoni clandestini non sono di fatto legittimi, cioè conformi alla legge, perchè vietati dai canoni»⁴⁴⁵; tuttavia, essendo pienamente validi, non è nel potere della Chiesa irritarli (Jay) mentre l'attenzione del Consilii si concentra sui vincoli tra minorenni, anch'essi da tenersi fermi quanto alla validità, ma da proibire espressamente per il futuro. Al termine delle riunioni teologiche (26 aprile 1547) erano stati presentati ai Padri sei estratti⁴⁴⁶ delle opere dei novatori, con lo scopo di fornire all'Assise un sunto tratteggiato delle nuove dottrine, benché ancora insufficiente per una risposta definitiva. Su queste incerte basi il compito di preparare i canoni sul sacramento del matrimonio, che doveva seguire quelli su Ordine sacro ed Unzione degli infermi, venne affidato al segretario del Concilio Massarelli, il quale operò consultazioni tanto con i generali degli ordini mendicanti quanto con il legato pontificio Cervini (futuro Marcello II), il quale propose alcuni emendamenti. Obiettivo era quello di giungere ad una discussione del problema già entro l'agosto di quell'anno, dovendo tuttavia tale speranza venire frustrata dall'intervento dell'altro legato papale Del Monte (futuro Giulio III), il quale impose una "concentrazione" della discussione⁴⁴⁷ sui due temi più scottanti e dibattuti: il divorzio a causa di adulterio e i matrimoni clandestini⁴⁴⁸.

Attesa l'imposizione del futuro pontefice, il 29 agosto, si diede inizio ad una vera e propria disquisizione di natura teologica che, partendo dalla dottrina contenuta della *Summa* dell'Aquinate, generò tre risposte ai principali quesiti: le prime due, che attenevano ai matrimoni clandestini, sancivano che gli stessi dovessero tenersi siccome rati e validi, per quanto illeciti, non essendo in alcun modo potere dei genitori invalidarli, mentre l'adulterio non veniva ritenuto, *ex se*, causa di scioglimento del vincolo⁴⁴⁹.

445 *Ibidem*, pag. 91.

446 La raccolta comprendeva originariamente quindici proposizioni, che il Seriprando aveva raccolte già in Trento. V. H. JEDIN, *Storia...*, III, cit., pag. 205.

447 Sempre lo Jedin ha rilevato, dal diario conciliare del Massarelli, come il Del Monte avesse ritenuto che le gravi questioni da lui poste all'ordine del giorno fossero *dicutiendae* e non *examinandae*, come invece si sarebbe detto se i canoni fossero stati proposti al voto assembleare. H. JEDIN, *Storia...*, III, cit., pag. 206.

448 Ai Padri dovevano venire sottoposti gli articoli «*qui habere videntur aliquam difficultatem: an scilicet omittendi sunt et relinquendi dispositionis juris (sunt enim ambo in jure decisi) ut non necessariae quaestiones etiam inter catholicos evitentur; an etiam una cum aliis terminandi. 1. Matrimonia clandestina non esse legitima matrimonia, ac proinde esse in potestate parentum ea irritandi, nisi qui clam contraxerunt impetrarent a patribus ea rata haberi. 2. Mulier, quae alteri viro sui fecit copiam, adeo uxor esse desiit, dedit divortio, licet cui velit nubere; neque eum moechari, qui dimissa adultera aliam duxerit.*» A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Milano, 1941, pag. 8.

449 Per il domenicano Ambrogio Catarino, assai vicino al Del Monte, questa dottrina non era però assoluta. Nel caso di fornicazione, infatti, il solo fatto non sarebbe stato di per sè idoneo a ingenerare lo scioglimento tuttavia, alla parte innocente, poteva essere concessa dal Vescovo la facoltà di contrarre una nuova unione, che avrebbe disciolta la precedente. Una sorta di "privilegio apostolico" che non avrebbe ingenerato alcuna *permutatio status*, così come il paolino. Cfr. A. WALZ, *I domenicani al Concilio di Trento*, Roma, 1961.

Alla presenza di cinquanta padri (contro i ventuno presenti nella città felsinea durante la primavera), si tennero quindi quattro congregazioni generali⁴⁵⁰, dove il primo oratore (il vescovo Saraceni di Matera) si tenne ancorato alla dottrina classica, senza prendere posizione su eventuali innovazioni: in particolare egli ribadì il principio per il quale "*consensus facit nuptias*", suscitando tuttavia la critica di una frangia minoritaria dell'episcopato, che chiedeva il riconoscimento del potere parentale di rescindere le unioni clandestine. Contro a questa soluzione estrema si ponevano coloro che ritenevano i matrimoni clandestini perfettamente validi ma affermavano altresì che fosse nelle facoltà della Chiesa porli nel nulla.

Soluzioni che non furono però condivise dalla maggioranza dei Padri riuniti a Bologna, in quanto l'orientamento prevalente si pose nella direzione di ritenerli validi (*jure divino etiamsi canonice illicita*) dovendosi però salvaguardare la *salus animarum* e la pace delle famiglie tramite l'introduzione di un impedimento dirimente di diritto ecclesiastico, che corroborasse la proibizione del Lateranense IV. Fu così che il 6 settembre «si decise di condannare le richieste dei luterani, di proibire con gravissime pene i matrimoni clandestini e di stabilire che il vincolo del matrimonio non restasse rotto per la *fornicatio*.»⁴⁵¹ Due giorni dopo, la raccolta di sei canoni redatta dal Massarelli veniva presentata al *plenum*, proponendosi di affermare nell'ordine (cann. 1-6): la natura sacramentale delle nozze *iuxta lege evangelica*, la validità dei clandestini⁴⁵², l'inadeguatezza dell'adulterio a rompere il vincolo, la proibizione della benedizione solenne delle seconde nozze, il divieto della poligamia ai cristiani, «la dottrina secondo cui non vi sarebbero altri impedimenti oltre quelli elencati in Lev. 18, 6 ss.»⁴⁵³

La mutilazione dei quindici articoli del Seriprando doveva tuttavia produrre frutti attossicati: le otto congregazioni generali, riunite tra il 10 e il 22 settembre allo scopo di definire la dottrina, videro uno scontro di tale portata da impedire un accordo definitivo: innanzitutto il problema era una certa confusione tra dogma e legislazione meramente ecclesiastica, con la conseguente volontà di restringere le definizioni in materia di fede alla sola condanna degli errori luterani: in tal guisa sorgevano plurimi interrogativi circa la natura dommatica della proibizione dei clandestini, con scontro tra i sostenitori della proibizione assoluta e i fautori della limitazione della condanna ai vincoli contratti tra soggetti alla patria potestà; quanto alla questione del divorzio per

450«*Dein habetur Congregationes generales "in quibus conveniunt omnes Patres in Concilio vocem habentes, nempe legati, praesidenter cardinales, patriarchae, archiepiscopi, episcopi, abbates et generales ordinorum", ibique materiam praeparatam et discussam in Congregationibus igitur Generalibus capita doctrinae sive canones dogmatici difinitivo modo rediguntur, ut postea solemniter promulgari possint in ipsis Sessionibus.*» G.Z. GOMES, *De matrimoniis clandestinis...*, cit., pag. 18.

451A.C. JEMOLO, *loc. ult. cit.*

452Nonchè la loro natura sacramentale. Essa «pareva negata da un'antichissima fonte, lo Pseudo-Evaristo, che proprio nell'età del Concilio era stata riproposta in una forma emendata rispetto alla redazione graziana con cui prima era conosciuta, emendazione che dava maggiore autorità alla fonte ricollegandola alla tradizione apostolica. C'era inoltre la forte influenza di Gropper e del Concilio coloniese, celebrato nel 1536 e pubblicato in Italia dal Giberti nel 1541, che poneva in dubbio tale sacramentalità.» G. ZARRI, *Il matrimonio tridentino*, in P. PRODI-W. REINHARD (a cura di), *Il Concilio di Trento e il moderno*, Bologna, 1997, pag. 448.

453H. JEDIN, *Storia...*, III, cit., pag. 213.

adulterio era il Nasso a rammentare la costante prassi della Chiesa orientale in proposito, così come la non dogmaticità del divieto di benedizione solenne delle seconde unioni. *In secundis*, lo stralcio di alcune problematiche non secondarie, aveva indotto il Lippomani a chiedere la condanna espressa delle dottrine luterane ed erasmiane secondo le quali il matrimonio sarebbe stato dovere di ogni uomo per diritto divino, con preferenza dello stesso sulla continenza e la verginità; a questo sensatissimo rilievo venne opposto che una simile tematica involgeva altresì le questioni dei voti e del celibato ecclesiastico, dovendosi trattarla unitamente ad essi in apposita congregazione. La stessa natura sacramentale non sfuggì all'attenzione dei Padri, in quanto il Seriprando ebbe modo di affermare (con interessante preveggenza) che la Grazia da esso conferita sarebbe consistita «in quell'amore vicendevole che nel matrimonio nasce tra i coniugi e dura fino alla morte»⁴⁵⁴, mentre per il Romeo, generale dei domenicani, la copula avrebbe avuto una funzione "integratrice" del Sacramento. Preso atto della persistenza di divisioni, in esito al voto della congregazione generale, il cardinale Del Monte sancì che la commissione teologica procedesse alla redazione definitiva dei canoni da sottoporre al *placet* del Collegio mentre questo avrebbe trattato «degli abusi sorti nella prassi sacramentaria.»⁴⁵⁵

L'ulteriore rinvio ai teologi (che iniziarono la trattazione dal 10 ottobre) non doveva far ben sperare per una celere approvazione dei canoni: i dottori ebbero modo di dividersi nuovamente aprendo ulteriori finestre di dibattito, come quella inerente ai ministri del Sacramento, derivante dalla necessità o meno dell'assistenza del sacerdote allo scambio dei consensi: per i vescovi di Upsala, Bitonto e Minori essa sarebbe stata requisito necessario, venendo sul punto rimbeccati dal Barba (sacrista apostolico e vescovo di Teramo), per il quale «*neque minister est de necessitate huius sacramenti, quia forma non debet a ministro proferri ut in aliis sacramentis, sed forma matrimonii verba sunt: liber consensus contrahetium. Ubi igitur erit liber consensus, erit sacramentum, quia sacerdos, non facit sacramentum neque approbatio ecclesiae sed Spiritus Sanctus.*»⁴⁵⁶

Con una simile questione pendente era impensabile che i teologi potessero trovare un soluzione condivisa, dovendosi altresì tener conto dell'opinione del Catarino in merito alla facoltà episcopale di autorizzare le seconde nozze della vittima di un adulterio: venne operata una nuova formulazione dei primi tre canoni, mentre il quarto venne abbandonato da parte del Cervini, attesa la sua natura meramente ecclesiastica, e su iniziativa del Lippomani sostituito dalla condanna della dottrina luterana asserente l'obbligo divino di contrarre matrimonio. Ciò permise che il 7 novembre venissero trasmessi i canoni così emendati all'Assemblea, unitamente alla raccolta degli *Abusus circa sacramentum matrimonii*, con annessi *remedia* e *provisiones*, preparati già prima dell'estate⁴⁵⁷. Anch'essi generarono dispute, ad opera soprattutto dell'episcopato

454H. JEDIN, *Storia...*, III, cit., pag. 215.

455 *Ibidem*.

456H. JEDIN, *Storia...*, III, cit., pag. 219.

457In base ad essi, la proibizione delle unioni clandestine doveva venire corroborata dalla privazione, rispettivamente di eredità e dote, per gli uomini minori di anni ventidue e per donne inferiori ai venti, oltre alla proibizione di fidanzamenti di ragazze inferiori ai dodici anni, senza approvazione parentale. Era però evidente come tutto ciò si sarebbe prestato a gravissimi abusi da parte di genitori avidi. Altri

francese, fresco di arrivo a Bologna, richiedente con vigore la condanna dei chierici concubinari accanto agli adulteri⁴⁵⁸.

Le difficoltà politiche in cui si dibatteva l'Assemblea ne segnarono la sorte: al 23 dicembre 1547 i lavori sul matrimonio erano ad un punto morto e l'avocazione pontificia della decisione circa la legittimità della traslazione (1° febbraio 1548), assunta dopo le reiterate proteste imperiali, segnò la sospensione delle attività. Lunghi anni dovettero trascorrere prima che il Concilio tornasse ad occuparsi del tema.

3.2 – La XXIV sessione e il "Tametsi dubitandum non est" (1563).

La sospensione del Concilio importò che l'argomento matrimoniale non venisse più abordato per almeno dieci anni, cioè fino alla congregazione cardinalizia tenutasi il 22 marzo 1557⁴⁵⁹, con il concorso di prelati e canonisti, «passandosi dall'episodio del figlio del Gran Connestabile di Francia, che voleva sciogliere un proprio matrimonio clandestino con una dama della Regina per condurre una figlia naturale di Enrico II»⁴⁶⁰, generando la messa in discussione della potestà papale di dispensa *super rato*. Solo con il 1563, ultimo anno del Concilio, il nodo venne sciolto nella XXIV sessione (ottava sotto Pio IV), tenutasi l'11 novembre, alla quale presenziarono quattro legati, i cardinali di Guisa e Madruzzo, tre patriarchi, venticinque arcivescovi, centottantasei vescovi, cinque abati, sei generali d'Ordini e 11 inviati.⁴⁶¹ Per le cattive condizioni di salute del Pontefice, oltre che per le pressioni secolari e la stanchezza dei Padri, si aveva diffuso desiderio che i lavori procedessero fino alla chiusura della grande Assise, che doveva gettare le basi della reviviscenza del cattolicesimo in Europa.

capi colpivano la prassi di contrarre consapevoli dell'esistenza di un impedimento sperando nella dispensa (eretica), la benedizione delle seconde nozze (qui spostata dai canoni dogmatici su iniziativa del Cervini), la diffamazione delle vedove risposate, le gozzoviglie e lo scarso rispetto per i luoghi sacri durante le celebrazioni, la consumazione precedente alle nozze, da combattersi proibendo ai parroci di impartire la benedizione, gli abusi dei *vagi* bigami, il concubinato adultero (eresia). H. JEDIN, *Storia...*, III, cit., pag. 222-223.

458 In sostanza, forti del legame con Ugo di San Vittore e Pietro Lombardo, «Les pères français présents à Bologne ont donc tous pris parti pour la validité des mariages clandestins, contre toute les pressions non seulement de la réforme, mais aussi du pouvoir politique.» Cfr. A. TELLON, *La France et le Concile de Trent (1545-1563)*, Roma, 1997, pag. 682.

459 Nelle more della sospensione (1552), Paolo III fece preparare «uno schema di trentatré articoli da sottoporre alla discussione dei teologi e si tennero anche delle congregazioni sino a normare ben sei canoni sul matrimonio. Ma per le doglianze dei protestanti che richiedevano si trattassero queste materie alla loro presenza, "fu deliberato di sopraseder da ogni azione conciliare", risolvendo così il blocco che già si era venuto a creare proprio a causa dei matrimoni clandestini.» P. SARPI, *Istoria...*, cit., pag. 498, ripreso da G. BERTOLINI, *Intenzione coniugale e sacramentalità del matrimonio*, II, *Approfondimenti e riflessioni*, Padova, 2008, pag. 7.

460 A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel...*, cit., pag. 9. «La prima misura fu un editto di Enrico II sui matrimoni clandestini, emanato nel febbraio 1556 [...]. Emanato come misura occasionale, interveniva su un matrimonio concluso clandestinamente, senza il consenso del padre, da Francesco de Montmorency, figlio del connestabile, con una "damigella della regina" Giovanna di Piannes. Il connestabile venne a conoscenza del matrimonio solo alla vigilia in cui stava per far sposare suo figlio con Diana di Francia.» Così J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 237. V. *Infra*, Parte II, cap. II.

461 L. VON PASTOR, *Storia dei papi...*, VII, cit., pag. 256.

Il fulcro dell'intero dibattito doveva trovarsi, come quindici anni prima, nella irrisolta diatriba sui matrimoni clandestini⁴⁶², atteso che sul punto si disponeva della importante documentazione proveniente dalle dissertazioni bolognesi; così il 3 febbraio 1563, correndosi il rischio che la XXIII sessione dovesse essere prorogata *sine die*, il Cardinale Gonzaga (che presiedeva l'Assemblea) in sede di Congregazione generale si lamentò che si fosse giunti al giorno della sessione ma non alla concordia sui temi della stessa, invitando i teologi a trattare gli argomenti necessari alla redazione dei canoni non solo sul sacramento dell'Ordine, di cui la sessione in questione doveva trattare, ma anche riguardo al matrimonio.⁴⁶³ Il giorno successivo vennero dunque presentati otto articoli eterodossi, sui quali si doveva fare chiarezza una volta per tutte; essi riprendevano nella sostanza i sei canoni bolognesi, concernendo la sacramentalità⁴⁶⁴, il potere dei genitori di sciogliere i matrimoni clandestini, il divorzio per adulterio, la poligamia e i tempi proibiti per la celebrazione, la prevalenza dello *status* coniugale sulla verginità, il matrimonio dei presbiteri, i gradi di consanguineità levitici, la possibilità di rompere il contratto per impotenza od ignoranza sulla natura sacramentale ed infine la spettanza delle cause di nullità ai principi secolari⁴⁶⁵. Su questi temi il dibattito iniziò il 9 febbraio⁴⁶⁶, con l'illustrazione da parte del Salmerón dei tre punti essenziali in materia di clandestinità: per il gesuita le unioni così contratte, in qualunque senso intese, erano da tenersi per illegittime ma, ciò non ostante, la loro validità era affermata da Padri e Pontefici; conseguentemente era facoltà della Chiesa irritarle «*sicut invalidare potest alios contractus, et prohibere gradus, dilatare et restringere, quia materiam inhabile reddit*»⁴⁶⁷, con potere «sia diretto sul contratto, che indiretto sulla capacità dei contraenti.»⁴⁶⁸ A queste solide argomentazioni dello spagnolo non seppero efficacemente

462«*Hoc continuum Ecclesiae certamen contra clandestina in Conciliis particularibus, canonistarumque commenta circa inefficacitatem vigentis legislationis et salutaris experientia temporum aperte docuerunt remedium efficax contra abusus in celebratione matrimonii non alio quidem modo offeri posse quam per irrationem ipsorum matrimoniorum clandestinorum per legislationem aliquam in Ecclesia radicalem: quod quidem in Concilio Tridentino finaliter allatum est per decretum "Tametsi", sed non sine magna oppositione quorundam Patrum et protracta in Concilio discussione.*» Così, G.Z. GOMES, *De matrimoniis clandestinis*, cit., pag.15.

463«*Hanc propositione approbavit cardinalis a Lotharingia, qui sagacissime ostendit pessimum fore, scandalumque pro fidelibus oriturum, si prorogatio Sessionis esset tam longa et nihil interea in Concilio ageretur.*» *Ibidem*, pag.19.

464«Non ci sono dubbi su carattere sacramentale del matrimonio, che è ormai punto discusso nella teologia cattolica. Solo i teologi enunciano vari argomenti a sostegno della sacramentalità.» Così A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel...*, cit., pag. 9 ss., ove si trova una dettagliata esposizione degli stessi.

465Su istanza dell'imperatore e del duce di Baviera, in data 15 marzo, fu aggiunto un nono articolo concernente l'ammissibilità di ordinare uomini coniugati. H. JEDIN, *Storia...*, IV/2, cit., pag. 141.

466Per evitare eccessive lungaggini, dovute alla discussione, si stabilì che non tutti i teologi potessero prendere la parola, pur raddoppiandosene il numero (da 34 a 62). Gli stessi vennero a loro volta suddivisi in quattro classi, che trattassero ciascuna due canoni. «Come non mai si poteva affermare che questo gruppo rappresentava il fior fiore della teologia cattolica: spagnoli e francesi costituivano la maggioranza, gli italiani una debole minoranza. *Ibidem*. L'approvazione di tale regolamento non fu tuttavia pacifica, come attesta il resoconto dello scontro tra i vescovi spagnoli e francesi riportato da P.S. PALLAVICINO, *Istoria...*, IV, cit., pag. 133

467P.S. PALLAVICINO, *Istoria...*, pag. 134, G.Z. GOMES, *De matrimoniis clandestinis...*, cit., pag. 20.

468G. BERTOLINI, *Intenzione coniugale...*, cit., pag. 9.

replicare i dottori della Sorbona: il decano Maillard "uscì dal seminato" riferendosi alle agitazioni religiose ugonotte⁴⁶⁹, mentre il De Bris «*diversam omnino tenuit sententiam textumque Evaristi*⁴⁷⁰ (*postulantis traditionem parentum, custodiam paranymporum, benedictionem sacerdotalem*) *in medium attulit contra validitatem matrimonii clandestini*», interpretando la citata decretale pseudoisidoriana come richiedente il consenso parentale e, per l'effetto, domandando l'irritazione dei coniugati occulti «*quia nec rata nec firma sunt ista neque a Deo sed a satana.*»⁴⁷¹

La chiave per trovare una soluzione alla diatriba, nonché punto di giunzione con la dottrina della sacramentalità, venne individuata nella questione inerente al ministro del sacramento: dovevano essere gli stessi sposi, come tradizione voleva, oppure era il sacerdote a ricoprire questo ruolo, opinione di Vigor⁴⁷² e Fernandez,⁴⁷³ sulla scia di Melchior Cano, la cui opera "*De locis theologicis*" vedeva la luce proprio quell'anno, segnando il dibattito almeno fino al Concilio Vaticano I⁴⁷⁴. Approvare la prima opzione avrebbe significato attribuire alla Chiesa un'amplissima potestà in merito ai matrimoni non benedetti dal ministro, «considerato che senza una precisa forma liturgica – nella quale le parole della benedizione sacerdotale intervengono *ad validitatem* nell'epiclesi sacramentale – un contratto meramente consensuale non necessariamente avrebbe dovuto essere ritenuto come sacramento»⁴⁷⁵, ma al contempo questa opzione non convinceva un fronte internazionale di teologi, come il chierico regolare francese Antonio Cochier, il portoghese Didaco da Paiva, Taddeo Perugino e il francescano Antonio da Gragnano⁴⁷⁶. Rilevata questa spaccatura e atteso che «per matrimoni

469 Nella ricostruzione di P. SARPI, *Istoria...*, cit., pag. 498, ripreso da G. BERTOLINI, *loc. ult. cit.*, il decano «contraddisse a quella opinione che nella Chiesa vi sia autorità sopra la materia dei sacramenti; discorse che nissun sacramento al presente legittimo può la Chiesa fare che all'avvenire non sia valido; esemplificò della consecrazione dell'Eucaristia, e passò per tutti li sacramenti... e quel che non meno si debbe stimare, da principio del mondo li matrimoni secreti sono stati validi.»

470 Opinione che, come si è visto *supra*, cap. II era un patente falso pseudoisidoriano.

471 G.Z. GOMES, *De matrimoniis clandestinis...*, cit., pag. 20. H. JEDIN, *Storia...*, IV/2, cit., pag. 141, rileva come nemmeno questo intervento fosse gradito agli astanti. Solo Simone Vigor, il 12 febbraio, seppe rianimare la congregazione in favore della dottrina francese.

472 «E' sacramento, ripete il dottore parigino Simon Vigor, e la materia è costituita dalle parole degli sposi, la forma da quelle del sacerdote, ministro è il sacerdote.» A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel...*, cit., pag. 10.

473 «No se trataba solamente de puntualizar cuál era el elemento material y cuál el formal en el consentimiento contractuál – cuestion disputada desde el siglo XIII -; varios teólogos sostenían que la forma del sacramento no se encontraba en el contrato, sino en las palabras del sacerdote, con lo cual éste y no los contrayentes, venía a ser el ministro del sacramento: así el teó de la Universidad de París Simon Vigor y los teólogos españoles Pedro Fernandez, dominico, y Cosme Damián de Hortelá, luego abad de los Canónigos Regulares de Vilabeltrán.» M. GERPE GERPE, *La potestad...*, cit., pag. 44. A sua volta, G. BERTOLINI, *Intenzione coniugale...*, cit., pag. 13, nota come una frase del Fernandez «abbia costituito, per parte della dottrina contemporanea, la chiave di interpretazione del Concilio di Trento, nella convinzione della non veridicità del principio dell'inscindibilità: "*licet matrimonium sit sacramentum, non est tam evidens an quodlibet matrimonium sit sacramentum... ut matrimonium sit sacramentum novae legis, non sufficit mutuus consensus, sed requiritur benedictio sacerdotis.*»

474 V. *Infra*, parte I, cap. IV, par. 3 e, ampiamente, E. CORECCO, *Il sacerdote ministro del sacramento del matrimonio*, in *Id.*, *Ius et communio*, II, cit.

475 G. BERTOLINI, *loc. ult. cit.*

476 «Antonius de Gragnano, (*Italus*) *mox ostendit ipsos contrahentes esse ministros huius sacramenti*,

clandestini la maggior parte dei teologi intendeva il consenso al matrimonio scambiato da minorenni senza il consenso dei genitori (e di regola senza testimoni)⁴⁷⁷, con quasi il solo Salmeròn a ritenere invece appartenenti a detta categoria tutti i vincoli contratti senza testimoni, tra i teologi v'era invece concordia nel ritenere ricompresa tra le facoltà della Chiesa quella di invalidare dette unioni, potendosi o dichiarare nullo il contratto perchè occulto (Hernan de Belosillo) o stabilire un impedimento dirimente, come era già stato avanzato a Bologna (Giovanni del Gado, Antonio Leitano).

Sul punto si può ben concordare con Giacomo Bertolini⁴⁷⁸, quando rileva che «al giurista moderno, in prima battuta potrebbe apparire non sussistesse una chiarezza concettuale che permettesse di ben distinguere tra *forma giuridica, sacramentale e liturgica*», dovendosi però contemporaneamente rilevare come il *matrimonium canonicum in fieri* sia ricomprensivo delle tre dimensioni, rendendo difficile l'applicazione di categorie ermeneutiche affatto secolari. Ad ogni buon conto, già in questa congregazione preparatoria emerse la dottrina che il *plenum* avrebbe poi fatto propria; suo sostenitore fu Alfonso da Borgo Nuovo che, proponendo il concetto di *inhabilitatio personarum*, gettò le linee guida per la soluzione al problema della clandestinità⁴⁷⁹. Strettamente collegata a questa era la questione inerente la potestà ecclesiastica di stabilire ulteriore cause ostative al sorgere del vincolo e alla competenza del foro ecclesiastico sulle cause matrimoniali, nella misura in cui coinvolgessero il sacramento, argomento questo, che a Bologna non era stato inserito nei sei canoni e che, come si vedrà, avrebbe comunque generato una soluzione compromissoria, gravida di conseguenze⁴⁸⁰.

Concluse le congregazioni teologiche il 22 marzo, solo il 21 giugno venne costituita una «deputazione conciliare che presentasse una bozza di documento da presentare al *plenum* del Concilio»⁴⁸¹; chiusa il 15 luglio la XXIII sessione il prodotto di questa attività mensile venne presentato in undici canoni *de Sacramento matrimonii et decretum de matrimoniis clandestinis*, attinenti nell'ordine alla questione della sacramentalità, alla poligamia, al consenso parentale ai gradi di consanguineità, all'indissolubilità, al celibato, alla prevalenza della verginità, ai tempi proibiti, alla dispensa *super rato* ed infine alla giurisdizione⁴⁸².

*verba autem consensus esse formam; et sapienter quidem distinguit inter essentialia et accidentalia in celebratione matrimonii; cum autem solemnitates adhibitae praeter consensum sint accidentalia elementa, validitatem matrimonii clandestini demonstravit. Tamen, ex alia parte, Ecclesiae denegavit potestatem irritandi matrimonia ista, quia dicebat, hoc esset irritare ipsum Sacramentum.» G.Z. GOMES, *De matrimoniis clandestinis...*, cit., pag. 22.*

477H. JEDIN, *Storia...*, IV/2, cit., pag. 143.

478G. BERTOLINI, *Intenzione coniugale...*, cit., pag. 15.

479Ibidem. «...concetto che, secondo un'espressione di Le Bras, fu idea "de grand advenir": "Ecclesia tamen potest irritare huiusmodi clandestina matrimonia. Sicut enim ecclesia mutavit formam baptismi, potest mutare et multo fortius immutare materiam matrimonii, et sicut ecclesia damnavit matrimonium fidelis cum infideli, quod tamen a Paulo permittitur, et sicut potest personas illegittimare, sicut etiam concilium aquisgranense irritat matrimonium inter raptum et rapta, statuere igitur debet ecclesia, ne matrimonia clandestina contractu consistant.»

480G. ZARRI, *Il matrimonio tridentino*, cit., pag. 447.

481H. JEDIN, *Storia...*, IV/2, cit., pag. 148-149.

482G.Z. GOMES, *De matrimoniis clandestinis...*, cit., pag. 25. H. JEDIN, *Storia...*, IV/2, cit., pag. 148. «Proposti

La speranza era quella di una celere approvazione, senza particolare dibattito tra i Padri, benché il Cardinale di Lorena, membro più influente della deputazione francese, non fosse di questo avviso, dovendosi a lui il contributo principale al prolungamento della discussione. Per favorire i propri scopi, il Guisa insistette affinché i teologi francesi e spagnoli partecipassero come uditori alle congregazioni generali, portando con loro non solo un diverso bagaglio culturale ma anche le diverse esperienze consuetudinarie, proprie non tanto di una certa nazione ma financo di una singola regione.

In tema di matrimoni clandestini il clima si fece subito rovente, con la riunioni di due congregazioni generali al giorno (salva la domenica), fino al 31 luglio: alla proposta del porporato lorenese di invalidarli perchè «*provoquent des haines éternelles dans les familles e favorisent la débauche*»⁴⁸³ fece da contraltare il gruppo riunito attorno a Giovanni Battista Castagna (Arcivescovo di Rossano e futuro Urbano VII), che appellò al parere del decano di Lovanio Tapper, per sostenere che invalidandoli si sarebbe toccata l'essenza del Sacramento⁴⁸⁴. Ciò non fece desistere il gruppo francofilo, che venne anzi rinforzato dalla *cedula* degli ambasciatori inviati dal Re Cristianissimo (nella quale veniva proposto «che il Concilio chiedesse per la validità di un matrimonio la presenza del parroco o di un altro prete e di due o più testimoni»⁴⁸⁵, oltre al consenso parentale per le nozze tra due minorenni), e da un fronte trasversale di spagnoli, italiani e portoghesi, di cui capofila fu il Vescovo di Segovia, affermandi tanto il potere della chiesa di dichiarare invalide le unioni clandestine quanto quello di stabilire l' *inhabilitas personarum*, oltre ad un reiterato richiamo alla teoria del sacerdote-ministro, nella loro ricostruzione suffragata da un giudizio di Martino V, che lo aveva definito "ministro di tutti i sacramenti".

Tale dibattito, ad ogni buon conto, non fu affatto sterile, conducendo alla rielaborazione dei dodici canoni e alla redazione di un decreto di riforma, iniziante con la parola "*Tametsi*"⁴⁸⁶, che furono presentati ai Padri il 7 agosto. Il secondo sanciva che,

ai Padri il 20 luglio 1563 dai presidenti e legati i canoni dogmatici sul matrimonio, non dà luogo ad alcuna obiezione il primo canone, relativo al carattere sacramentale del matrimonio, ch'è il canone che rimarrà definitivo: solo che in esso si dice: *matrimonium non esse verum sacramentum legis*, e mancano le parole *neque gratiam conferre*. Soltanto il vescovo di Nasso esprime il desiderio che si dica "*hoc sacramentum institutum a Christo et conferre gratiam*"; il Vescovo di Segovia, a proposito di un altro canone, vorrebbe che si dicesse che "*ratio sacramenti matrimonii consistit in benedictione sacerdotali cum oblatione sacrificii*"; il Vescovo di Senez afferma che ministro del sacramento è il sacerdote, e forma, le parole ch'egli pronuncia; il generale dei predicatori è contrario all'affermazione del carattere sacramentale di tutti i matrimoni dei battezzati, perchè ricorda che secondo molti dottori non hanno carattere sacramentale nè i matrimoni per procura nè i clandestini finchè tali. Il Vescovo di Terni evoccherà ancora la dottrina di Guglielmo Durand da San Porciano per sostenere che il matrimonio è sacramento *analogice*; ministro ne è "*qui exercet actum huius sacramenti, qui est coire; hoc autem pertinet ad coniugatos*."» A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel...*, cit., pag. 12.

483A. TELLON, *La France...*, cit., pag. 684.

484H. JEDIN, *Storia...*, IV/2, cit., pag. 151.

485 *Ibidem*. V. Anche G.Z. GOMES, *De matrimoniis clandestinis...*, cit., pag. 31: «*Ut antiquissima nuptiarum solemnina hoc tempore restituantur, palamque et publice in Ecclesia matrimonia celebrentur; quod si aliquando propter magnam causam aliter fieri posse videtur, non prius tamen legitima esse censeantur quam si huic, sacro mysterio praefuerit parochus vel presbyter, tresque aut plures testes praesentes.*»

486 Ancor prima della discussione gli ambasciatori veneti proposero che venisse stralciata l'anatemizzazione

«quantunque i matrimoni segreti, come quelli contratti senza il consenso dei genitori, siano validi, il concilio decide che d'ora innanzi tutte le persone che cercano di contrarre matrimonio o di scambiare la promessa di matrimonio senza la presenza di almeno tre testimoni, non ne hanno la capacità e i loro atti non sono validi; lo stesso vale per i matrimoni contratti da minorenni al di sotto dei venti, e rispettivamente diciotto, anni senza il consenso dei genitori, salvo che questo consenso venga negato ingiustamente a giudizio dei superiori ecclesiastici.»⁴⁸⁷ Ad esso si allegavano dodici capitoli di riforma, stabilianti l'obbligo di scambiare i consensi solo a seguito di tre pubblicazioni, avanti al parroco, il quale avrebbe confermato lo scambio a mezzo delle celebri parole "*Ego coniungo vos in matrimonium. In nomine Patris et Filii et Spiritus Sancti.*"⁴⁸⁸ Il riferimento al parroco non fu tuttavia accettato pacificamente, atteso l'uso estremamente diffuso di rivolgersi al notaio per la raccolta dei consensi, anteriormente alla (eventuale) benedizione sacerdotale. Alcuni padri chiesero infatti che fosse lasciata libera la scelta tra notaio e sacerdote, in quanto era sufficiente la testimonianza qualificata; a tale rilievo venne tuttavia opposto come la pluralità di notai fosse di ostacolo alla certezza, contrariamente al singolo parroco, che dava altresì maggiori garanzie circa la pubblicità degli impedimenti e l'onestà, in quanto il notaio poteva essere invece indotto ad occultare dolosamente o a disapplicare quelli di mero diritto ecclesiastico. Il parroco assurgeva dunque a vero protagonista di tutte le formalità connesse al *matrimonium in fieri*, per mezzo di una riforma che definire epocale è poco.

Accanto a questa vera e propria *formalizzazione del negozio*, veniva ridotto il numero degli impedimenti (con l'annullamento del quarto grado di consanguineità e dello stato cognatizio e la limitazione della *cognatio spiritualis* a due padrini di battesimo e uno di cresima). Infine, importantissima ai fini dei rapporti con il potere secolare, è la scomunica comminata all'autorità temporale che obbligasse una ragazza a contrarre, con severi compiti di vigilanza in carico all'episcopato.

Anche la discussione del testo emendato impegnò non meno di venti congregazioni generali, dall' 11 al 23 agosto, che videro protagonisti del dibattito i Cardinali Lorena e Madruzzo⁴⁸⁹: il primo come sostenitore del *Tametsi* il secondo, al contrario, della sua

del divorzio per adulterio applicato dai Greci, con una *petitio* tornata alla ribalta in occasione della recente Sinodo sulla famiglia.

487H. JEDIN, *Storia...*, IV/2, cit., pag. 157.

488«Il primo testimone di questa formula è il rituale di Rouen del XIV-XV secolo, con lo scopo originario di far passare dai parenti al sacerdote la *traditio puellae* per assicurare la libertà della sposa nell'impegno matrimoniale. A metà el XVI secolo la formula è in uso nelle diocesi della Normandia e in altre zone. E' conosciuta anche in Inghilterra e in altre zone e durante il Concilio di Trento ne parlò il vescovo di Saint-Asaph, Thomas Goldwell. La formula è soprattutto presente nel *Liber sacerdotalis* di A. Castellani, edito a Venezia nel 1523, diffuso in molte zone d'Italia e considerato un rituale quasi ufficiale.» G. KADZIOCH, *Il ministro...*, cit., pag. 58.

489«*Ideo etiam discussio fuit acrior et discordia magis evidens. Sic e.g. Card. Lotharingus sicut antea sustinisset, num quoque decretum irritationis defendit atque approbat, petitque ut omnia matrimonia irritentur quae non fiunt in facie Ecclesiae. Cui adhaeserunt Archiepiscopi cretensis, granatensis, antibarensis, iadrensis et plures alii sicut et Aquilegiensis qui hisce verbis ratiocinatus est: "Matrimonium est de iure naturae rationale; igitur rationabiliter matrimonium est considerandum. Quo circa, cum in matrimonio sit consensus talis debet esse rationabilis. Quare Ecclesia potest facere ut*

irrationabilitas, in quanto «nei matrimoni clandestini è presente ciò che è proprio dell'essenza del sacramento, il libero consenso»⁴⁹⁰, non potendo la Chiesa invalidarli nemmeno *ratione peccati*. Il problema, dunque, stava tutto nella distinzione tra contratto e sacramento, in quanto «anche i sostenitori della distinzione (non separabilità) del contratto dal sacramento, non affermavano affatto il potere della Chiesa di riformare o specificare il diritto naturale o quello divino positivo, bensì ammettevano il potere di intervento, perappunto, sull'*officium communitatis* e dunque sulla *legge civile ritenuta nondimeno di pertinenza della Chiesa*»⁴⁹¹, tesi opposta da coloro che più strettamente richiamaivano detto ufficio. Senza scendere nel dettaglio delle singole opposizioni⁴⁹², comunque sussumibili nelle due tendenze citate, l'esito della votazione (133 a favore, 59 contrari, 3 astenuti)⁴⁹³ consigliò una terza modificazione degli schemi dei canoni e del decreto, il che avvenne in data 5 settembre.

Al fine di placare lo scontro, il decreto "*Tametsi*" veniva trasfuso in un "*canon super irritandis matrimoniis clandestinis*", con il medesimo *incipit* e seguito da dodici canoni circa gli abusi, nel quale era altresì fatto riferimento ai passi scritturistici fondamentali per la dottrina (Gv 2, 24; Mt 19, 5; Ef 5, 25.32). Nell'incertezza comunque persistente circa la sua approvazione da parte del Collegio, la presidenza presentò due formulazioni alternative, accomunate dal riconoscimento secondo il quale «*clandestina matrimonia, libero contrahentium consensu facta, rata et vera esse matrimonia, quamdiu ecclesia ea rata esse voluit*» ma distinte nel seguito: la prima era un vero e proprio decreto disciplinare, il quale stabiliva che «*qui aliter quam praesente parochi, vel alio sacerdote de ipsius parochi seu Ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentaverit, eos sancta Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et huiusmodi contractus irritos et nullos esse decernit.*» La seconda era piuttosto un canone in materia di abusi, che riduceva la forma solenne a soli tre testi, senza cenni al parroco.

Dal 7 al 10 settembre questa nuova formulazione venne sottoposta ad altre sette congregazioni generali, nelle quali la maggioranza dei Padri approvò l'una o l'altra formulazione (134 voti), mentre l'opposizione (guidata ancora dal Madruzzo) ne contestò tanto l'equità quanto la *rationabilitas* (così il Patriarca gerosolimitano), ottenendo 50 suffragi⁴⁹⁴.

Con amarezza il legato Morone, il giorno successivo, dovette informare la Sede Apostolica che il dibattito non aveva ancora portato a nulla, rischiandosi tempi lunghi, che la malattia del Papa e l'impazienza dei governi sconsigliavano. Abile mediatore,

*consensus clandestinorum qui est irrationalis irritetur [...] Sed talis proposito, ut patet, reiecta fuit a caeteris patribus. Card. Madrutius acriter oppugnavit decreto de irritatione matrimoniorum clandestinorum, dixitque Ecclesiam non posse irritare clandestina; immo talem irritationem esse contra ius divinum quo libertas conceditur illis contrahendi matrimonium qui consilium castitatis sequi vel nolunt vel non possunt.» G.Z. GOMES, *De matrimoniis clandestinis...*, cit., pag. 37.*

490H. JEDIN, *Storia...*,IV/2, cit., pag. 161.

491Il corsivo è di chi cita. G. BERTOLINI, *Intenzione coniugale...*, cit., pag. 18.

492Minuziosamente elencate da H. JEDIN, *Storia...*,IV/2, cit., pag. 163 ss. e da G.Z. GOMES, *loc. ult. cit.*

493G.Z. GOMES, *De matrimoniis clandestinis...*, cit., pag. 40.

494Sette furono gli astenuti. Cfr. H. JEDIN, *Storia...*,IV/2, cit., pag. 170.

coraggioso e tutto teso all'emendazione della Chiesa⁴⁹⁵, il Morone giocò l'estrema carta di un dibattito teologico "ufficioso", da tenersi il 13 e 14 settembre presso la propria abitazione, cui presenziarono i principali rappresentanti delle due tendenze (Lorena e Madruzzo), oratori ecclesiastici, membri della deputazione e prelati invitati, con sei teologi per parte a darsi battaglia. Quando Adriano di Venezia, sostenitore della tesi rigorista, asserì che la minoranza era la sola ad essere ortodossa richiamandosi al "latrocinio di Efeso" (in ciò sorretto dal Generale della Compagnia di Gesù Laínez, che affermò la controparte essere "consorella e amica" dei protestanti), la diatriba degenerò in scontro tale da imporre la sospensione del dibattito, con un decoro così scarso da far dire al Gomez, sulla scorta del Pallavicino, che la dissertazione «*bona intentione convocata, plus de solemnitate et pompa habuit, minus autem de fructu.*»⁴⁹⁶ Il fallimento della mediazione del cardinale di Modena comportò il rinvio della sessione, anche per sfuggire il rischio che la forte minoranza appellasse al Papa, portando in auge la questione della superiorità del Concilio su quest'ultimo. A tale proposta aderì altresì il Guisa, venendo fissata come data per la discussione del decreto sul matrimonio l'11 novembre del 1563.

Nelle more (quasi due mesi), il 13 ottobre venne presentata la quarta redazione del progetto sul matrimonio, che venne discussa il 26-27 in congregazione generale. Anche qui le posizioni rimasero rigide⁴⁹⁷, con il Madruzzo che ricusò il proprio *placet* al decreto sulle unioni clandestine, ancor più vigorosamente che il mese passato; suo alleato fu ancora il Patriarca di Gerusalemme, Antonio Elio, che affermò «*irritationem clandestinorum esse contra dogma verum et catholicum, quod semper verum fuit in Ecclesia Dei atque observatum in hunc usque diem*»⁴⁹⁸. Per alcuni membri della maggioranza, invece, il decreto, nel punto in cui prevedeva l'assistenza del parroco a pena di nullità, risultava pericoloso per la *salus animarum* dei cattolici residenti in luoghi in cui mancava il clero. Tuttavia, apportate ulteriori modificazioni solo di stile, i canoni e il decreto furono approvati nella Congregazione generale del 10 novembre con 126 voti favorevoli, 47 contrari e 7 che si astennero, riservandosi di esprimersi solo in sessione.

Il giorno successivo cominciò la XXIV sessione, nella quale le tendenze opposte si mantennero, anzi in qualche modo si accrebbero quando il Morone e gli altri legati Simonetta e Osio dichiararono di propendere per la posizione del Madruzzo⁴⁹⁹, pur

495Lo dimostrò con gli oltre due anni di prigionia patiti (1557-1559) sotto Paolo IV che, ossessionato dalle eresie, dubitava della sua ortodossia. Pio IV lo riabilitò pienamente.

496G.Z. GOMES, *De matrimoniis clandestinis...*, cit., pag. 46. P.S. PALLAVICINO, *Istoria del Concilio di Trento*, V, Roma, 1833, pag. 493, riferisce che «dopo le molte, il parlamento si terminò con poco decoro e con nessun frutto, secondo il solito fine di tali azioni; essendo più inconcia l'ombra de'ragionamenti domestici, che la luce delle disputazioni solenni. Ed è consueto ancora negli alberi, che ove è maggior pompa di fronde, sia minor maturità di poma.»

497Invero l'opposizione salì a sessanta voti.

498H. JEDIN, *Storia...*, IV/2, cit., pag. 225, G.Z. GOMES, *De matrimoniis clandestinis...*, cit., pag. 48.

499La posizione dei rigoristi è eccellentemente riassunta dall'intevento del vescovo di Città di Castello, che per ben cinque motivi sostenne l'infondatezza del decreto sui matrimoni clandestini: «1. la Chiesa, interpretando le scritture ha sempre insegnato la causalità efficiente del solo consenso ed ora non può insegnare in senso contrario, mutando la forma del sacramento e facendo sì che senza la partecipazione del parroco il sacramento non si costituisca; 2. La Chiesa ha sempre rivendicato anche innanzi il potere

affermando di accettarne l'esito all'atto della conferma papale, grazie alla fede nella promessa divina che garantiva assistenza a Pietro nelle questioni di fede.

Il *plenum* approvò, con il *non placet* di 55 padri (tra i quali i legati pontifici)⁵⁰⁰, tanto i dodici canoni dogmatici quanto il decreto di riforma, dovendo perciò il Morone specificare che «la dottrina e i canoni relativi al sacramento del matrimonio sono accettati da tutti, soltanto alcuni chiedono aggiunte od omissioni», mentre il decreto sui matrimoni clandestini è accettato dalla maggioranza, seppur respinto da oltre cinquanta padri.

Non poteva quindi sussistere alcun dubbio sull'accoglimento del decreto dogmatico⁵⁰¹; quanto al *Tametsi*⁵⁰² esso avrebbe potuto essere respinto, soltanto qualora gli si negasse

civile la causalità efficiente del solo consenso liberamente prestato, sì che nessun potere possa integrarlo, ed ora invece sancisce che senza l'intervento del parroco e dei testi la sola manifestazione del libero arbitrio non è più sufficiente; 3. Il matrimonio è rimedio alla concupiscenza e non si può impedire tale rimedio ove vi sia carenza di parroco e testimoni; 4. Non si può introdurre una proibizione che è legata a condizioni temporali; 5. La Chiesa ha sempre avuto potere di introdurre proibizioni o di irritare i coniugi. I clandestini sono già stati proibiti in passato da costituzioni pontificie e dal Concilio lateranense, ma vengono ritenuti validi e dunque evidentemente per il matrimonio tali proibizioni non hanno il potere di irritarlo.» G. BERTOLINI, *Intenzione coniugale...*, cit., pag. 21.

500«Dissenso sempre fondato sull'avversione a riconoscere alla Chiesa il potere di disporre *direttamente* del contratto sacramento del matrimonio.» *Ibidem*.

501Il decreto dogmatico constava di dodici canoni con clausola di anatema e precisamente: «1. *Si quis dixerit matrimonium non esse vere et proprie unum ex septem legis evangelicae sacramentis a Christo Domino institutum, sed ab hominibus in Ecclesia inventum, neque gratiam conferre: anathema sit.* 2. *Si quis dixerit, licere Christianis plures simul habere uxores, et hoc nulla lege divina esse prohibitum: anathema sit.* 3. *Si quis dixerit eos tantum consanguinitatis et adfinitatis gradus, qui Levitico exprimuntur, posse impedire matrimonium contrahendum et dirimere contractum; nec posse ecclesiam in nonnullis illorum dispensare, aut constituere, ut plures impediunt et dirimant; anathema sit.* 4. *Si quis dixerit, ecclesiam non potuisse constituere impedimenta matrimonium dirimentia, vel in constituendis errasse; anathema sit.* 5. *Si quis dixerit, propter haeresim, aut molestam cohabitationem, aut affectatam absentiam a coniuge dissolvi posse matrimonii vinculum; anathema sit.* 6. *Si quis dixerit, matrimonium ratum non consummatum per solemnem religionis professionem alterius coniugum non dirimit: anathema sit.* 7. *Si quis dixerit, ecclesiam errare, cum docuit et docet iuxta evangelicam et apostolicam doctrinam, propter adulterium alterius coniugem matrimonii vinculum non posse dissolvi; et utrumque, vel etiam innocentem, qui causam adulterio non dedit, non posse altero coniuge vivente aliud matrimonium contrahere; moecharique eum, qui dimissa adultera altera, duxit, et eam, quae dimisso adultero alii nupserit: anathema sit.* 8. *Si quis dixerit, ecclesiam errare, cum ob multas causas separationem inter coniuges quoad thorum seu quoad cohabitationem ad certum incertumve tempus fieri posse decernit: anathema sit.* 9. *Si quis dixerit, clericos in sacris ordinibus constitutos, vel regulares solemniter professos, posse matrimonium contrahere, contractumque validum esse non obstante lege ecclesiastica vel voto; et oppositum nihil aliud esse quam damnare sentiunt se castitatis, etiam si eam voverint, habere donum: anathema sit, cum Deus id recte petentibus non deneget, nec patiatur nos supra id., quod possumus, tentari.* 10. *Si quis dixerit statum coniugalem anteponendum esse statui virginitatis vel caelibatus, et non esse melius ac beatius manere in virginitate aut caelibatu, quam iungi matrimonium: anathema sit.* 11. *Si quis dixerit, prohibitionem solemnitatis nuptiarum certis anni temporibus superstitionem esse tyrannicam ab ethnicorum superstitione profectam; aut benedictiones et alias caerimonias, quibus ecclesia in illis utitur, damnaverit: anathema sit.* 12. *Si quis dixerit causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos: anathema sit.»*

502Il testo definitivo viene riportato di seguito: resterà in vigore nei luoghi in cui fu pubblicato, fino al decreto *Ne temere* di San Pio X del 1908, con il quale la forma tridentina sarà estesa all'intera cattolicità, con una differenza. Per l'individuazione del parroco competente, anziché al criterio della personalità si

il carattere di decreto di riforma e gli si riconosca il significato dogmatico, come avevano proposto alcuni – ma non tutti – padri conciliari della minoranza⁵⁰³.

In conclusione sembra potersi dire che il forte scontro dottrinale che caratterizzò i lavori già dall'epoca della traslazione bolognese è davvero la massima testimonianza dell'importanza che il tema matrimoniale ebbe in quella drammatica fase di transizione; ne era ben consapevole lo stesso Gaudemet quando, nel definire «considerevole»⁵⁰⁴ detta opera, non nascose nella sua valutazione la natura compromissoria dei decreti tridentini, con la conseguente emersione di interpretazioni opposte, non più tra cattolici e protestanti, bensì tra Chiesa e Stato, tra Papato e Monarchie assolute di diritto divino,

farà riferimento a quello della territorialità, con una presenza maggiormente attiva. *«Tametsi dubitandum non est, clandestina matrimonia, libero contrahentium consensu facta, rata et vera esse matrimonia, quamdiu ecclesia ea irrita non fecit; et proinde iure damnandi sunt illi, ut eos Sancta Synodus anathemate damnat, qui ea vera ac rata esse negant, quique falso affirmant, matrimonia, a filii familias sine consensus parentum contracta, irrita esse, et parentes ea rata vel irrita facere posse: nihilominus sancta Dei ecclesia ex iustissimis causis illa semper detestata est atque prohibuit. Verum, cum sancta synodus animadvertat, prohibitiones illas propter hominum inoboedientiam iam non prodesse, et gravia peccata perpendat, quae ex eisdem clandestinis coniugiis ortum habent, praesertim vero eorum qui in statu damnationis permanent, dum priore uxore, cum qua clam contraxerant, relicta cum alia palam contrahunt, et cum ea in perpetuo adulterio vivunt, cui malo cum ab ecclesia, quae de occultis non iudicat, succurri non possit, nisi efficacius aliquod remedium adhibeatur, idcirco Sacri Lateranensis Concilii sub Innocentio III celebrati vestigiis inhaerendo praecipit, ut in posterum, antequam matrimonium contrahatur, ter a proprio contrahentium parochus tribus continuis diebus festivis in ecclesia inter missarum solemnia publice denunciatur, inter quos matrimonium sit contrahendum,; quibus denunciationibus factis, si nullum legitimum opponatur impedimentum, ad celebrationem matrimonii in facie ecclesiae procedatur, ubi parochus, viro et muliere interrogatis, et eorum mutuo consensu intellecto, vel dicat: Ego vos in matrimonium coniungo, in nomine Patris et Filii et Spiritus Sancti, vel aliis utatur verbis, iuxta receptum uniuscuiusque provinciae ritum. Quod si aliquando probabilis fuerit suspicio, matrimonium malitiose impediri posse, si tot praecesserint denunciationes, tunc vel una tantum denunciatio fiat, vel saltem parochus et duobus vel tribus testibus praesentibus matrimonium celebretur. Deinde, ante illius consummationem denunciationes in ecclesia fiant, ut, si aliqua subsunt impedimenta, facilius denegantur, nisi ordinarius ipse impedire iudicaverit, ut praedictae denunciationes remittantur, quod illius prudentiae et iudicio sancta synodus relinquit. Qui aliter, quam praesente parochus, vel alio sacerdote de ipsius parochi seu ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et huiusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos praesenti decreto irritos facit et annullat. Insuper parochum vel alium sacerdotem, qui cum minore testium numero, et testes qui sine parochus vel sacerdote huiusmodi contractui interfuerint, nec non ipsos contrahentes graviter arbitrio ordinarii puniri praecipit. Praeterea eadem sancta synodus hortatur, ut coniuges ante benedictionem sacerdotalem in templo suscipiendam in eadem domo non cohabitent; statuitque benedictionem a proprio parochus fieri, neque a quoquam, nisi ab ipso parochus vel ab ordinario licentiam ad praedictam benedictionem faciendam alii sacerdoti faciendi posse; quacumque consuetudine, atiam imemorabili, quae potius corruptela dicenda est, vel privilegio non obstante. Quod si quis parochus vel alius sacerdos, sive regularis sive secularis sit, etiam si id sibi ex privilegio vel immemorabili consuetudine licere contendat, alterius parochiae sponso sine illorum parochi licentia matrimonium coniungere aut benedicere ausus fuerit, ipso iure tamdiu suspensus maneat, quamdiu ab ordinario eius parochi, qui matrimonio interesse debebat, seu a quo benedictio suscipienda erat, absolvatur. Habeat parochus librum, in quo coniugum et testium nomina, diemque et locum contracti matrimonii describat, quem diligenter apud se custodiat. Postremo sancta synodus coniuges hortatur, ut antequam contrahant, vel saltem triduo ante matrimonii consummationem, sua peccata diligenter confiteantur, et ad sanctissimum eucharistiae sacramentum pie accedant. Si quae provinciae aliis ultra*

la cui opera sarà tutta tesa a provocare la fine di quel monopolio da poco solennemente dogmatizzato. Infatti, benchè l'avocazione ecclesiastica della materia matrimoniale avesse con il *Tametsi* e il XII canone dogmatico toccato il suo apogeo, restava tutta da verificarne l'efficacia, sia tramite la loro accettazione da parte delle nazioni rimaste cattoliche sia, soprattutto, da parte di quelle popolazioni che nel matrimonio avevano visto sempre un "affare" meramente privato⁵⁰⁵.

4 – *L'attuazione dei canoni tridentini in materia matrimoniale e la dottrina coeva.*

Si è detto, e verrà in seguito ulteriormente approfondito, che occorre del tempo perchè i canoni tridentini penetrassero nelle costumanze di una popolazione in massima parte analfabeta e legata alle proprie consuetudini; infatti, benchè Pio IV avesse ordinato, attraverso la bolla "*Sicut ad sacrorum*" che le norme disciplinari entrassero in vigore il 1° marzo 1564 e lo stesso Concilio avesse ordinato la pubblicazione del *Tametsi* in tutte le parrocchie entro il primo anno dall'approvazione, con la brevissima *vacatio legis* di trenta giorni⁵⁰⁶, si comprende bene come senza la cooperazione dei Vescovi diocesani e dei parroci, esso sarebbe stato destinato a rimanere lettera morta.

La Santa Sede, da parte sua, cercò immediatamente di dotarsi degli strumenti necessari a facilitare l'opera della Gerarchia territoriale: la bolla di Pio IV "*Benedictus Deus*"⁵⁰⁷, emanata il 26 gennaio 1564, riservava al Pontefice la soluzione delle controversie interpretative sui canoni tridentini, attraverso l'essenziale strumento di una commissione cardinalizia *ad hoc*, costituita con il *motu proprio* "*Alias nonnullas*" del 2 agosto 1564⁵⁰⁸. Tuttavia, perchè una commissione potesse rispondere ai quesiti,

praedictas laudabilis consuetunibus et caerimoniis hac in re utuntur, eas omnino retineri sancta synodus vehementer optat. Ne vero haec tam salubria praecepta quemquam lateant, ordinariis omnibus praecipit, ut cum primum potuerint, curent hoc decretum populo publicari ac explicari in sigulis suarum diocesum parochialibus ecclesiis, idque in primo anno quam saepissime fiat, deinde vero quoties expedire viderint. Decernit insuper, ut huiusmodi decretum in unaquaque parochia suum robur post triginta dies habere incipiat, a die primae publicatiionis in eadem parochia factae numerandos.»

503H. JEDIN, *Storia...*, IV/2, cit., pag. 232.

504J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 220.

505«I decreti tridentini richiesero del tempo – e un tempo molto lungo – per divenire realtà sociale effettiva.

Ancora nell'ottocento, nelle campagne toscane, un'inchiesta sulle pratiche e sulle norme consuetudinarie rivelò che era diffusamente praticato il costume di sposarsi solo dopo lunghi periodi di convivenza di coppia: praticamente, era la nascita di un figlio che concludeva il periodo del fidanzamento o sponsali. Ciò mostra con quali difficoltà le norme ecclesiastiche si facessero strada su questo terreno.» A.

PROSPERI, *Il concilio di Trento: un'interpretazione storica*, Torino, 2001, pag. 137.

506G. KADZIOCH, *Il ministro...*, cit., pag. 58.

507«*Nos enim difficultates et controversias, si quae ex eis decretis ortae fuerint, nobis declarandas et decidendas reservamus.*» Riportato da J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 221. V. Anche L. CHERUBINI (a cura di), *Magnum bullarium romanum*, II, Lione, 1692.

508Originariamente era composta da otto porporati. Il numero dei componenti venne elevato a dodici dal San Pio V e, sotto il grande riformatore della Curia Sisto V fu inserita nel novero delle quindici congregazioni ricomprese nella bolla "*Immensi aeterni Dei*" del 22 gennaio 1587 con il nome di *Sacra Congregatio pro executione et interpretatione Concilii tridentini*. Nell'attribuirle i poteri il Pontefice Pio IV sanciva: «*Eorum quidem decretorum, quae ad fidei dogmata pertinent, interpretatinem Nobis ipsis reservamus, Cardinalibus vero proefectis interpretationi, et executioni Concilii tridentini, si quando in*

occorreva che questi venissero posti da parte dell'episcopato: a contribuire ad un rinnovamento generale della situazione dei vescovi diocesani, che fino a quel momento erano stati per la massima parte negligenti, non residenti e comunque spesso dimentichi della propria missione, contribuì col proprio esempio quel Cardinale che doveva divenire il simbolo stesso della riforma cattolica: Carlo Borromeo. Per uno di quei casi nei quali i credenti cattolici hanno visto l'intervento della Provvidenza, il futuro santo dovette la propria ascesa ai vertici della gerarchia ecclesiastica alla propria parentela con Pio IV. Diversamente dai precedenti "nepoti", una volta chiamato alla Segreteria di Stato e alla Cattedra ambrosiana, in entrambi i delicatissimi incarichi ebbe modo di distinguersi per la morigeratezza e per l'applicazione rigorosa delle disposizioni dell'Assise ecumenica, che curò personalmente attraverso al riunione di sinodo provinciali e diocesane, destinate e fare scuola particolarmente in Italia⁵⁰⁹

A testimonianza di questa febbrile attività dell'Arcivescovo milanese stanno le sue "*Costituzioni provinciali*", prodighe di norme in materia matrimoniale: per garantire l'applicazione dei decreti tridentini, esse stabilirono che il Vescovo diocesano avesse da dichiarare nulle le nozze di coloro i quali, avendo contratto solenni sponsali avanti il parroco e i testimoni, confermati con giuramento, avessero poi avuto rapporti senza lo scambio dei consensi nelle forme stabilite dal *Tametsi*⁵¹⁰, con ciò abrogando nei fatti il matrimonio presunto⁵¹¹; circa la disciplina del clero venne comminata la scomunica (con assoluzione riservata all'Ordinario) per i parroci che avessero ritardato le pubblicazioni, non scusando all'uopo la prossimità del tempo proibito, e comunque prevedendo che almeno un bando dovesse precedere la consumazione, con parallelo obbligo di rinnovazione nel caso in cui la celebrazione non fosse seguita entro due mesi⁵¹²; sempre le costituzioni borromeo si opposero al diffuso costume di propinare pozioni per impedire la consumazione del matrimonio (allo scopo di facilitare l'applicazione delle dispense *super rato*).

his, quae ad morum reformatione, disciplina, ac moderatione, et Ecclesiasticis iudiciis, alique huiusmodi statuta sunt, dubietas aut difficultas emererint interpretandi facultatem, Nobis tamen consultis, impartimur.» Ibidem.

509G. SALVIOLI, *La benedizione nuziale fino al concilio di Trento specialmente in riguardo alla pratica e alla dottrina italiana dal secolo XIII al XVI*, Bologna 1894, pag. 26. «I concili di Milano del 1565, 1575, 1579, 1582 si distinguono in quest'azione diretta ad attribuire al sacerdote l'esclusiva funzione di comunicare il sacramento del matrimonio, e a diffonderne la credenza che soltanto l'unione benedetta è senza macchia.»

510A.C. JEMOLO, *Le disposizioni sul matrimonio in alcune sinodo italiane post tridentine*, in *Archivio di diritto ecclesiastico*, I, 1939, pag. 6-32. ID., *Riforma tridentina nell'ambito matrimoniale*, in *Quaderni di Belfagor*, I, Firenze, 1948, pag. 45-50. ID., *Il matrimonio nel diritto...*, cit., pag. 32 ss.

511Senza per altro un vero successo, atteso che «ancora alla metà del XVIII secolo, a duecento anni dal Tridentino, Carlo Sebastiano Berardi, nei suoi *Commentaria in ius ecclesiasticum universum*, dice che *sunt qui adhuc putant* che si formi il matrimonio per la copula tra sposi se il parroco e i tre testi furono presenti agli sponsali; e che *sunt praeterea qui putant, adhuc disciplinam decretalium vigere in ea specie, qua coniugium coram paroco, et testibus celebratum erit ab impuberibus, nondum celebrando coniugio idoneis, qui deinde post pubetatem copulam habuerint.*» A.C. JEMOLO, *Le disposizioni...*, cit., pag. 9.

512I bandi, a pena di nullità, dovevano essere richiesti dagli stessi nubendi. A.C. JEMOLO, *Le disposizioni...*, cit., pag. 17.

Ciò solo a titolo esemplificativo, potendosi ancora dimostrare la genuina fedeltà ai canoni della XXIV sessione tramite altre due disposizioni di grande importanza: con la prima venne comminata la nullità delle nozze contratte avanti ad un parroco scelto secondo il principio territoriale, anzichè in base alla personalità stabilita dal *Tametsi*, essendo al massimo ammissibile una delega scritta, da redigersi in duplice copia, da conservarsi l'una in apposito libro da istituirsi in Curia, l'altra nel libro matrimoniale parrocchiale. La seconda disposizione era invece destinata a ribadire (e chiarire) il principio, secondo il quale non è interdotta la celebrazione per coloro che sono congiunti in quarto o quinto grado di consanguineità. Oltre che con statuizioni strettamente giuridiche, le sinodo milanesi intervengono altresì in materia liturgica, proibendo manifestazioni indecorose nei luoghi sacri (come ad esempio il costume di fracassare una tazza in Chiesa dopo che i nubenti avessero da essa bevuto), imponendo che il consenso venisse scambiato di mattina, durante apposita messa nuziale da celebrarsi in una chiesa non di monache, con obbligo di ottenere apposita dispensa dal Vescovo diocesano per la celebrazione nuziale domestica; nè viene trascurato il diritto di stola, con la proibizione per i parroci di esigere somme per la celebrazione di nozze nelle quali uno dei nubenti non fosse parroco. In ogni caso non dovevano ammettersi alle nozze coloro che ignorassero *Pater, Ave e Credo*.

L'attenzione a queste questioni non significa però «che tutte le "formalità" imposte dalla *sessio XXIV* si dovessero ritenere necessarie *ad substantiam*»⁵¹³: tra quelle meramente accessorie vanno segnalate, in particolare, la redazione del processo verbale di celebrazione dello spozalizio, la pronuncia di formule sacramentali *de praesenti*⁵¹⁴ e soprattutto la volontarietà della partecipazione del parroco al rito, essendo sostanzialmente la sua presenza e la capacità di *intelligere* il consenso, scambiato anche solo per gesti⁵¹⁵.

Seguendo l'esempio del Borromeo le diocesi italiane si impegnarono nella riforma⁵¹⁶,

513P. RASI, *Le formalità nella celebrazione del matrimonio ed il Concilio di Trento*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, XXVI-XXVII, 1953-1954, pag.196.

514Come del resto sembra essere attestato da una *resolutio* della Congregazione del Concilio, del febbraio 1648. «Il quesito proposto alla S.C. era il seguente: *an matrimonium contractum absque denunciationibus et sine licentia ordinarii coram testibus et parochis contradicente* (cioè contrario alla celebrazione) *qui audivit tantummodo verba consensus per sponsum praestiti*, ma non udì le parole della sposa, *an sit de iure validum et subsistat*. S.C. *respondit: matrimonium sustineri, etiamsi parochus non intellexit verba sponsae, dum tamen de illius consensu ex aliis signis iuxta iuris communis dispositionem legitime constet.*»

515Vedi nota precedente in merito alla figura del parroco *testis spectabilis*.

516«Il concilio di Trento, riaffermando la necessità e l'utilità dei concili provinciali, ne confermava la sperabile efficacia come strumento intermedio di trasmissione tra legislazione ecumenica e realtà diocesane, e puntava dunque a ridare slancio e nuovo vigore alla relativa prassi celebrativa. Proprio così si ponevano però le premesse di un inevitabile riacutizzarsi in generale dei conflitti tra sfera religiosa e prerogative giurisdizionali regie, per altro concentrato quasi tutto nella seconda metà del cinquecento. Ad esempio, dei quaranta concili finora noti, celebrati nel Mezzogiorno tra il 1564 ed il 1799, ben trenta si tengono nella seconda metà del cinquecento, nove in tutto il seicento, ed uno soltanto per tutto il settecento: e la proporzione può essere ritenuta verosimile anche per altre regioni italiane e per le altre nazioni europee.» Così P. CAIAZZA, *Tra stato e papato, concili provinciali post-tridentini (1564-1648)*, Roma, 1992, pag. 30.

tanto da far dire allo Jemolo, che più a fondo di altri ha studiato l'applicazione dei canoni matrimoniali tridentini in Italia, come sia proprio qui che «il Concilio di Trento dovette ricevere più rapida e completa attuazione, dove la potestà ecclesiastica si trovava nelle condizioni più propizie per reprimere ogni sorta di abusi»⁵¹⁷, particolarmente numerosi, specie nelle campagne⁵¹⁸. Perciò i documenti sinodali non tendono a riaffermare principi dottrinali⁵¹⁹, per i quali viene probabilmente ritenuta sufficiente la produzione tridentina, ma piuttosto a chiarirla ad un popolo riottoso a vedersi privato delle proprie tradizioni più risalenti⁵²⁰.

Un'altra interessante testimonianza del fervore episcopale italiano per la riforma è data dagli "Avvertimenti alli reverendi curati", pubblicati dall'arcivescovo felsineo Paleotti nel 1577 e modellati sull'esempio delle prime costituzioni emanate dal santo di Arona: anche in questa sede la cura per l'applicazione del *Tametsi* appare prevalente, in particolare tramite l'obbligo per i parroci di pubblicare suddetto decreto, tradotto in lingua volgare, ogni anno in occasione del Natale, allo scopo di avvertire «le putte, che non si lascino ingannare da parole d'alcuno, che li promettesse, et desse ancora l'anello senza presentia del Curato, e testimonii, perchè tale non sarà matrimonio e esse resteranno svergognate, e più di tutti castigati dal tribunale arcivescovile.»⁵²¹ In merito alle pubblicazioni venne riprovata l'usanza che le promesse spose, nelle more di quelle, venissero rinchiusi in casa, con divieto di uscire anche per assistere alla Messa. Ulteriori disposizioni dimostrano l'attenzione particolare che l'episcopato riformatore dedicava alla solennità della Liturgia nuziale, attraverso il divieto di aggiungere qualsivoglia rito che non fosse presente nei libri debitamente approvati (come quello di benedire pani e focacce) con obbligo per i parroci di riferire in proposito all'Arcivescovo, il quale avrebbe poi assunto le sue determinazioni. Gli "Avvertimenti" bolognesi servirono da modello per le sinodo diocesane romagnole coeve e successive, come quella riminese (1580), nella quale si stabilì che i parroci dovessero sospendere le pubblicazioni, qualora il promesso sposo avesse acceduto alla casa della fidanzata prima del *consensus per verba de praesenti*, e quelle seicentesche di Faenza (1654, 1663, 1674), nelle quali si esortavano i genitori ad evitare la celebrazione di sponsali tra impuberi e, comunque, venendo comunque dichiarati nulli quelli celebrati senza scrittura pubblica corroborata da due testimoni⁵²². Sempre nei territori pontifici (seppur infeudati), la Sinodo di Camerino del 1587 tentava di stroncare il fenomeno, che si tratterà nella seconda parte, delle orazioni matrimoniali,

517A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel...*, cit., pag. 32.

518P. RASI, *L'applicazione delle norme del Concilio di Trento in materia matrimoniale*, in AA.VV., *Studi in onore di Arrigo Solmi*, I, Milano, 1940, pag. 235.

519A.C. JEMOLO, *Le disposizioni...*, cit., pag. 10, ricorda che soltanto quelle di Amelia (1605) e di Melfi (1660) abbiano fatto cenno a questioni dottrinali, per altro su punti ancora dubbi: la prima aveva ribadito essere gli sposi, e non il sacerdote, ministri del sacramento; la seconda aveva specificato che materia e forma erano date dal mutuo consenso dei contraenti: «*nam primus consensus dicitur materia, aliter dicitur forma. Ergo si ipsis contrahentes conficiunt sacramentum, necesse est, ut ipsi sin in gratia eo tempore, quo conficiunt.*»

520A garantire l'ortodossia delle statuizioni periferiche stava la prassi, poi divenuta obbligo, di trasmissione delle stesse a Roma. Cfr. P. CAIAZZA, *Tra stato e papato...*, cit., pag. 122.

521A.C. JEMOLO, *Riforma tridentina...*, cit., pag. 49.

522F. BRANDILEONE, *Saggi...*, cit., pag. 309.

sancendo che non fosse lecito «a veruno curato, nè ad altro sacerdote o laico, nell'atto della celebrazione del matrimonio, far sermoni o altri ragionamenti profani nè di veruna sorte»⁵²³, prescrizione che la Sinodo veneta del 1592 farà propria, limitando tuttavia l'intervento ai temi profani e considerando lecita la pronuncia di un'omelia⁵²⁴.

Particolarmente prodigo di sinodo diocesane e provinciali fu il Meridione⁵²⁵: da un lato per l'elevato numero di diocesi, dall'altro per la presenza di Vescovi diocesani che, come il Seriprando a Salerno, avevano partecipato attivamente al Concilio tridentino. Dalla ricerca compiuta dallo Jemolo spiccano quelle di Napoli (1565), Otranto (1567), Rossano (1574), Mazara (1575), Monopoli (1585), Agrigento (1610): i canoni pugliesi raccomandano la condanna di concubinari e meretrici, secondo le prescrizioni tridentine, mentre da quelli siciliani emergono il divieto di celebrazione degli sponsali tra soggetti di età inferiore a quella dirimente le nozze⁵²⁶ e la comminatoria di pene contro quei signori che rifiutassero l'autorizzazione al matrimonio dei servi, nonchè la censura dei chierici concubinari, severamente condannati anche dai girgentini, sull'esempio della capitale del Regno e del suo arcivescovo Mario Carafa, pronipote del severissimo Paolo IV. In Salento forte è invece l'attenzione per il momento liturgico, con l'ordine di scansare «*omnes ritus, actiones et verba, quae nullo modo deceant [...] Sancta enim re est matrimonium et sancte tractandum; cum res tam sancta, non nisi pie ac sancte tractari debeat*», senza che però venisse ivi trascurata la libertà dei nubenti, raccomandandosi tanto di informare i genitori della volontà di unirsi quanto minacciando severe sanzioni a coloro che coartassero i figli.

Così brevemente esemplificati i canoni attuativi di fonte particolare, si può abbozzare un bilancio della riforma matrimoniale tridentina. La storia del diritto⁵²⁷ ne ha giustamente sottolineato l'impostazione profondamente moderna, con un influenza destinata a travalicare le frontiere del "meramente ecclesiastico", per porre le basi di saperi affatto profani⁵²⁸. Da nessuno viene negata l'importanza dell'istituzione dei

523F. BRANDILEONE, *Oratori matrimoniali, contributo alla storia della celebrazione del matrimonio in Italia*, Torino, 1894, pag. 17.

524F. BRANDILEONE, *Oratori matrimoniali...*, cit., pag. 21: «*Ante vel post contractum, sacerdos qui matrimonio adfuerit, sermonem de huius sacramenti, vi, virtute et dignitate pro temporis opportunitate habeat, et de obligationibus eorum admoneat.*»

525Non può dimenticarsi come il Napoletano (e soprattutto la Sicilia, ove vigeva l'antico istituto della *Monarchia*) fossero soggetti alla Spagna, il cui sovrano Filippo II non nascondeva tendenze cesaropapiste. «Più in generale per il Mezzogiorno d'Italia, nella storia dell'applicazione – o delle difficoltà di applicazione – dei decreti del concilio di Trento, la storia dei Concili provinciali costituisce un capitolo particolare oltretutto per il coinvolgimento di aspetti giurisdizionali di non poco conto che, in proporzione e modi diversi dalla storia dei sinodi diocesani, agitarono, nel Regno di Napoli, forse più che negli altri domini di Filippo II e nella stessa Spagna, il panorama già di per sé complesso della prima fase post-conciliare.» Così P. CAIAZZA, *Tra stato e papato...*, cit., pag. 25.

526Rispettivamente 12 e 14 anni per femmine e maschi.

527G. ZARRI, *Il matrimonio tridentino*, cit.; P. PRODI, *Il Concilio di Trento e i libri parrocchiali*, in G. COPPOLA – C. GRANDI (a cura di), *La conta delle anime, popolazioni e registri parrocchiali: questioni di metodo ed esperienze*, Bologna, 1989, pag. 13 ss.

528E' questa, ad esempio, l'opinione di H. JEDIN, *Das Konzil von Trent und die Anfänge der Kirchenmatrikeln*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, 32, 1943, pag. 419-494, ripreso da P. PRODI, *loc. ult. cit.*

registri parrocchiali per la moderna demografia, in quanto da essi ebbero modo di svilupparsi «nuovi rapporti tra individuo, nucleo familiare e collettività all'interno del processo generale di modernizzazione che ha caratterizzato la società occidentale in quel periodo»⁵²⁹ e da cui, come vedremo, il nascente Stato moderno ebbe modo di trarre esempio per la costruzione di molti suoi istituti.

Anche la dottrina matrimonialistica canonica acquisì rinnovato slancio dai canoni tridentini, in particolare attraverso i colti membri della Compagnia di Gesù⁵³⁰: già il Bellarmino ebbe modo di cimentarsi sulla materia attraverso un *Corso di controversie*, tenuto tra il 1576 e il 1588, delle quali sette furono pubblicate nel 1593⁵³¹ ma il vero monumento di quest'epoca sono i dieci libri delle *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, redatti da Thomas Sanchez⁵³² e pubblicati a Genova nel 1592. A prescindere dalla complessità di quest'ultima opera, che abbraccia l'intera materia con una profondità tale da lasciare ancor'oggi ammirato il lettore, il tema che più occupò i teologi atteneva ancora alla figura del ministro del sacramento e alleventuale scindibilità di questo dal contratto sottostante.

Al netto del pensiero regalista, che si indagherà in seguito quando si tratterà degli antefatti dell'avocazione statale dell'istituto, ciò che giova in questa sede rammentare in merito al secondo dei due temi suddetti è il pensiero del cordovense, secondo il quale «ogni potere della Chiesa sul matrimonio-negozio, va considerato in prospettiva di *salus animarum*»⁵³³, riconoscendosi al diritto di questa la possibilità di regolamentarlo e negando a determinati soggetti anche la capacità di assumere il vincolo. L'argomentazione in proposito era basata sulla formalizzazione tridentina, essendo la chiesa legittimata a compiere questi atti nello stesso modo in cui lo stato aveva facoltà

529 *Ibidem*, pag. 14.

530 La secolarizzazione, accentuata dalla rivalità tra le monarchie di diritto divino francese e spagnola, chiamò anche la Chiesa ad un rinnovamento della propria posizione teologica. «Questa secolarizzazione, sia dell'ambito politico sia di quello educativo-pedagogico, è una chiara manifestazione di un nuovo tipo di visione generale della concezione del mondo, dell'uomo e anche della dimensione religiosa. [...] La Compagnia di Gesù da una parte cerca di mantenere una posizione di radicamento alla tradizione cattolica, in un contesto culturale che metteva in discussione ogni tradizione priva di fondamenti motivati, dall'altra, invece, sollecitata dalla modernità vuole cercare di dare una risposta alle domande della nuova epoca storica.» G. CALABRESE, *La teologia della compagnia di Gesù*, in G. OCCHIPINTI (a cura di), *Storia della Teologia*, 2, da Pietro Abelardo a Roberto Bellarmino, Bologna, 1996, pag. 480.

531 J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 225.

532 L'opera fu oltremodo controversa, come attesta C. TESTORE, *Tomás Sanchez*, in *Enciclopedia cattolica*, X, cit., pag. 1749: «A proposito di essa Clemente VIII proclamò che non v'era stato ancora altro autore che trattasse le controversie e i dubbi in materia matrimoniale con più ampiezza ed accuratezza. Ciò non toglie che il Sanchez abbia dovuto ritrattare ciò che aveva concesso come probabile: potersi cioè dare, in fatto di lussuria diretta, materia leggera. Inoltre il III volume fu messo all'indice il 4 febbraio 1627; ma la condanna non riguarda la dottrina esposta bensì l'omissione del paragrafo, dove il Sanchez sosteneva il diritto del papa di legittimare gli illegittimi, indipendentemente da ogni intervento dell'autorità civile. La cosa spiace al governo della repubblica veneta, per cui il paragrafo fu tolto nell'edizione di Venezia del 1614; e questa è l'edizione condannata. Con la revisione dell'Indice nel 1900 il suo nome fu tolto. L'opera ebbe anche a subire attacchi violenti come scandalosa per via dei particolari scabrosi in cui discende.»

533 S. GHERRO, *L'autorità...*, cit., pag. 64.

di regolare i contratti⁵³⁴, con riferimento all'intervento "diretto" o "indiretto" già sopra descritto, avente «come punto di riferimento non il contratto o le persone dei nubenti, bensì soltanto il sacramento»⁵³⁵, per giungere alla conclusione che i vizi del contratto sono indirettamente posti anche con riferimento al primo «in sè considerato»⁵³⁶.

Strettamente collegata ai rilievi ora svolti è la questione inerente al ministro del sacramento: la dottrina del Soto, di Bellarmino, Vasquez e dello stesso Sanchez si pone nel senso tradizionale, individuando nei nubenti detta figura, in opposizione alla scuola del Cano, di Toletto, Tournely e Juenin. Questi ultimi si appellavano all'autorità del Pontefice Eugenio IV che, secondo loro, nella bolla di unione degli Armeni non aveva fatto riferimento al sacramento ma al contratto naturale; intenzione che sarebbe stata dimostrata dal fatto che egli non aveva trattato della materia e alla forma del settimo sacramento. In tal guisa il contratto e il sacramento divenivano separabili, con importanti conseguenze nel corroboramento delle teorie regaliste: infatti un'unione contratta senza l'osservanza delle forme avrebbe costituito un valido matrimonio non sacramentale. Non mancarono anche posizioni intermedie, come quella del Maldonato, il quale sosteneva che «mentre il sacerdote era il ministro proprio del sacramento del matrimonio, esso poteva essere validamente amministrato dallo sposo e dalla sposa in sua assenza»⁵³⁷, così come nel battesimo. Di contro, per il Bellarmino e le sue *disputationes de controversiis christianae fidei*, la sacramentalità diviene base per corroborare l'avocazione alla disciplina ecclesiastica del contratto⁵³⁸ "*res conscientiae ex legibus divinis pendens*", in ciò seguito dai grandi pensatori del XVII secolo, tutti tesi a difendere le prerogative della Sede romana e della Chiesa, di fronte alle sempre più pressanti interferenze dei sovrani giurisdizionalisti e degli ecclesiastici loro vicini.

534«*Difficultas autem est circa irritandi modus: Dupliciter enim potest matrimonium irritari, primum indirecte, inhabilitando personas, secundo directe annullando immediate ipsum contractum [...] Prima conclusio sit utroque modo possit Ecclesia irritare clandestina matrimonia. [...] Respublica civilis potest aliquos inhabiles efficere ad conrahendum absque certis solemnitatibus, ut effecit, prodigos et minores absque auctoritate tutorum, mulieres coniugatas absque licentia viri: ergo potuit Ecclesia ad ineundum matrimonium sine certis solemnitatibus.*» T. SANCHEZ, *Disputationum de sancto matrimonii sacramento tomi tres*, I, Anversa, 1626, pag. 206.

535S. GHERRO, *L'autorità...*, cit., pag. 66.

536Ibidem. «*Potuit concilium et de facto ita fecit, irritare matrimonium clandestinum, quatenus est sacramentum: non directe et immediate: cum sacramentorum institutio, ac destructio non subiaceat potestati Ecclesiae, sed indirecte et remote, destruendo scilicet, directe et proxime contractum humanum, unde consequenter destructum et irritum manet matrimonii sacramentum. Quod sic explicatur, quia sublato fundamento tollitur aedificium... et sublato priori tollitur posterius ab ipso dependens, sed contractus humanus qui subjacet Ecclesiae potestati, est fundamentum et materia sacramenti matrimonii, ergo irritato per Ecclesiam contractu humano, indirecte et consequenter irritatur sacramentum matrimonii.*» T. SANCHEZ, *Disputationum...*, cit., I, pag. 208.

537G.H. JOYCE, *Matrimonio cristiano*, cit., pag. 192.

538M. GERPE GERPE, *La potestad...*, cit., pag. 108.

CAPITOLO IV
DA TRENTO AL VATICANO I. LA CHIESA "ANTIMODERNA"

1 – *La distinzione tra contratto e sacramento nella dottrina dei secoli XVII e XVIII.*

Si è appena visto come il Concilio tridentino avesse inciso tanto sulla fase "genetica" del vincolo, solennizzando il consenso, quanto su quella (eventualmente) contenziosa, dogmatizzando il principio secondo il quale le cause matrimoniali sarebbero spettate alla giurisdizione ecclesiastica *ratione materiae*; tuttavia si è altresì sottolineato come la frattura dell'assemblea tra due opposte concezioni non avesse permesso di dettare canoni monolitici sul punto, consentendo ampi spazi all'interpretazione teologica e canonistica, con il grave rischio di lasciare aperto il campo all'introduzione di nuovi problemi; da un lato, infatti, il decreto *Tametsi* non aveva esplicitamente abrogato l'antica forma del *matrimonium praesumptum*, dall'altro il dodicesimo canone dogmatico si era limitato ad una formulazione negativa, anatemiando i sostenitori dell'assenza di giurisdizione in capo ai tribunali ecclesiastici, senza però giungere ad affermare che la stessa fosse esclusiva. In merito alla prima problematica, la questione «*si tamen prior promissio fieret coram parochio, et testibus, et coram eisdem copula affectu coniugali, maneret ius antiquum illaesum*»⁵³⁹, veniva risolta dal Sanchez nel senso di una congiunzione tra la disposizione tridentina e la dottrina di Ugucione, ritenendo valido un coniugio in tal guisa celebrato. Dall'altra parte, circa il dodicesimo canone dogmatico, è appena il caso di accennare al fatto che lo stesso, se letto accanto al nono capitolo di riforma, nel quale si proibiva ai magistrati e a signori temporali di coartare la libertà dei nubendi, faceva presumere la sussistenza di una competenza, per quanto residuale, in capo agli stessi o comunque permetteva all'interprete "interessato" di argomentare in favore della potestà dei sovrani di trattare delle cause matrimoniali e, andando a monte, di legiferare in proposito nei limiti del diritto divino naturale e positivo, anche in opposizione al diritto meramente ecclesiastico.

La seconda questione, inerente alla potestà di giudicare controversie matrimoniali, è trattata dal Sanchez al libro III, disp. LIV, ove ci si interroga se siano i soli giudici ecclesiastici a potere irrogare sanzioni nei confronti dei laici che contraessero clandestinamente o tale potestà fosse estesa anche ai tribunali dello stato: la conclusione del cordovense è nel senso che si tratti di un delitto di "foro misto" e, per l'effetto, la competenza si dovrebbe ripartire in base alla litispendenza, cioè in base al criterio meramente cronologico dell'istruzione della procedura penale. Altro *punctum pruriens*, lasciato in qualche maniera scoperto dal quarto canone dogmatico, era quello inerente alla potestà dei principi di stabilire impedimenti dirimenti nei confronti dei propri sudditi. Il Concilio si era infatti limitato a condannare coloro che avessero sostenuto che la Chiesa non disponesse di un tale diritto, senza tuttavia affermare se esso avesse o

539T. SANCHEZ, *Disputationum...*, cit., I, pag. 58. In particolare *disp.*26, n. 12.

meno natura esclusiva. Una simile questione, che la scolastica non aveva affrontato⁵⁴⁰, venne sollevata dai teologi Francesco de Vitoria, Pedro de Soto e Ambrogio Catarino. Se per il primo tale facoltà spettante ai Sovrani cristiani era temperata dal diritto della Chiesa «di riservare questo potere interamente a sè»⁵⁴¹, attesa la necessità di interpretazione del diritto divino per la buona parte delle controversie in questo campo, per gli altri due il potere dei sovrani non era suscettibile di essere completamente conculcato, avendo come unico limite quello dato dalle leggi ecclesiastiche, cui quelle civili non potevano opporsi⁵⁴².

Ancorchè queste dottrine risultassero difficilmente sostenibili dopo la chiusura dei lavori del Concilio tridentino, il fatto che lo stesso non fosse stato pubblicato in Francia favorì la ripresa di fiere contestazioni circa l'assoluta avocazione ecclesiastica della materia matrimoniale, tanto che il Wernz⁵⁴³ poté rilevare come «*inter principes catholicos imprimis reges Galliae ex saeculo decimosexto v.g. Henricus II (a. 1156), Henricus III (a. 1579), Ludovicus XIII (a. 1639), Ludovicus XIV (a. 1697), suis quoque ordinationibus matrimonia christiana regere coeperunt, quae etsi haud raro tantum urgerent executionem legum ecclesiasticarum, tamen in compluribus rebus a sanctionibus canonicis fuerunt alienae et incompetenter auxerunt rigorem iuris matrimoniali.*» Spettava infatti al parlamento dare parere favorevole al Sovrano per la pubblicazione dei decreti tridentini, in quanto assunti al di fuori dei confini nazionali, ma lo stesso non concesse mai detta approvazione, in particolare perchè l'Assise aveva disconosciuto il potere genitoriale di irritare i matrimoni della prole, contratti ad insaputa degli esercenti la potestà. Dopo vari tentativi abortiti, agli stati generali del 1614, il clero fu obbligato a comunicare a Luigi XIII e a Maria de'Medici che esso accettava i canoni del Concilio, intendendo darvi esecuzione, senza che da parte regia si avesse nè un'approvazione espressa nè un diniego. Tuttavia l'opposizione del parlamento restò irconciliabile e costrinse gli ordinari ad operare trasversalmente per garantire che alla dichiarazione seguissero i fatti: fu così che molti statuti sinodali ricompresero i decreti tridentini, aggirando l'opposizione del parlamento, senza che però ciò avvenisse in maniera uniforme⁵⁴⁴.

Traendo ispirazione tanto dal rifiuto gallicano di dare esecuzione ai decreti conciliari, quanto all'accettazione spagnola degli stessi «salvi i diritti regi», sulla scorta delle dottrine sopra citate, al principio del XVII secolo si fece strada, prima in Italia poi soprattutto in Francia, una teoria che cercava di armonizzare la concezione protestante (secondo cui il matrimonio era affare esclusivamente secolare) con i canoni tridentini. In base ad essa «el matrimonio cristiano es sacramento, pero también es contrato natural y

540 G.H. JOYCE, *Matrimonio cristiano...*, cit., pag. 224-225.

541 T. SANCHEZ, *Disputationum...*, cit., II, pag. 10.

542 T. SANCHEZ, *loc. ult. cit.*, contesta quest'ultima asserzione, sottolineandone l'irragionevolezza sotto più punti di vista. Da un lato, se fosse valida l'affermazione del Vitoria, non si comprenderebbe come la Chiesa possa sospendere una potestà nativa dello Stato: si darebbe l'assurdo di un governante pagano maggiormente libero di uno cristiano, in quanto su di esso la Chiesa non rivendica tale potestà. Dall'altro, nel caso si dovessero accettare le teorie più radicali, si avrebbe il gravissimo rischio di legislazioni confliggenti, non comprendendosi quale sarebbe stata la prevalente.

543 F.X. WERNZ, *Ius canonicum*, V, cit., pag. 27.

544 J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 223.

politico»⁵⁴⁵, spettando regolarlo sotto il primo aspetto alla Chiesa, sotto il secondo allo Stato. Il sacramento e il contratto non erano, secondo questa ricostruzione, due aspetti della medesima realtà, bensì due elementi distinti e separabili: in ossequio a questa idea la Chiesa avrebbe dovuto limitarsi a regolarne la fase "liturgica" mentre al diritto civile sarebbe spettata la competenza in materia di impedimenti dirimenti, dispensa, forma contrattuale e, naturalmente, giurisdizione. A ben vedere, una simile dottrina non era direttamente contraria alla "lettera" del Tridentino, purtuttavia essa smantellava buona parte del diritto matrimoniale canonico, quasi a confermare il rilievo di Giacomo Bertolini sulla confusione, allora come ora presente nella celebrazione *in facie Ecclesiae*, tra forma matrimoniale giuridica, sacramentale e liturgica⁵⁴⁶.

A proporre per primo simile teoria fu, forse non a caso, un suddito veneziano, l'arcivescovo di Spalato Marc'Antonio de Dominis⁵⁴⁷, che avrebbe poi apostatato dalla Chiesa ottenendo un certo successo alla corte di San Giacomo⁵⁴⁸. Probabilmente sulla scia della critica ai canoni tridentini espressa dal Sarpi⁵⁴⁹, il Presule dalmata disegnò un

545M. GERPE GERPE, *La potestad...*, cit., pag. 69.

546G. BERTOLINI, *Intenzione coniugale...*, cit., pag. 15.

547«*Primis saeculi XVII annis, Archiepiscopus spatatensis, dein apostata, Marcus Antonius De Dominis, hoc ex supposito, quasi matrimonium sit contractus mere humanus, idem ad jurisdictionem dumtaxat mere civilem pertinere posse, ac ab Ecclesia nullatenus pendere adstruxit; idque pro illo etiam casu, si supponeretur esse sacramentum: "cum, ut ait, supernaturalis haec conditio et ratio sacramenti superveniat, matrimonium jam plene et perfecte in esse civilis contractus constituto;" potestatem porro Ecclesiae ad has solus similesve esse causas, ut: controversiam Theologorum circa naturam matrimonii, an sit sacramentum, nec ne? Item cognitionem peccatorum, quae coniuges committunt etc. restrinxit.*» Così A. DE ROSKOVÁNY, *De matrimonio in Ecclesia catholica*, Augsburg, 1837, pag. 5.

548La personalità affascinante di questo personaggio merita una brevissima nota biografica: «Arcivescovo di Spalato, quindi apostata, ed infine di nuovo cattolico, nato probabilmente nel 1560 (o 1566) nella città di Arbe nell'omonima isola dell'arcipelago dalmata e morto a Roma l'8 settembre 1624. Allievo dei gesuiti entrò quindi nell'ordine. Coltivò da prima le scienze fisiche e matematiche di cui fu pure insegnante a Padova. [...] Fu quindi arcivescovo di Spalato (15 nov. 1602) [...], nel 1615 passò a Venezia dove ebbe contatti con il Sarpi ed entrò in amicizia con l'ambasciatore inglese presso la repubblica Sir Enrico Wotton.» Lasciata l'Italia per l'Inghilterra «entrò quindi nella chiesa anglicana, e la prima domenica dell'avvento 1617, nella cappella dei Mercedari, lanciò un pubblico violento attacco contro la Chiesa di Roma. Seguiva poco dopo lo scritto *Scogli del naufragio cristiano quali va scoprendo la santa chiesa di Cristo alli suoi figlioli perchè da quelli possano allontanarsi*, Londra, 1618, tradotto poi in inglese francese e tedesco. Roma vi era accusata di aspirare ad un dominio puramente temporale, di seminare il terrore religioso, di corrompere gli ideali evangelici. Il De Dominis ricevette onori e prebende, fino a divenire decano di Windsor. Era intanto uscita, nel 1617, la prima parte della sua maggiore opera, *De respublica ecclesiastica*. [...] Ad un concetto monarchico di Chiesa, il De Dominis intende sostituire quello di una "aristocrazia spirituale" rappresentata dall'episcopato: il primato di San Pietro fu di natura personale; la Chiesa di Roma non ha prerogative o autorità e la sua autorità è di origine "esterna" o, secondo lui, meramente "storica". Nella seconda parte dell'opera l'influenza protestante è più accentuata, specie nella dottrina dei Sacramenti. Trattando dei rapporti tra i poteri temporali e la Chiesa, il De Dominis perviene ad una chiara concezione giurisdizionalistica; per l'autore gli ecclesiastici e il Papa stesso sono legati alle leggi dei principi nelle cose temporali, anche nel regime esterno ecclesiastico.» F. BOLGIANI, *Marcantonio De Dominis*, in *Enciclopedia cattolica*, IV, cit., pag. 1295-1297.

549«Il De Dominis utilizzava la narrazione ed accentuava le idee direttrici della Historia del concilio tridentino del Sarpi, di cui egli, su copia dell'originale e senza il consenso del Sarpi stesso, aveva curato la pubblicazione dedicandola al re Giacomo I.» *Ibidem*. P. SARPI, *Istoria...*, II, cit., pag. 1219-1220

sistema coerente nella sua opera "*de respublica christiana contra primatum Papae*". In essa, pur facendo chiaramente capire di propendere per la dottrina luterana che depennava il matrimonio dal novero dei sacramenti, egli ritenne che, anche nel caso lo stesso dovesse esservi ricompreso, la Chiesa non avrebbe potuto legiferarvi in alcun modo. Infatti, trattandosi di un contratto meramente carnale, avente ad oggetto lo *jus in corpus* a scopo procreativo, la Chiesa (competente solamente *in spiritualibus*) non avrebbe potuto trattarne; nè avrebbe potuto invocare in proposito l'elevazione sacramentale compiuta dal Cristo, in quanto essa aveva lasciato inalterato il contratto sottostante, di competenza meramente temporale e al quale essa doveva conformarsi.

Costretto alla fuga l'autore allo scopo di evitare la condanna per eresia (che lo avrebbe comunque raggiunto *post mortem*, con arsione delle spoglie) il suo soggiorno inglese favorì la diffusione delle sue opinioni ereticali, in particolar modo nei domini del Re Cristianissimo. Già un membro del parlamento seguace del luteranesimo, Charles Dumoulin († 1566), aveva pubblicato un "*Conseil sur le fait du concile de Trente*", nel quale affermava essere nulli i canoni dell'Assise perchè questa «étoit vicieux dans sa convocation, et qu'il avoit été tenu et terminé contre les anciens Décrets des Peres, et contre la dignité et la liberté du Royaume»⁵⁵⁰ ma è con l'eminente canonista Jean Launoy († 1678)⁵⁵¹, che il "giurisdizionalismo matrimoniale" assumerà la forma più compiuta, attraverso «un libro notevole, molto dotto e molto noioso»⁵⁵², dal titolo "*Regia in matrimonium potestas vel Tractatus de iure saecularium Principum christianorum in saciendis impedimentis matrimonium dirimentibus*" (1674). Benchè la critica moderna, particolarmente di matrice ecclesiastica, sia con esso impietosa⁵⁵³, all'epoca grande fu la sua influenza. Anche per il gallicano il contratto deve distinguersi nettamente dal sacramento, del quale materia e forma consistono, sulla scia del Cano, nella benedizione sacerdotale. Perchè questa possa essere impartita il contratto è presupposto necessario ma esso spiega i suoi effetti anche in assenza della solennizzazione liturgica. Dunque, così come per il De Dominis, lo Stato dispone di ogni

afferma infatti che «li politici restarono molto sospetti per il dodicesimo anatemismo, che sia eresia tenere che le cause matrimoniali non appartengano a giudici ecclesiastici, essendo certo che le leggi de' matrimonii furono fatte dagl'imperatori e li giudicii in quelle cause amministrati da' magistrati secolari, sin tanto che le leggi romane ebbero vigore, il che la sola lettura de' codici teodosiano e giustiniano e delle Novelle lo dimostra evidentemente, e nelle formule di Cassiodoro restano memorie de' termini usati da' re goti nelle dispense de' gradi proibiti, che allora erano riputate appartenere al governo civile e non così de religione, et a chi ha cognizione dell'istoria è cosa notissima che gl'ecclesiastici sono entrati a giudicar cause di quella natura, parte per commissione, e parte per negligenza de'principi e magistrati.»

550E. MIGNOT, *Histoire de la reception du Concile de Trente dans les différens Etats catholiques*, I, Amsterdam, 1756, pag. 211.

551Teologo gallicano e sacerdote, «professore alla Sorbona, fu privato della cattedra per critiche alla condanna di A. Arnauld [...], considera il matrimonio cristiano un puro contratto civile, arrivando a sostenere che per "*Ecclesia*" il Concilio di Trento (sess. XXIV, can. 4) intendesse i principi secolari.» V. ZOLLINI, *Jean de Launoy*, in *Enciclopedia cattolica*, VII, cit., pag. 958.

552La definizione è del Le Bras, ripreso da J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 248.

553«La obra de Lunoy adolece, en general, de falta de originalidad: la mayor parte de sus afirmaciones y hasta de sus argumentos está copiada de la citada de Marco Antonio de Dominis.» M. GERPE GERPE, *La potestad...*, cit., pag. 71.

potere circa la forma, l'essenza e le cause ostative del vincolo mentre, l'*Ordo sacerdotalis seu pontificum* dispone di un potere residuale su di esso, esistente e valido solo per delega regia⁵⁵⁴. La radicalità della costruzione del canonista e teologo parigino comportava dunque, come si avrà modo di rilevare nella seconda parte di questo lavoro, un'applicazione generalizzata di istituti come il regio *placet*, l'*exequatur* e l'*appellatio tamquam ab abusu*, destinati a favorire l'emersione, come rilevato dal Bouix, di un vero e proprio "diritto canonico nazionale".

Gli epigoni del Launoy, particolarmente il Leridant, non daranno alcun sostanziale contributo innovativo al "regalismo matrimoniale", venendo battuti in breccia dalla emergente scuola del diritto naturale, sulla quale ci si soffermerà ampiamente in seguito, attesa l'essenzialità del suo contributo per l'istituzione del matrimonio civile borghese⁵⁵⁵; essi si limiteranno ad ammettere «la existencia de potestad eclesiástica para impedir el matrimonio, pero sólo en cuanto sacramento»⁵⁵⁶, dovendosi comunque tenere ferma la competenza esclusiva dello stato sul contratto. Perché si abbia un nuovo incremento della dottrina matrimoniale giurisdizionalista e gallicana è così necessario attendere la metà del XVIII secolo, attraverso le opere di Pierre Le Ridant († 1768), autore del "*Consulto sul matrimonio di un ebreo*" e dell' "*Esame di due importanti questioni sul matrimonio, concernenti la civile potestà*", nelle quali le idee del Launoy riprendono nuovo slancio, seppur con una malcelata diffidenza verso il dogma tridentino, sostituito da quella completa contrattualizzazione del vincolo, poi mutuata dalla costituzione rivoluzionaria. Meno radicale appare il pensiero del Lorry, espresso nelle "*Recherches sur le mariage en sa qualité de contrat et de sacrement*": in quest'opera non viene più messa in dubbio la sacramentalità, ma si dona maggior importanza all'elemento contrattuale, *prior in tempore* ed universalmente conosciuto,

554«*Primum colligitur quod facere personas ad contrahendum inhabiles, politicum quid est, et ordinis mere naturalis, et eam causam dumtaxat ad Principes saeculares attingere. [...] Assertio prima. Spirituali potestas ab saeculari pendet quoad naturam civilis contractus matrimonii, cui iam legitime facto divinitus accedit Sacramenti ratio [...] assertio quarta Impedimentum matrimonia dirimens, ex se suoque genere civile est, non spirituale. Assertio quinta. Saeculares Principes impedimenta matrimonium dirimentia statuere possunt, acluso sacerdotalis ordinis consensu. Assertio sexta. Sacerdotalis Ordo seu Pontificum autoritas non potest sine consensu principum impedimenta dirimentia statuere. Interim revocandum est in memoriam, id quod ut cardinem rei saepe inculcandum esse duxi; impedimenta omnia quae matrimonium dirimunt, ex se suoque genere et natura civiles leges esse, et sacerdotalem ordinem qua sacerdotalis ordo est, ferendarum legum civilium potestate omnino carere. [...] His autem positis, ut ex rei veritate poni debent, certum est clandestinum matrimonium non posse ab ordine sacerdotali, qua sacerdotalis ordo est, quem nominant Ecclesiam, cassum atque irritum reddi sine consensu Principum, qui sacerdotalis ordinis decretum in auctoritatem admittant, eique vim legis tribuant.*» J. DE LAUNOY, *Regia in matrimonium potestas vel Tractatus de iure saecularium Principum christianorum in sciendis impedimentis matrimonium dirimentibus*, in *Id. Opera Omnia*, I, Colonia, 1732, pag. 631 ss.

555Di tale contributo dà testimonianza l'acrimonia di F.X. WERNZ, *Ius canonicum*, V, cit., pag.27-28, per il quale «*Postquam pseudophilosophi decimo octavo saeculo sua principia de spurio quodam iure naturali propagare coeperunt, legislatores revolutionis gallicae opinamenta philosophica ad praxim applicantes, matrimonium quod vocatur civile, primum in Gallia introduxerunt. Exinde usque ad nostram aetatem novum istud matrimonium civile pro diversis suis formis in quamplurimas regiones paulatim est divulgatum.*»

556M. GERPE GERPE, *La potestad...*, cit., pag. 71.

scaturente dalla volontà dei nubendi attraverso lo scambio dei consensi, senza che l'elevazione sacramentale cristiana abbia inciso su questa realtà naturale; la Chiesa ha certo il potere di vigilare che non si corrompa l'ordine divino, ma anche il Sovrano *Dei gratia* ha il medesimo potere, oltre ad un ruolo di vigilanza attuabile per mezzo dell'"appel comme d'abus", strumento posto ad equilibrare la delega regia ai tribunali ecclesiastici in materia matrimoniale.⁵⁵⁷ Se dunque la Chiesa esercita la giurisdizione matrimoniale per delega del Sovrano non deve stupire che il Pothier, nel monumentale *Traité sur le contrat de mariage*, pervenga a conclusioni che solo l'idea monarchica distingue da quelle di lì a poco espresse da un Portalis o da un Cambacerès. L'autore, con una buona dose di involontaria ironia, dopo avere elencato le ragioni comportanti l'avocazione secolare della materia matrimoniale, in sostanza identiche a quelle più volte rammentate, ammette che la Chiesa abbia una potestà in materia ma esclusivamente sul sacramento e comunque dipendente dall'*placitum regium* alla legge ecclesiastica.⁵⁵⁸ Ponendosi sulla linea del Lorry egli distingue inoltre tra gli sposi e il sacerdote: i primi ministri dell'essenza del matrimonio, il secondo della forma, per non dire i primi del contratto il secondo del sacramento.

Ecco dunque, dopo queste brevi note, che si comprende come nel capitolo precedente si sia insistito sulla questione della dicotomia tra il contratto e il sacramento, della quale il Bellarmino⁵⁵⁹, nelle citate *Controversiae*, aveva individuato l'insidiosità, pur ricusando di trattarne, sulla scorta della *communis opinio* secondo la quale non era necessario soffermarsi sull'argomento, non essendo stato giudicato particolarmente degno di nota dagli scolastici⁵⁶⁰; detta opinione era stata integrata da Francisco Suarez⁵⁶¹ che, trattando della volontà dei nubenti di escludere il sacramento dal contratto, aveva rilevato come la scelta della celebrazione *in facie ecclesiae* conducesse comunque alla santificazione, dovendosi presumere che gli stessi avessero avuto intenzione di "fare ciò che volle il Cristo", anche in caso di errore personale. Nel caso invece vi fosse stata positiva esclusione della sacramentalità anche il contratto sarebbe stato viziato.

Opposta alla teoria sul primato della volontà dei nubenti, la dottrina del Cano, secondo la quale era il sacerdote ad essere ministro del sacramento, coniugata con l'affermazione dell'Aquinate secondo la quale «*matrimonium, cum fiat per modum contractus cuiusdam, ordinationis legis positivae subiacet sicut et alii contractus*»⁵⁶², e che ebbe dunque

557J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 250.

558R.J. POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, I, Orleans, 1771, pag. 28-32.

559«Primo, matrimonium est Ecclesiae sacramentum; aequè apud christianos separatur contractus legitimus matrimonii a sacramento matrimonii, cum omnis legitimus contractus matrimonii hoc ipso sit sacramentum matrimonii sit legitimus, est iudicare an ille contractus sit sacramentum: sed de sacramentis iudicare, ad ecclesiam spectat. Secundo, etiam si matrimonium sacramentum non esset, tamen quia res est conscientiae, ex legibus divinis pendens, ad pastores animarum sine dubio pertineret, quaemadmodum quaestiones de cambiis, de censibus, aliisque contractibus, in quibus interdum absconduntur usurae, ab ecclesia iudicantur. Tertio, probatur ex praxi totius Ecclesiae.» R. BELLARMINO, *De controversiis christianae fidei*, III, Venezia, 1599, pag. 1281.

560J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 249.

561F. SUAREZ, *Commentarium ac disputationes in III parte divi Thomae*, III, Lione, 1614, pag. 21-25, riportato da J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 241-242.

562In *IV sent.*, Dist. 36, q. 1 a. 5.

importanti influssi, giacchè senza di essa difficilmente avrebbe potuto darsi la nascita del matrimonio civile "borghese". Infatti, seppure la dottrina del domenicano spagnolo dovesse essere interpretata come "metodologica"⁵⁶³ essa prestava il fianco a fraintendimenti ed interpretazioni ambigue, favorite dall'anfibologia di alcuni canoni tridentini frutto di compromesso tra le opposte tendenze di cui si è trattato poco sopra. D'altra parte, in questo periodo, gli scrittori di stampo curialista, come il Galésius, non contribuiscono con sensibili novità al dibattito sul punto, preferendo trincerarsi dietro un'interpretazione estensiva e rigorista del dodicesimo canone dogmatico tridentino e alle (seppur autorevolissime) opinioni del Sanchez e del nipote di Marcello II. In questo senso si distinsero, tra XVII e XVIII, secolo il Sylvio, commentatore della *Summa theologiae*, e soprattutto il gesuita bavarese Franz Schmalzgrüber, autore dello *Ius ecclesiasticum universum seu lucubrationes canonicae in quinque libros decretalium* (1719) il quale ultimo, riaffermando la potestà esclusiva della Chiesa in materia matrimoniale, sancisce altresì l'inscindibilità tra contratto e sacramento «*quia fideles, dum contrahunt matrimonium, debent illud non ethnicorum et gentilium, sed christianorum more, et secundum Christi institutionem contrahere; atqui secundum Christi institutionem omne matrimonium, quod apud fideles legitimum est in ratione contractus, etiam est sacramentum, ergo qui volunt contrahere matrimonium, quod apud fideles legitimum sit, etiam volunt conficere sacramentum.*»⁵⁶⁴

Più innovativi rispetto alla dottrina curialista furono senza dubbio gli scritti di quegli autori, ancora una volta in gran parte francesi, che tentarono di mediare tra le opposte tendenze, prendendo spunto dalla citata opinione riportata dal Sanchez, secondo la quale non era possibile negare che ai principi fosse stata attribuita per diritto divino una potestà sul matrimonio, venendogliene tuttavia inibito l'esercizio dall'atto pontificio di avocazione ecclesiastica⁵⁶⁵. Tra questi il Gaudemet⁵⁶⁶ pone in primo piano l'arcivescovo di Tolosa Pietro de Marca († 1662) e il suo "*De concordia sacerdotii et imperii*" (1641) e il Gerbais, con il "*Tractatus pacificus de potestate Ecclesiae et Principum circa impedimenta coniugii*" (1690): in quest'ultima opera, dopo avere individuato nel VI secolo l'epoca in cui i Sovrani avrebbero cominciato a devolvere ai tribunali ecclesiastici le cause matrimoniali, viene prospettata una competenza concorrente a legiferare ciascuno nel proprio ordine; tuttavia, nel momento in cui una legge tanto statale quanto ecclesiastica non venisse osservata, la nullità avrebbe investito l'uno e l'altro profilo del vincolo,

563Così E. CORECCO, *Il sacerdote ministro del matrimonio?*, in Id., *Ius et communio*, cit.

564F. SCHMALZGRÜBER, *Ius ecclesiasticum universum*, IV, Napoli, 1738, pag. 54.

565V. *supra*. Questa opinione venne aspramente criticata da F.X. WERNZ, *Ius canonicum*, V, cit., pag. 60. «*Quodsi idem Sanchez nihilominus tenet contractum matrimonialem fidelium a sacramento non distingui, in novam incidit incohaerentiam suaeque sententiae omne fundamentum subducit.*» E' tuttavia corretto il rilievo di M. GERPE GERPE, *La potestad...*, cit., pag. 82, nota 230. L'autore fa notare come il Sanchez non dica che contratto e sacramento siano indistinguibili nel matrimonio, bensì inseparabili, come emerge dal testo del cordovense: «*Ex Christi institutione inseparabile est a contractu matrimonii esse sacramenti, unde intentio non conficiendi sacramentum repugnat intentioni legitimae faciendi matrimonii, non autem contractum, nihil efficeret: quia ex Christi institutione haec duo sunt inseparabiliter coniuncta, et ita mutuo se ponunt ac destruunt.*» T. SANCHEZ, *Disputationum...*, cit., II, pag. 124.

566J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 249.

attribuendo in tal guisa allo Stato «un potere sul sacramento e alla Chiesa un potere sul contratto»⁵⁶⁷, con la grave aporia data dalla presunzione di un accordo tra le due potestà, il cui conflitto non avrebbe potuto trovare rimedio. Nello stesso senso anche il Van Espen († 1728), nel suo *Ius ecclesiasticum universum*. Il giurista belga, vicino al giansenismo, sottolinea che la potestà della Chiesa sul matrimonio, certo sussistente fin dai primi secoli, era sempre stata "elastica" e che «*eaque pro temporum et locorum circumstantiis, nonnumquam extendisse, vel limitasse aut etiam relaxasse.*»⁵⁶⁸ Contemporaneo al Van Espen è Honoré Tournely, dalle cui *Praelectiones theologicae* emerge una specificazione della suddetta dottrina, poi ripresa timidamente anche dal Rupprecht⁵⁶⁹, secondo la quale erano stati i sovrani a cedere alla chiesa la potestà in materia matrimoniale, con conseguente facoltà per gli stessi di riespandere il proprio "dominio". Estreme conseguenze a partire da queste posizioni "intermedie" erano state tratte, in capo canonico, venendosi ad affiancare ai civilisti sopra citati, da Jacques Boileau († 1716)⁵⁷⁰, per il quale il potere del sovrano, essendo di diretta derivazione divina, non poteva essere ceduto o spartito; era perciò nel diritto di quest'ultimo regolare il matrimonio come gli altri contratti e, poichè nella ricostruzione gallicana il matrimonio sacramento poggiava sul contratto naturale e civile, solo dopo che il Parlamento avesse dichiarato nullo il primo, il tribunale ecclesiastico avrebbe potuto accertare la nullità del secondo, con conseguente potestà *in sacris* del principe, ancorchè indirettamente. Sarà proprio questa teoria, tra le molte che si sono esaminate, ad influenzare gli austriaci Benedikt Oberhausen e Jan Anton Petzek, contribuendo in maniera essenziale alla costruzione giuseppina del matrimonio che avrà vigenza nel milanese fino al concordato del 1855.

Ecco dunque che, radicalizzatesi le posizioni teologiche e canonistiche, si può ben concordare con le conclusioni tratte da Eugenio Corecco⁵⁷¹, trattando delle affinità e divergenze tra la dottrina post scolastica e quella regalista: infatti le due condividevano «la distinzione tra contratto e sacramento, il diritto del Principe di porre impedimenti dirimenti, la integrità della natura del contratto matrimoniale anche dopo l'istituzione del contratto», anche se per la dottrina più risalente è quest'ultimo a porsi in posizione ancillare rispetto al primo. Al contrario, gli studiosi giurisdizionalisti avevano talmente scisso i due aspetti, da giungere al rifiuto di ogni potestà ecclesiastica in materia, potendosi nuovamente sposare l'opinione del vescovo di Lugano, che rileva essere questa separazione «ancora più evidente nella interpretazione che i regalisti

⁵⁶⁷*Ibidem*.

⁵⁶⁸B. VAN ESPEN, *Ius ecclesiasticum universum*, I, Lovanio, 1753, pag. 574, citato da M. GERPE GERPE, *La potestad...*, cit., pag. 86.

⁵⁶⁹Cfr. T.M. RUPPRECHT, *Notae historicae in universum ius canonicum*, Venezia, 1764, pag. 342 ss. In quest'opera l'autore non assume una posizione definitiva, tuttavia dal contesto è possibile rilevare una coincidenza tra il suo pensiero e quello del Tournely.

⁵⁷⁰Questo teologo e canonista, storico e polemista, fratello del poeta satirico Nicolas, «fu vicario generale della diocesi di Sens dal 1671 al 1694 e decano della facoltà teologica parigina [...]. Ligio alla tendenza regalista e gallicana del tempo, parlò di diritti quasi esclusivi del principe in materia matrimoniale.» V. ZOLLINI, *Jacques Boileau*, in *Enciclopedia cattolica*, II, cit., pag. 1766.

⁵⁷¹E. CORECCO, *Il sacerdote...*, cit.

hanno dato della dottrina di Melchior Cano sul ministro del sacramento. Mentre il teologo spagnolo mantiene l'unità fondamentale degli elementi, in quanto ritiene che contratto e benedizione sono elementi essenziali costitutivi del sacramento, i regalisti spaccano l'istituto in due, erigendo contratto e sacramento a valori che non hanno più un rapporto intrinseco sostanziale, ma solo un rapporto accidentale. Il sacramento è inserito sull'istituto contrattuale civile, perfezionato indipendentemente da ogni intervento giurisdizionale della Chiesa.»⁵⁷²

2 - *Il magistero e la normazione pontificia dal giurisdizionalismo al separatismo.*

Nel paragrafo precedente è apparso necessario fare un "salto in avanti" fino alle soglie della rivoluzione francese e dell'istituzione del matrimonio civile, che come si è cercato di dimostrare era già stato intuito ed anticipato dai regalisti gallicani, occorrendo soltanto una frattura sediziosa dell'ordine sociale proprio delle Monarchie di diritto divino per condurre alle estreme conseguenze. Ciò di cui non si è fatto cenno è la posizione ufficiale dei romani Pontefici in materia anche perchè, per dirla con Arturo Carlo Jemolo⁵⁷³, a parte l'importantissima figura di Benedetto XIV, la legislazione pontificia «non è per un secolo circa ricca di interesse», con la significativa eccezione della bolla *Auctorem fidei* del 1794, quasi il canto del cigno con cui il Magistero autentico conchiude un'era.

Nel corso del XVI secolo i Pontefici erano già intervenuti in materia matrimoniale, legiferando tramite costituzioni apostoliche di interpretazione autentica dei canoni tridentini, tra le quali spiccano "*Sanctissimum*" (20 agosto 1566), "*Ad romanum Pontificem*" e "*Cum illius*" (entrambe del 28 novembre 1566), "*Ad romanum spectat*" di Pio V (1° luglio 1568), oltre che il successivo e celeberrimo breve "*Cum frequenter*" di Sisto V, destinato a porre il *discrimen* tra *impotentia coeundi* e *generandi* fino al 13 maggio 1577. Accanto alle fonti di diretta derivazione pontificia si collocano i decreti delle Sacre congregazioni della curia romana, «*inter quae maximi momenti sunt decreta et instructiones Supremae congregationis Inquisitionis, Sacrae congregationis Concilii, Sacrae congregationis de propaganda fide, Sacrae congregationis de disciplina sacramentorum, per quas Sedes Apostolica modo generalibus ordinationibus modo causarum particularium decisionibus ius matrimoniale pro diversitate regionibus applicat*»⁵⁷⁴.

In tal guisa le decisioni della curia romana assunsero una portata realmente universale, per quanto spesso frustrate dalle interferenze dei sovrani, tese a limitare l'efficacia dei decreti tramite gli strumenti del *placet* e dell'*exequatur*; a temperare queste difficoltà, deve ricordarsi che che i tentativi di avocazione statale della materia visti poco sopra, con qualche indiretta eccezione (es. Boileau), comunque rimanevano legati al foro esterno, mentre al livello di foro interno il potere della Chiesa, ed in particolare quello

⁵⁷²*Ibidem*.

⁵⁷³A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel...*, cit., pag. 46.

⁵⁷⁴F.X. WERNZ, *Ius canonicum*, V, cit., pag. 8-9. Circa il ruolo della Sacra Congregazione del Concilio basti citare in questa sede il decreto del 1602 «che riconosceva la "forma straordinaria del matrimonio" per tre Provincie dei Paesi Bassi.» Per "forma straordinaria" deve intendersi il vero e proprio "matrimonio civile". V. *Infra*, parte II, cap. II e, comunque, J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 232.

della Sede Apostolica, non conosceva limiti di sorta. Era infatti la Penitenzieria ad avere la competenza nel campo delle dispense dagli impedimenti così come circa la nullità *per vim et metum* «e le sue competenze sembravano estendersi progressivamente nei secoli XVII e XVIII, pur cedendo ad altri organi della Curia romana, come la Dataria, competenze specifiche in materia.»⁵⁷⁵ Riformato da Innocenzo XII nel 1692, il più antico tribunale della Sede apostolica si vedeva attribuite la competenza per le dispense dagli impedimenti "impedienti" occulti⁵⁷⁶, cioè il voto semplice e i precedenti *sponsalia per verba de futuro*. Il medesimo tribunale inoltre, nel caso dei "matrimoni di coscienza", cioè tra concubinari contrabbandati per coniugi, dispensava *ratione scandali* dalle pubbliche nozze, consentendo uno scambio segreto dei consensi del quale non restava alcuna traccia, essendo addirittura imposta la distruzione della missiva inviata dalla Penitenzieria⁵⁷⁷

Questa "onnipotenza" ecclesiastica era tuttavia più virtuale che reale. Nel corso del XVIII secolo, se "sulla carta" le prescrizioni tridentine dovevano essere già osservate in tutti i luoghi nei quali era stata eseguita la pubblicazione, restavano comunque serie difficoltà tanto in ordine all'applicazione da parte del popolo delle forme prescritte dal *Tametsi* sia circa una certa liberalità nella concessione delle dispense dalle pubblicazioni. Questa difficoltà di inculcare al popolo una prescrizione che esso vedeva come estranea, aveva condotto ad una nuova tipologia di clandestinità, quella inerente all'assenza di trascrizione nei registri parrocchiali, con correlativo obbligo giurato di segretezza tanto per i testi semplici quanto per il sacerdote assistente; nè può venire dimenticato il celebre caso del "matrimonio per sorpresa", quello avvenuto cioè avanti al parroco senza che questi ne fosse preavvertito o comunque consenziente, la cui validità è attestata dal sopra citato responso della congregazione del Concilio del 1581⁵⁷⁸. Nè mancarono notevoli raffinatezze in frode alla legge: come il caso, riportato dallo Jemolo⁵⁷⁹, nel quale due persone, chiesta e ottenuta dispensa dalle pubblicazioni e dalla celebrazione avanti il parroco proprio, facevano presentare avanti al sacerdote due procuratori i quali esprimevano i consensi omettendo i nomi dei rispettivi rappresentati.

Perché si potesse intervenire a livello generale era però necessario che al Soglio petrino ascendesse una personalità che univa una novennale esperienza di Vescovo diocesano (1731-1740) con la più squisita cultura giuridica⁵⁸⁰. Benedetto XIV infatti, già da arcivescovo di Bologna, aveva avuto modo di constatare personalmente come non venisse minimamente applicata la prescrizione tridentina, celebrandosi "matrimoni" senza parroco o testi, semplicemente invocando Dio, la Madonna e i Santi, a volte

575G. ZARRI, *Il matrimonio tridentino*, cit., pag. 481-482.

576Quella dai dirimenti occulti (ovviamente di diritto ecclesiastico) spettava invece alla Dataria. *Ibidem*.

577C.d. clausola *laniatas* o *laceratis*. A.C. JEMOLO, *Riforma tridentina...*, cit., pag. 50.

578Solo con il *Ne temere* ne venne sancita la nullità per difetto di forma.

579A.C. JEMOLO, *loc. ult. cit.*

580«Dotato di preclaro ingegno, unito a costante applicazione allo studio in tutta la sua lunga vita, favorito dalle circostanze della sua carriera ecclesiastica, che gli ha fatto percorrere molti importanti uffici curiali, da quello di avvocato concistoriale fino al sommo pontificato, Benedetto XIV resta uno dei più grandi canonisti e legislatori della Chiesa.» Così L. OLIGER, *Benedetto XIV*, in *Enciclopedia cattolica*, II, cit., pag.1283.

seguiti da rogito notarile o da istanze al Tribunale arcivescovile «contro la parte che ricusava una celebrazione nella forma tridentina, accusandola di mancare di fede dopo contratto matrimonio avanti a Dio e alla Vergine.» Eletto Pontefice, già dall'anno successivo la sua elevazione (1741), Papa Lambertini diede impulso ad importanti riforme in materia matrimoniale, volte a garantire l'effettività della forma tridentina in tutto l'Orbe. La prima costituzione, strettamente connessa alle altre costituzioni dedicate alle altre Chiese orientali *sui juris*⁵⁸¹ e intitolata *Etsi pastoralis*⁵⁸², atteneva ad un problema italiano, e cioè quello inerente ai matrimoni degli italo-albanesi del meridione (Calabria, Puglia e Sicilia), cui la forma tridentina non era mai stata estesa, probabilmente sulla base della secolare tradizione orientale che attribuiva efficacia pressochè costitutiva alla benedizione sacerdotale. Il 3 novembre successivo, la costituzione apostolica *Dei miseratione* istituiva il principio della doppia sentenza conforme nel processo matrimoniale canonico, destinato ad operare (seppur temperato) fino all' 8 dicembre 2015.

Se possibile ancor più rilevante è la c.d. "*declaratio benedictina*"⁵⁸³ del giorno seguente, data su istanza del Vescovo di Ypres. Con una svolta epocale il Pontefice, accertata la fondatezza del rilievo del Van Espen sulla validità canonica dei matrimoni contratti nei Paesi Bassi tra protestanti (o con protestanti) avanti al magistrato civile⁵⁸⁴, ne dichiarava la validità (pur condannando e deprecando le unioni *in mixta religione*)⁵⁸⁵. Ma è con l'enciclica del 17 novembre dello stesso anno, intitolata *Satis vobis compertum* che Benedetto XIV interviene con forza per reprimere quegli abusi che avevano rischiato di porre nel nulla la riforma tridentina: vengono infatti ristrette le maglie per la dispensa dalle pubblicazioni o dalla celebrazione avanti il parroco proprio, si invitano i pastori a procedere ad investigazioni circa coloro che richiedono la celebrazione segreta, in

581 La Chiesa maronita aveva già accettato il *Tametsi* con la sinodo di Kannubin del 1580 ma è solo con la Sinodo libanese del 1736 che la riforma tridentina entrerà in vigore in quei luoghi (senza però obbligare nel momento in cui avessero contratto fuori dal territorio patriarcale o, in qualunque luogo, con acattolici, battezzati o meno). I ruteni invece, con il concilio provinciale di Cobryn (1626) avevano condannato i matrimoni clandestini e con la Sinodo di Zamosc del 1723 avevano assunto definitivamente la forma latina delle nozze. *Ibidem*.

582 «8.1 *Curent Ordinarii locorum, ut decretum sacri generalis Concilii tridentini de reformatione matrimonii vertatur in linguam graecam vulgarem, et in lociis et parochiis graecorum et albanensium, quoties expedire viderint, evulgetur et publicetur. 11. Matrimonium inter maritum latinum et graecam mulierem latine coram parrocho latino contrahatur: inter maritum verum graecum et mulierem latinam potest contrahi vel graece, coram parrocho graeco, duobus vel tribus testibus praesentibus, vel latine, coram parrocho latino, ubicumque maritus graecus voluerit. 12. Eius autem loci ac ritus parrochus debet assisterem ubi et quo ritu matrimonium contrahitur.*» Disposizioni poi attuate dalle sinodo diocesane, permettendo ai parroci greci, nei luoghi in cui mancasse la parrocchia di rito latino, di assistere validamente al matrimonio di marito latino e moglie greca. V. G. KADZIOCH, *Il ministro...*, cit., pag. 90.

583 Il nome "ufficiale" era quello di *Litterae apostolicae sub plumbo datae "Matrimonia"*.

584 A garantire la possibilità per i cattolici di contrarre senza comparire avanti al pastore protestante, le Province unite avevano introdotto, già dal 1580, il matrimonio civile. V. *Infra*, parte II, cap. 2.

585 Strettamente connesse a questa dichiarazione sono il Breve *Redditae sunt*, del 17 settembre 1746 inviata al carmelitano scalzo Padre Paolo Simone di San Giuseppe, con il quale si dichiaravano nulle le unioni tra cattolici che nelle Province unite contraessero senza l'osservanza della forma tridentina e l'istruzione di Clemente XIII del 1765, con la quale si estendevano i precetti lambertiniani alla Diocesi Breslavia. V. J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 229 e A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel...*, cit., pag. 45.

particolare «*qualitatis, gradus et conditionis sint, quae id probe exposcant; an sint sui vel alieni iuris; an filii familias, quorum nuptiae patri iuste dissentienti invisae*»⁵⁸⁶, condannando con veemenza chierici costituiti negli ordini minori in possesso di benefici o prebende che attentassero il matrimonio; quanto al ministro, nel caso di nozze segrete, si scegliesse quello che avesse avuto più consuetudine con uno dei nubendi, salva la facoltà di designarne un terzo di provata rettitudine e dottrina. A maggiore garanzia veniva quindi istituito il libro dei matrimoni segreti da custodirsi diligentemente presso la curia vescovile, il cui uso era permesso solo per le trascrizioni di altri matrimoni segreti o quale prova in giudizio. Nè veniva trascurata la necessità di procedere al battesimo della prole, con facoltà di omettere i nomi dei genitori, purchè la notizia venisse immediatamente data al vescovo. In caso di omissione la pena era la divulgazione del matrimonio⁵⁸⁷. Ulteriori provvedimenti si hanno verso la metà del Pontificato lambertiano, con la bolla *Apostolici ministerii* del 16 settembre 1747, esplicante la dottrina del privilegio paolino in merito agli ebrei convertiti e il breve *Singulari nobis* del 9 febbraio 1749, sancente la necessità di rinnovazione del consenso nel caso di matrimonio tra un ebreo ed un eretica, in caso di conversione dell'uno o abiura dell'altro.⁵⁸⁸

Quanto alla pressante disputa circa la distinzione tra contratto e sacramento nel matrimonio, la posizione del pontefice fu apparentemente ambigua: infatti, nella propria opera privata⁵⁸⁹ "*De synodo diocesana*" era apparso indeciso sulla posizione da assumere nei confronti della teoria del Cano sul sacerdote-ministro, con tutte le conseguenze che da ciò potevano derivare. Rilevando «*quod praesentia parochi necessaria sit ad vires tribuendas Christianorum connubiis, recruduit quaestio, iam a nonnullis excitata, an scilicet ille sit sacramenti matrimonii minister*»⁵⁹⁰. Per l'Autore, in merito tanto alla dottrina tradizionale, quanto a quella del domenicano, «*solidiora fundamenta innuimus, non animo quaedam inducendi ad unam aut alteram amplectenda*»⁵⁹¹, per

586 BENEDICTUS P.P. XIV, *Litt. Enc. Satis vobis compertum*, in F. TERZAGO, *Istruzione pratica sopra agli impedimenti matrimoniali*, II, Venezia, 1778, pag. 543-544.

587 *Ibidem*, pag. 545-546.

588 *Amplius* v. A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel...*, cit., pag. 46.

589 Spesso si tende ad omettere (o a dare per scontata) la natura privata delle opere che alcuni Pontefici (soprattutto i più insigni per scienza giuridica o teologica) hanno redatto, senza avvalersi delle prerogative del proprio ufficio e si cerca di attribuirvi un valore magisteriale che non hanno e che non possono avere. Esempi recenti si sono avuti con i libri sulla vita di Gesù redatti da Josef Ratzinger, già ascenso al soglio di Pietro con il nome di Benedetto XVI o con alcuni passi estrapolati dalle opere dello stesso, scritte quando era semplice professore di teologia. Questa distinzione è attestata, combinazione vuole, dallo stesso M. CANO, *De locis theologicis libri duodecim*, Lovanio, 1564, pag. 399: «*Illud potius sumit, errorem esse duplicem, alterum personalem, alterum iudiciale. Nec enim scholae propria vocabula, etiamsi minus latina sint, aversari debemus, sed malle, quod Augustinus ait, apertos quam nitidos habere sermones. Error itaque personalis privatus est cuiusque error; iudicialis est publicus. Edidit Innocentius huius nominis IV in libros decretalium commentaria; si in his quicquam errati est, hominis nimirum est, non pontificis, quamvis ea commentaria a pontifice edita sint. Ac si idem Innocentius in iudicio de fidei quaestione definiret quidpiam, quod revera falsum esset, iam hic error a publico Ecclesiae censore proficisceretur essetque proinde iudicialis.*»

590 P. LAMBERTINI, *De synodo diocesana libri tredecim*, I, Roma, 1767, pag. 264 ss.

591 *Ibidem*, pag. 268.

conseguenza invitando le sinodo diocesane a mantenersi immuni dalla disputa. Certo è tuttavia corretto il rilievo del Gerpe⁵⁹², che ritiene lontano dalla dottrina ecclesiastica sull'inseparabilità assoluta tra i due aspetti del negozio, l'affermazione del Lambertini secondo cui «aun suponiendo que pueda haber contrato matrimonial perfecto sin que alcance la dignidad de sacramento, tal contrato es inválido, si no se ajusta a la forma prescrita en Trento, allí donde el decreto del Concilio fue promulgado y recibido, porque *"tridentina synodus non sacramentum modo, sed contractum ipsum irritum disserte pronunciat"*.» Queste affermazioni sono tuttavia temperate dalla solenne affermazione circa la giurisdizione ecclesiastica esclusiva sulle cause matrimoniali⁵⁹³, salve quelle questioni solo indirettamente riferibili al coniugio, vertenti su materia meramente temporale, espressa tramite una significativa distinzione circa i rapporti tra i due ordinamenti: le leggi civili potevano essere approvate, corrette o riprovate dai canoni, con conseguente conformazione del giudice in merito alla loro applicabilità ma, nel caso il diritto della chiesa tacesse «*si rem spectent profanam, neque ulla ex parte sacris canonibus adversentur, tacite approbatae videntur, unde fit, ut iudex ecclesiasticus, sententiam prolaturus de quaestione super re mere temporali, de quo nihil a iure canonico reperiatur decisum, non solum possit, sed debeat iuri civili se conformare.*» Dunque, nel silenzio della normazione canonica, era dovere del giudice ecclesiastico conformarsi al diritto civile nella soluzione di quelle questioni accessorie, che gli erano devolute unitamente alla causa matrimoniale.

Ad ogni buon conto, come sopra anticipato, la natura privata dell'opera in questione non permette di sollevare alcun dubbio circa la continuità del Magistero romano in merito alla inseparabilità tra contratto e sacramento, basata sull'argomentazione che siano i nubenti (e non il sacerdote) ad essere ministri del sacramento. Ciò è testimoniato dalla costituzione apostolica "*Paucis*", promulgata dallo stesso Benedetto XIV al tramonto del suo pontificato (19 marzo 1758), nella quale è chiaramente affermato che «*legitimus contractus materia insimul et forma est sacramenti matrimonii, mutua nempe ac legitima corporum traditio verbis ac nutibus interiorem animi assensum exprimentibus materia, et mutua pariter ac legitima corporum acceptatio forma*»⁵⁹⁴, con ciò dimostrando che l'interpretazione autentica della Chiesa non aveva fatto propria la dottrina del Cano sul Sacerdote ministro (con le sue conseguenze circa materia e forma del sacramento).

592M. GERPE GERPE, *La potestad...*, cit., pag. 60.

593P. LAMBERTINI, *De synodo diocesana...*, cit, pag. 306 ss. «*Quia porro matrimonium fidelium, etsi contractus civilis sit, est tamen a Christo domino elevatum ad dignitatem sacramenti, idcirco causas matrimoniale ad iudices ecclesiasticos spectare, pronuntiatio anathemate in contradicentes, definivit Tridentinum. [...] Tria sunt causarum matrimonialium genera. Aliquae versantur circa initi coniugalius foederis firmitatem, et hae, nullo catholicorum contradicente, in solo foro sunt pertractandae [...] Aliae sunt causae excitatae aut super validitate sponsalium, aut super iure statuendi divortium quoad thorum et cohabitationem, et istae pariter, ob illum respectum quem habent ad matrimonii sacramentum, ad solum iudicem ecclesiasticum deferuntur. Aliae demum sunt causae quae connexionem quidem habent cum matrimonio, sed res mere politicas et temporales directe atque immediate respiciunt, uti sunt lites, quae frequenter moventur super dote, donatione propter nuptias, haereditaria successione, alimentis et similibus; et istas ad iudices seculares pertinere, ex communi doctorum sensu.*»

594Citata in F.X. WERNZ, *Ius canonicum*, V, cit., pag. 52, nota 96, con ampia contestazione di coloro che si opposero a questa asserzione sulla base del citato *De synodo diocesana*.

I Pontificati di Clemente XIII e Clemente XIV non importarono alcuna rilevante novità in materia, con l'eccezione del breve *Quantopere*, dato dal Rezzonico il 16 novembre 1763 all' arcivescovo di Strasburgo, cardinale di Rohan, nel quale veniva condannata la legislazione francese che ammetteva i matrimoni misti, viste le perniciose influenze che questi potevano avere circa l'educazione cattolica della prole che, disorientata, correva il grave rischio di cadere nell'indifferentismo religioso. E' tuttavia con Pio VI che viene a chiudersi l'era del giurisdizionalismo, attraverso lo scontro relativo ai canoni della Sinodo di Pistoia (1786).

Dato che l'argomento sarà ampiamente trattato nella parte di questo lavoro dedicata agli stati preunitari, in questa sede sarà sufficiente rammentare brevemente come l'enciclica *Satis vobis* del 29 agosto 1794 abbia condannato come falsa la proposizione secondo la quale gli sponsali propriamente detti avrebbero dovuto essere soggetti alla legge secolare, (essendo considerati negozi di mero diritto civile) e come eretica quella di derivazione gallicana nella quale si rivendicava al Principe il diritto di stabilire impedimenti dirimenti, avendo la Chiesa tale diritto solo grazie all'assenso di questi⁵⁹⁵. L'enciclica, nonostante l'importanza delle definizioni magisteriali in essa contenute, volte a condannare definitivamente giansenismo e febronianismo, ebbe tuttavia un impatto pratico molto relativo, in quanto la rivoluzione francese e il trionfo della normazione codiciale giusnaturalista avrebbero completamente cambiato l'approccio statale alla materia matrimoniale.

3 – Il XIX secolo.

Il radicale sovvertimento della concezione dell'istituto matrimoniale provocato dalla rivoluzione francese attraverso l'art. 7 della seconda parte della costituzione repubblicana 3-14 settembre 1791, ai sensi del quale "la loi ne considère le mariage que comme contrat civil" comportò, come già anticipato, la rapida obsolescenza della *Auctorem fidei* e la riproposizione delle questioni che Pio VI aveva già affrontato nel breve dell' 11 giugno 1789 al vescovo di Eger, nel quale era ribadita la prescrizione di Benedetto XIV⁵⁹⁶ circa la nullità canonica di un vincolo meramente civile contratto tra battezzati. Gli interventi del Braschi si caratterizzavano dunque per la strenua difesa della potestà della Chiesa sui vincoli *inter baptizatos* e per un'altrettanto costante battaglia avverso la secolarizzazione e laicizzazione del vincolo, gravide di pericoli per la sacralità e l'indissolubilità del vincolo. Quale risposta a tali minacce la tendenza del Pontefice sarebbe per una dichiarazione della giurisdizione esclusiva della Chiesa circa *tutte le cause matrimoniali*⁵⁹⁷, a partire proprio dalla sacramentalità del matrimonio, invertendo così il classico ragionamento secondo il quale la Chiesa giudicava del contratto in quanto indissolubilmente legato all'elemento sovranaturale, conferente la

⁵⁹⁵ A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel...*, cit., pag. 46.

⁵⁹⁶ Breve *Redditae sunt* del 17 settembre 1746, cit.

⁵⁹⁷ Ivi comprese, dunque, quella su questioni meramente civili che il Lambertini del *de synodo diocesana* considerava di *doverosa* competenza temporale.

Grazia: tuttavia un accenno a questa idea si trova soltanto in una lettera privata⁵⁹⁸ e l'aggravarsi della situazione politica, con la prigionia e la morte di Pio VI sul suolo francese, renderanno impossibile un approfondimento magisteriale del punto. Sarà quindi compito dell'omonimo successore fornire «une lumière au debat en question»⁵⁹⁹. Uscito eletto dall'ultimo conclave svoltosi lontano da Roma⁶⁰⁰, dovendosi confrontare con la volitiva personalità del Buonaparte, Pio VII si vide costretto alla sottoscrizione di un concordato con la Francia (destinato ad avere vigore, con qualche modifica, anche nei territori italiani assoggettati direttamente all'Impero francese), nel quale non vengono fatti diretti richiami al matrimonio, ma a cui Napoleone aggiungerà di propria iniziativa degli "Articoli organici", in guisa di regolamento attuativo unilaterale, che al titolo II di fatto abrogano la giurisdizione ecclesiastica, mentre all'art. 54, inserito nel titolo III, fanno assoluto divieto ai parroci di fare precedere la celebrazione ecclesiastica a quella civile, così sancendo la subalternità dello scambio dei consensi *in facie Ecclesiae* e la sua irrilevanza ai fini del diritto dello Stato. Il Concordato con la Repubblica italiana⁶⁰¹ sarà invero maggiormente favorevole alla Santa Sede, venendovi garantito che nessun parroco sarebbe stato costretto a celebrare nozze di soggetti canonicamente impediti⁶⁰² (art. 14), tuttavia senza che ciò determinasse una distensione dei rapporti. Rilevate le reiterate violazioni (od interpretazioni estensive unilaterali) dei concordati da parte del Buonaparte, il Pontefice si vide più volte costretto a protestare, in particolare con allocuzioni concistoriali: tra queste spiccano quelle del 16 marzo e dell'11 luglio 1808⁶⁰³, nelle quali si attaccano le leggi in tema di divorzio ed impedimenti

598J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 336. *Epistola Deessemus nobis*, del 16 settembre 1788, riportata da M. GERPE GERPE, *La potestad...*, cit., pag. 116: «*Ignotum nobis non est quosdam adesse, qui saecularium principum auctoritati plus nimio tribuentes et verba huius canonis (12 de matrimonio) captiose interpretantes, illud defendendum susceperunt, ut, quoniam Tridentini patres hac dicendi formula usi non fuerint: ad solos iudices ecclesiasticos aut omnes causas matrimoniales, potestatem reliquerint iudicibus laicis cognoscendi saltem causas matrimoniales quae sunt meri facti. Sed scimus etiam hanc captiunculam et falax hoc cavillandi genus omni fundamento destitui. Verba enim canonis ita generalia sunt, omnes ut causas comprehendant et complectantur. Spiritus vero sive ratio legis adeo late patet, ut nullum exceptioni aut limitationi locum relinquat. Si enim hae causae non alia ratione pertinent ad unum Ecclesiae iudicium, nisi quia contractus matrimonialis est vere et proprie unum ex septem Legis evangelicae Sacramentis, sicut sacramenti ratio communis est omnibus causis matrimonialibus, ita omnes causae spectare unice debent ad iudices ecclesiasticos.*

599J. B. SEQUEIRA, *loc. ult. cit.*

600E precisamente a Venezia, nell'isola di San Giorgio maggiore, recentemente annessa ai domini absburgici. «Il conclave di Venezia si protrasse per centoquattro giorni. Sui quarantasei porporati in vita solo trentacinque vi presero parte. [...] Il 14 marzo 1800, all'unanimità dei voti eccetto il suo, il cardinale Chiaramonti fu eletto papa e assunse il nome di Pio VII in segno di riconoscenza e di fedeltà nei confronti del suo predecessore. P. BOUTRY, *Pio VII*, in *Enciclopedia dei Papi*, III, Roma, 2000, pag. 515.

601 A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel...*, cit., pag. 48.

602A garanzia in particolare dell'*impedimentum ordinis*. In realtà non si trattava di una concessione ma della mera *perpetuatio* della Legge organica per il clero italiano, datata 27 gennaio 1802 e la cui attuazione era garantita dall'istituzione del Ministero degli affari di culto in data 23 giugno dello stesso anno. Norma siffatta sarà costantemente invocata successivamente all'introduzione del matrimonio civile italiano unitario, senza mai trovare approvazione. V. *Infra*, parte II.

603J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 339-340: «*Compertum est vobis quot, quantaque et scripto et ore tenus conati sumus, ut leges, decreta, ordinationes abrogentur, quibus utrumque tum Gallicum, tum*

matrimoniali. Ma anche nella, pur limitata, corrispondenza con l'episcopato il Papa ribadisce il proprio pensiero, come nel breve inviato l' 8 ottobre all'arcivescovo di Magonza (nel quale «denuncia de nuevo la nulidad de las sentencias civiles sobre el matrimonio, interpretando en sentido exclusivo el canon 12 del Tridentino»⁶⁰⁴) e nella lettera al Nunzio a Varsavia in merito alla nullità canonica dei matrimoni civili, già più volte ribadita dagli immediati predecessori.

Ciò non ostante, per trovare il più importante contributo alla materia matrimoniale del pontificato chiaramontiano⁶⁰⁵, bisogna attendere la Restaurazione e la riviviscenza delle legislazioni di stampo prettamente giurisdizionalista, ancorate alla dicotomia contratto-sacramento. L'Istruzione, data da quella che ancora era ufficialmente denominata "romana ed universale inquisizione", il 6 luglio 1817 e indirizzata al Prefetto apostolico della Martinica⁶⁰⁶, trattava dell'attuazione in quelle terre di missione del *Tametsi*, anche in correlazione al divorzio civile: nella sua seconda parte, questo importante documento, affronta il tema della distinzione tra le due nature del legame matrimoniale «parce que, selon le texte même, cette distinction est utilisée abusivement par le pouvoir séculier comme base des lois civiles du divorce»⁶⁰⁷, le quali erano da considerarsi prive di forza obbligatoria, nella loro qualità di "*corruptio legis*"⁶⁰⁸. Per il Sant'Uffizio la disciplina divorzistica prendeva le mosse dall'abusiva attribuzione al potere temporale della facoltà di scindere il momento contrattuale da quello sacramentale⁶⁰⁹, arrogandosi financo la possibilità di stabilire la durata del primo, come se ciò spettasse «*pleno jure*» alla potestà secolare. La sanzione è massima: «*Haeresis igitur est, sacramentum matrimonii a matrimonii contractu per modum regulae et absolute seiungere*»⁶¹⁰, ribadendosi la dottrina "classica" circa l'inseparabilità dei due aspetti del vincolo e, dunque, fornendo *interpretazione autentica* degli ambigui canoni tridentini, con lo scopo di colpire giansenisti, gallicani e giuseppinisti. Con questo documento la Santa Sede vuole «défendre et justifier son pouvoir sur le mariage tout entier»⁶¹¹, ponendo la vera pietra angolare della costruzione che confluirà nel canone 1012 *vet. cod.* e nel can. 1055 § 2 della vigente codificazione. Conseguentemente, se lo Stato intendeva portare il dibattito a livello politico, gli anatemi della suprema congregazione, seppur sostanzialmente

Italicum concordatum plane eversum est... organicis legibus vulneratum... Compertum est vobis et quoties, et quam graviter conquesti simus tum de legibus matrimoniorum atque divortii tum de cumpluribus aliis, et ab evangelio abhorrentibus, et contra ecclesiasticas constitutiones... et ecclesiasticae disciplinae et auctoritatis huius Sanctae Sedis, ac episcoporum detrimento, contemptu.»

604M. GERPE GERPE, *La potestad...*, cit., pag. 117.

605Non si fa cenno, in questa prima parte dedicata esclusivamente alla legislazione canonica strettamente ecclesiastica, dei progetti di codificazione che saranno approntati su iniziativa del Cardinale Consalvi, segretario di stato di Pio VII; attenendo questi alla funzione di sovrano temporale del Papa, saranno trattati nella Parte II.

606P. GASPARRI (a cura di), *Codicis Iuris Canonici fontes*, IV, Città del Vaticano, 1951, pag. 135 ss., n. 855.

607J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 341.

608P. GASPARRI (a cura di), *Codicis Iuris Canonici fontes*, IV, cit., pag. 137.

609Testualmente: «*Abusus tristissimae distinctionis contractus matrimonii et Sacramenti matrimonii...*»

Ibidem.

610*Ibidem.*

611J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 343.

ignorati, serviranno a ricordare come per i cattolici il matrimonio non possa (e non potrà mai) essere ridotto a mero contratto civile.

Morto Pio VII il 20 agosto 1823, i suoi tre successori nel Pontificato, Leone XII, Pio VIII e Gregorio XVI, proseguiranno nella strada tracciata dal Papa cesenate⁶¹². Il primo, esponente della reazionaria fazione degli "zelanti", avrà modo di riaffermare la potestà esclusiva della Chiesa in materia, con alcuni interventi, invero non innovativi⁶¹³; il secondo, nel corso del suo brevissimo pontificato (31 marzo 1829 - 30 novembre 1830), emanò una sola enciclica, la *Traditi humilitati nostrae*, espositiva del programma di governo: in essa Papa Castiglioni trovò modo di riaffermare la dottrina della Chiesa sulla sua esclusiva potestà in materia, oltre all'inscindibilità tra contratto e sacramento⁶¹⁴. Il bellunese Cappellari, sulla cui figura di sovrano temporale ci si soffermerà ampiamente, ebbe anch'egli modo di attaccare la costante secolarizzazione delle nozze, ancora con encicliche, divenute queste sempre più lo strumento "principe" di comunicazione dei Successori di Pietro con la Chiesa universale: qui rilevano in particolare la *Summo jugiter* del 27 maggio 1832⁶¹⁵, la *Mirari vos* del 15 agosto dello stesso anno⁶¹⁶, la

612M. GERPE GERPE, *La potestad...*, cit., pag. 117.

613In particolare l'Allocuzione del 17 novembre 1823 e l'Enciclica *Ut primum ad summi Pontificatus*, vero e proprio manifesto del suo governo datata 3 maggio 1824.

614 Giudicata all'epoca in termini molto favorevoli per il calore pastorale che emanava, l'enciclica di Pio VIII così si esprimeva testualmente: «[...] per la natura de' tempi, in che ci abbattemmo, giudichiamo bene di raccomandare più caldamente che possiamo al vostro zelo per la salute delle anime questa cosa ancora: ella è, che premurosi della santità del Matrimonio, ispiriate nel vostro gregge una riverenza sì forte di quello, che mai non si commetta nulla che la dignità avviliisca di questo gran Sacramento; mai nulla, che alla integrità inviolabile del talamo disdica; mai nulla infine, che svegli alcuna dubbietà intorno alla perpetuità del vincolo conjugale. Or questo allora solamente avverrà, quando il popolo Cristiano sia con accuratezza ammaestrato, che il Matrimonio regolare si debbe a norma non pure della umana, ma e della legge divina; che esso non ha da essere considerato come cosa terrena, ma sacra; e che perciò esso rimane onninamente sottoposto alla Chiesa di Dio. Perocchè quella alleanza maritale, che prima ad altro non mirava che ad aver prole, ed allevarla pel secolo, ora, sendo stata da Cristo nostro Signore innalzata alla dignità di Sacramento, e di doni celesti arricchita, dando la grazia alla natura la perfezione, non tanto si gode d'aver da sè figliuolanza, quanto di poterla allevare per Dio, e per la Religione divina; e così di propagare si studia adoratori del Nume verace. Conciossiachè egli è manifesto, e certo che questa union maritale, di che l'autore è Dio, significa quella eterna, e somma unione che vi ha tra Cristo Signore, e la Chiesa; e questa strettissima società di marito e moglie è dessa un vero Sacramento, vale a dire un sacro segno di quell'amore eterno, che Cristo porta alla Chiesa sua Sposa. È forza pertanto che così sieno i popoli ammaestrati, e che loro si spieghi e quello che fu colle regole della Chiesa, e co' Decreti dei Concilj prescritto su questo proposito, e quello che fu condannato, affinchè sappiano ciò eseguire che alla forza del Sacramento partiene, e non osino por mano temeraria a quello che la Chiesa già detestò; e qui con quella caldezza di affetto che possiamo maggiore, dalla vostra Religione chiediamo, che vogliate ciò condurre ad effetto con quella pietà, dottrina, e diligenza, che voi già vi avete.»

615«*At vero si nonnumquam contigerit, quod Deus avertat, ut monita et adhortationes huiusmodi in irritum cadant et catholicus aliquis vir recedere nolit a perverso suo consilio ineundi mixtas nuptias, non petita, seu non impetrata Ecclesiae dispensatione, vel debitis cautionibus seu earum aliqua praetermissa, tunc sane sacri pastoris officium erit, abstinere non solum a matrimonio ipso sua praesentia honestando, sed etiam a pramittendis eidem proclamationibus atque a dimissorialibus litteris concedendis. [...]*Nostis, venerabiles fratres, quanta ex divino iure sit firmitas matrimonialis vinculi, quod separari humana auctoritate non potest.» P. GASPARRI (a cura di), *Codicis Iuris Canonici fontes*, II, cit., pag. 743.

616«§ 12. Honorabile deinde christianorum connubium, quod sacramentum magnum noncupavit Paulus in

Comissum divinitus in data 17 maggio 1835, oltre all'epistola *Accepimus* dell' 8 febbraio successivo e all'Allocuzione *Officii memores*, tenuta il 5 luglio 1839. In esse la costante "antimoderna" appare come un vero e proprio *leitmotiv*, che non potrà non influenzare il pontificato del giovane successore.

Eletto il 16 giugno 1846, pur dimostrandosi per certi versi meno rigido del camaldolese suo immediato predecessore, Pio IX non esitò tuttavia mai nel difendere le prerogative della Sede apostolica in tema matrimoniale: tutt'al più le sue concessioni ebbero carattere politico ma, circa la potestà spirituale della Chiesa, egli si mantenne fermo sulle posizioni tradizionali, perseguendo anzi «la restauration intégrale des principes chrétiens dans la vie individuelle, familiale, sociale et politique.»⁶¹⁷ Questa disposizione del Pontefice ispirerà il suo agire per tutta la durata del suo pontificato⁶¹⁸ (per altro il più lungo della storia), ma sarà particolarmente forte dopo l'esilio provocato dall'esperienza della Repubblica Romana. Se già con l'enciclica *Qui pluribus*, del 9 novembre 1846, Papa Mastai aveva attaccato «les principes modernes visant à soustraire la philosophie, la science, la morale et la politique au contrôle de la religion»⁶¹⁹, è con l'enciclica *Multiplices inter* del 10 giugno 1851 che si apre l'autentica offensiva pontificia contro quella radicale secolarizzazione del matrimonio che, da più parti, già si invocava in Italia⁶²⁰. Quanto anticipato in detta missiva apostolica venne altresì specificato per mezzo dell'allocuzione *Acerbissimum vobiscum* (27 settembre 1852), nella quale il Papa condannava nuovamente la teoria della separabilità tra contratto e sacramento, ribadendo che «*inter fideles matrimonium dari non posse quin uno eodemque tempore sit sacramentum*»⁶²¹, con ciò rivendicando «*Ecclesiae potestatem ea omnia decernere, quae ad idem matrimonium quovis modo possunt pertinere.*» Alla luce di questa allocuzione non appare certo un caso che il Papa si fosse rivolto solo pochi giorni prima (9 settembre 1852) a Vittorio Emanuele II, rammentandogli i suoi doveri di Sovrano cattolico (cfr.

Christo et in Ecclesia, communes Nostras curas efflagitat, ne quid adversus ipsius sanctitatem, ac de insissolubili eiusdem vinculo minus recte sentiatur, vel tentetur induci. Impense id iam commendarat suis ad vos litteris felicitis recordationis praedecessor noster Pius VIII. Adhuc tamen infesta eidem molimina succrescunt. Docendi itaque sunt sedulo populi, matrimonium semel rite initum dirimi non posse, nexisque connubio Deorum indidisse perpetuam vitae societatem, nondum necessitudinis, qui exsolvi, nisi morte non possit.» Ibidem, pag. 748.

617J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 349-350.

618J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 318.

619J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 352.

620«3. [...] *potestatem, qua Ecclesia donata est a suo Divino institutore, stabiliendi impedimenta Matrimonium dirimentia a principibus terrae dimanare tuetur, eamque Christi ecclesiam sibi arrogasse impie affirmat.*» P. GASPARRI (a cura di), *Codicis Iuris Canonici fontes*, II, cit., pag. 855.

621Riportato da M. GERPE GERPE, *La potestad...*, cit., pag. 117, in P. GASPARRI (a cura di), *Codicis Iuris Canonici fontes*, II, cit., pag. 877. Cfr. nuovamente can. 1012 *vet. cod. e* can. 1055 §2 c.i.c. Il tema è così descritto da J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 362. «Toute l'allocution est consacrée à la situation en Nouvelle-Granade, Colombie. [...] Il fit référence à un decret du gouvernement qui allait totalement contre la dignité et la sainteté du sacrement de mariage, ignorant sa nature et son institution divine, et méprisait l'autorité de l'Eglise. En outre, le dit décret du gouvernement, poursuivait le pape, suivait les erreurs des hérétiques déjà condamnées, et contradisait la doctrine de l'eglise en ne considérant le mariage que comme contrat civil, permettant le divorce en certain cas, et réservant toutes les causes matrimoniales aux tribunaux laïcs.»

art. 1 stat. alb.), con una lettera della quale ci si occuperà nel dettaglio quando si tratterà dei tentativi di introdurre il matrimonio civile nel Regno subalpino tra il 1850 e il 1852⁶²².

La reazione all'impressionante avanzata del matrimonio civile non limiterà l'azione della Santa Sede ai discorsi ma la porterà sul terreno politico, con una serie di accordi volti a tutelare i diritti dei *Christifideles* in materia matrimoniale: tra questi i principali sono la convenzione con la Russia del 3 agosto 1847 (in particolare a tutela dei cattolici polacchi sudditi del c.d. "Regno del congresso) e, soprattutto, il Concordato con l'Austria del 1855, su cui ci si soffermerà diffusamente a causa della sua vigenza nel Lombardo-Veneto, abrogativo della legislazione giuseppinista ma destinato ad avere breve vita.

L'incalzare degli eventi (ivi compresi il successo della II guerra di indipendenza, e la perdita delle legazioni umbre, marchigiane e romagnole), collocarono definitivamente Pio IX su posizioni "reazionarie" che si esterneranno già nell'Allocuzione *Multis gravibusque* del 17 dicembre 1860; seppur riferita direttamente al ducato del Baden, indirettamente essa toccava anche problemi italiani (in particolare l'esilio dei vescovi borbonici), richiamando anche le provincie già pontificie, nelle quali si cercava di secolarizzare radicalmente la legislazione matrimoniale⁶²³.

Il moltiplicarsi di concreti casi necessitanti interventi diretti del Romano Pontefice per ribadire la dottrina cattolica importò che la suprema autorità ecclesiastica dovesse intervenire con un monitorio "generale" di radicale condanna delle dottrine liberali; si fa naturalmente riferimento all'enciclica *Quanta cura* (8 dicembre 1864) e all'allegato *Syllabus errorum*⁶²⁴, nel quale i punti da 66 a 64 sono dedicati al matrimonio, fornendo un valido sunto della posizione della Sede Apostolica⁶²⁵ verso tutte le proposizioni che, a

622In questa sede sarà sufficiente ricordare che detta lettera è riportata in P. GASPARRI (a cura di), *Codicis Iuris Canonici fontes*, II, cit., pag. 869 mentre l'argomento viene diffusamente trattato da E. VITALE, *Il tentativo di introdurre il matrimonio civile in Piemonte (1850-1852)*, Roma, 1951 e in A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Torino, 1948.

623«*Denique promulgatum in Umbria decretum, quo matrimonium nuncupatum ab Apostolo magnum Sacramentum peculiaribus civilibus disciplinis illagatur, ac ferme subtrahitur ab Ecclesiae potestate, eo fortasse consilio ut postea civilibus dumtaxat subdatur legibus, eaque ratione, quod deus avertat, legalis invehatur concubinatus cum extremo animarum detrimento.*» P. GASPARRI (a cura di), *Codicis Iuris Canonici fontes*, II, cit., pag. 939.

624Ibidem, pag. 993 ss.

625«66. *Matrimonii sacramentum non est nisi quid contractui accessorium ab eoque separabile, ipsum sacramentum in una tantum nuptiali benedictione situm est.* 67. *Iure naturae matrimonii vinculum non est indissolubile et in variis casibus divortium proprie dictum auctoritate civili sanciri potest.* 68. *Ecclesia non habet potestatem impedimenta matrimonium dirimentia inducendi, sed ea potestas civili auctoritati competit, a qua impedimenta existentia tollenda sunt.* 69. *Ecclesia sequioribus saeculis dirimentia impedimenta inducere coepit, non iure proprio, sed illo iure usa, quod a civili potestate mutuata erat.* 70. *Tridentini canones, qui anathematis censuram, illis inferunt, qui facultatem impedimenta dirimentia inducendi Ecclesiae negare audeant, vel non sunt dogmatici vel de hac mutuata potestate intelligendi sunt.* 71. *Tridentini forma sub infirmitatis poena non obligat, ubi lex civilis aliam formam praestituat et velit hac nova forma interveniente matrimonium valere.* 73. *Vi contractus mere civilis potest inter Christianos constare veri nominis matrimonium, falsumque est, aut contractum matrimonii inter Christianos semper esse sacramentum, aut nullum esse contractum, si sacramentum excludatur.* 74. *Causae matrimoniales et sponsalia suapte natura ad forum civile pertinent.*» P. GASPARRI (a cura di), *Codicis Iuris Canonici fontes*, II, cit., pag. 1009, M. GERPE GERPE, *La potestad...*, cit., pag.

partire da Lutero e passando per il giurisdizionalismo più spinto, erano confluite nella dottrina liberale edificatoria del "matrimonio borghese" (per usare la felice definizione del Gaudemet); costruzione giuridica, questa, che sarà nuovamente condannata nell'*Epistola* al Vescovo di Ghent (Belgio) del 1° dicembre 1875, relativa alla legge che imponeva la priorità della celebrazione civile rispetto a quella cattolica, sul modello del napoleonico "articolo organico" 54.

Le preoccupazioni del Santo Padre, espresse a livello generale nel Sillabo, erano proprie anche della quasi totalità dell'episcopato, come attestano da un lato l'"Istruzione" della Sacra Penitenzieria del 15 gennaio 1866, dall'altra i progetti delle commissioni preparatorie del Concilio Vaticano I.

Il tribunale del foro interno era stato infatti investito più volte della questione inerente l'obbligatorietà del matrimonio civile nei paesi che l'avevamo introdotto, nei quali le nozze meramente ecclesiastiche con la nullità agli effetti della legge statale, da cui conseguivano l' illegittimità dei figli e il mancato acquisto da parte di questi e del coniuge dei diritti successori, con annessi seri problemi per la coscienza dei fedeli e per l'episcopato. Il matrimonio civile, tra l'altro, era dal primo gennaio di quell'anno vigente anche nel regno unitario, e dall'istruzione traspare altresì «la susceptibilité de la Sainte-Siège quand il s'agit de son introduction en Italie en particulier.»⁶²⁶ La rigidità della posizione è tuttavia temperata dal rimedio, di chiara discendenza equitativa, per il quale «*tamen ad vexatione poenasque vitandas, et ob prolis bonum, quae alioquin a laica potestate ut legitima nequaquam haberetur, tum etiam ad polygamiae periculum avertendum, opportunum et expediens videtur, ut iidem fideles postquam matrimonium legitime contraxerint coram Ecclesia, se sistant, actum lege decretum executuri, ea tamen intentione (uti Benedictus XIV docet in Brevi diei 17 septembris anni 1746, Redditae sunt nobis, § Exposuistis), ut in sistendo se Gubernii officiali nil aliud faciant, quam ut civilem caremoniam exequantur.*»⁶²⁷ Anche la priorità delle nozze civili veniva condannata, insistendo sulla necessità di farle precedere dalla celebrazione religiosa, ammettendosi tuttavia «*et si qua coactio, aut absoluta necessitas, quae facile admittenda non est, eiusmodi ordinis invertendi causa esset, tunc omni diligentia utendum erit ut matrimonium coram Ecclesia quamprimum contrahatur, atque interim contrahentes seiuncti consistant.*»⁶²⁸

L'espansione di dottrine chiaramente contrarie all'ortodossia cattolica, connessa alla preoccupante dipendenza di una parte dell'episcopato dalle potestà secolari, frutto dei molti compromessi cui la Chiesa si era dovuta piegare per la propria sopravvivenza, aveva fatto maturare in Pio IX la convinzione che solo la Sede Romana potesse essere la guardiana indefettibile delle verità di fede: in tal guisa si comprende la strettissima connessione tra l'enciclica *Quanta cura*, pubblicata l' 8 dicembre 1864, e l'intenzione, rivelata due giorni prima ai cardinali della Congregazione dei Riti, di adunare un

118-119, A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel...*, cit., pag. 48.

626J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 371-372. «*Quem vocant civilem matrimonii contractum, eiusmodi malum haud amplius est quod Iesu Christi Ecclesia debeat trans Alpes deflare, sed et quod in hisce Italiae regionibus consitum, pestiferis suis fructibus christianam familiam societatemque minuitur inficere.*» P. GASPARRI (a cura di), *Codicis Iuris Canonici fontes*, VIII, cit., pag. 456.

627Ibidem, pag. 457.

628Ibidem, pag. 458.

Concilio ecumenico a due secoli di distanza dalla chiusura del precedente⁶²⁹, onde provvedere ai necessari provvedimenti interni della Chiesa, mentre questa «si trova impegnata nelle più grandi lotte che abbia dovuto sostenere.»⁶³⁰

Con queste premesse il tema matrimoniale non poteva restare fuori dal progetto della grande Assise, venendo inserito all'ordine del giorno della *Commissione teologico-dottrinale* preparatoria ad opera di Camillo Santori, docente al seminario romano e segretario di detto organo, nonchè «animateur de la réflexion sur le mariage»⁶³¹. Nelle sue cinquantasette riunioni (24 settembre 1867 - 30 dicembre 1870), la Commissione produsse quattro schemi di decreti, dei quali l'ultimo era dedicato al matrimonio. Base per la redazione fu la richiesta dei pareri dell'episcopato, i quali però «non furono chiesti in modo sistematico, ma man mano che le circostanze lo suggerivano»⁶³².

Eugenio Corecco, che ha approfondito magistralmente la storia di questa commissione e dei suoi rapporti con l'episcopato, ha avuto modo di rilevare che furono in particolar modo tre prelati a distinguersi per la precisione delle loro risposte e, precisamente, il Roskovany (sopra citato matrimonialista), il cardinale Pecci (futuro Leone XIII) e Ignazio di Senestréy Vescovo di Ratisbona. Il primo riaffermava la necessità di stabilire dommaticamente che i ministri del Sacramento erano gli stessi nubenti, con ciò corroborando la successiva richiesta di anatemizzare coloro che avessero sostenuto che la potestà di dettare impedimenti dirimenti non spettasse alla Chiesa, in via esclusiva e *jure divino*.⁶³³ Se il cardinale arcivescovo di Perugia fu più sintetico, limitandosi ad affermare «*neque omitti certe poterit strenua de matrimonio christiano dogmatis affirmatop, quod multimodis hodie, et praesertim post inductam ethnico more civilis coniugii celebratione, in sua sacramenti essentia et in suis ritibus ac disciplina a novatoribus dehonestatur*», il presule tedesco inviò una articolata risposta, che toccava tutti i punti sensibili, suggerendo opportuni rimedi di tipo pastorale, dogmatico, canonico e scientifico.⁶³⁴

629«Il 6 dicembre 1864, adunatasi in Vaticano, innanzi al Santo Padre la Congregazione de' Riti, dopo le preghiere di aprimento egli fece allontanare gli ufficiali di essa, cosa affatto insolita, e rimase solo per poco tempo coi cardinali che la componevano; indi richiamò gli assenti, e passò a trattar degli oggetti ad essa Congregazione pertinenti. Grande fu la curiosità degli esclusi; molte le congetture; ma nessuno colse nel segno. Solo quando fu tolto ai componenti la Congregazione il divieto di parlarne si poté sapere, che il grande Pontefice avea espresso a quei membri del sacro Collegio, da lungo tempo stargli in mente il pensiero di provvedere mediante un Concilio ecumenico agli straordinarii bisogni della Chiesa.» P.A. BALLERINI, *Il Concilio ecumenico vaticano*, Milano, 1880, pag. 19-20.

630 *Ibidem*, pag. 23-24.

631 J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 373.

632 E. CORECCO, *Il sacerdote ministro...*, cit.

633 Connesse a queste richieste erano la condanna del matrimonio civile e l'ammissione circa la tollerabilità, a determinate condizioni, dei matrimoni *in mixta religione*. *Ibidem*.

634 «*Mala ex civili matrimonio provenientia tum ex inductione falsae persuasionis fidelium de effectu istius matrimonii, tum ex obliteratione ideae matrimonii christiani et sacramentalis oriri possunt; quae mala eo maiora erunt, quo maior discrepantia inter impedimenta dirimentia. Quae iure ecclesiastico, et quae iure civili agnoscuntur; malorum magnitudo crescet, si legibus civilis vinculi matrimonialis dissolubilitas fovebitur, atque christiani fortasse plures, contractio civiliter matrimonio etiam ecclesiastice contrahere renuent. Hinc malis istis obviandum videtur: a) mediis pastoralibus, firmando fidem in cordibus christianorum, qua omnino tenendum est, matrimonium fidelium esse sanctum, et*

Ma fu nella XIII congregazione generale della commissione (14 maggio 1868) che il tema venne discusso al fine di predisporre uno schema di decreto da sottoporre al *plenum*. In proposito determinante fu il "voto" del citato Sartori, ben cinquantacinque dense pagine, nel quale vengono attaccate da un lato le dottrine, che si sono esaminate sopra, del De Dominis e del Launoy, dall'altro la teoria del Cano sulla figura del sacerdote ministro; di quest'ultima, in particolare, l'autore auspica una condanna da parte dell'Assise ecumenica, allo scopo di "blindare" l'anatemizzazione della scindibilità tra contratto e sacramento. All'uopo redasse sedici canoni contenenti pressochè tutte le dottrine eterodosse che erano emerse successivamente al tridentino e che giurisdizionalisti e liberali avevano posto alla base del loro pensiero.⁶³⁵ La commissione ritenne tuttavia di non potere sposare la linea "oltranzista" assunta dal Sartori, stabilendo piuttosto come criteri informanti la redazione del decreto l'omissione della

sacramentum novae legis, quod sancte tractandum est et suscipiendum; ingerendo deinde persuasionem pectoribus eorum, matrimonium quod vocant civile, nihil esse nusu conditionem, matrimonio omnino extrinsecam, quae non nisi ad effectus matrimonii etiam coram lege civili habendos poni debet; b) mediis dogmaticis, conferendo vim dogmatis doctrinae qua statuitur, inter sacramentum matrimonii et contractum, dum de fidelibus est sermo distingui non posse, sed omne matrimonium validum eo ipso esse sacramentum, neque concipi posse contractum matrimoniale validum, nisi qui secundum legem Dei et ecclesiae cui exclusive competit leges ferre et iudicare de rebus sacramentalibus, fuerit initus; c) mediis canonicis, enitendo ut impedimenta dirimentia ecclesiastica in quanto fieri potest, ad eum numerum reducantur, qui hodiernis legibus etiam civilibus quasi ubique agnoscitur; d) mediis scientificis, inducendo tractatores reum theologiarum, canonicarum, civilium, ut publicam aliquam ac omnibus fere communem creent persuasionem de vera relatione, quae inter sacramenta ecclesiae et legislationem civilem intercedere iure debet.» Riportato da E. CORECCO, *Il sacerdote ministro...*, cit., nota 13.

635«1. Matrimonii sacramentum esse quid contractui accessorium ab eoque separabile, aut in una dumtaxat nuptiali benedictione situm. 2. Christum non evexisse ad sacramenti dignitate matrimonium, seu ipsum coniugalem contractum qui consensu perficitur; 3. Vi contractus mere civilis posse inter christianos veri nominis matrimonium constare etsi sacramenti rationem non attingat. 4. Inter christianos extra sacramentum viri ac mulieris coniunctionem dari posse quae verum matrimonium sit, et non turpis ac exitialis concubinatus. 5. In christianorum coniugiis utriusque potestatis iura hisce limitibus circumscripta esse; ut sacramenti sanctitati Ecclesia consulat, contractus autem non nisi civilis auctoritatis legibus subsit. 6. Tridentini formam sub infirmitatis poena non obligare ubi lex civilis aliam formam praestituat, et velit hac nova forma interveniente matrimonium valere. 7. Christianorum coniugium non unice Ecclesiae subesse in iis quae vinculum respiciunt. 8. Civilem potestatem irritantes leges pro Christianis subditis ferendo, nullum atque irritum quoad vinculum, matrimonium ipsorum reddere posse. 9. Canones 3.4 sess. 24 Concilii tridentini non dogmaticos sed mere disciplinares esse, quasi non fidei caput sit Ecclesiam pollere potestate quae ibi asseritur. 10. Civilem auctoritatem ius habere exigendi ut Ecclesia obstacula omnia removeat quae matrimonia catholicorum cum acatholicis. 11. In matrimoniis catholicorum cum acatholicis nuptialem benedictionem et consuetas solemnitates recusari non posse, etsi de iis agatur qui conditiones ab ecclesia praescriptas implere noluerint. 12. Conditionem quae ab ecclesia exigitur educandi universam prolem in catholica fide, esse per se iniustam, violare iura Principum, et publico societatis bono adversari. 13. Matrimonii vinculum propter adulterium posse dissolvi: et Christi domini verba Matth. 19. "quicumque dimiserit uxorem suam nisi ob fornicationem etc." de solutione coniugalis vinculi propter adulterium esse intelligenda. 14. Civilem auctoritatem aliquo in casu coniugalis vinculi solutionem posse decernere. 15. Perpatuae continentiae votum aut aboleri omnino opus esse, aut civilium magistratum auctoritati subiici. 16. Coelibatus legem sacrorum ministrorum coetui impositam aut iniustam aut immoralem esse, aut sive naturali sive positivo divino iure proscribi.» *Ibidem*, nota 155.

condanna della teoria del Cano sul sacerdote-ministro, la collocazione della dottrina dell'inseparabilità in un "capitolo del decreto" (senza così attribuirle carattere dommatico), limitandosi all'anatemizzazione del suo opposto, a suo tempo esposto dal De Dominis e dal Launoy.

Incassando la sconfitta il Sartori si mise comunque all'opera per preparare il primo schema di decreto, che giunse a constare di un ampio proemio, sei capitoli e dodici canoni nei quali l'autore «evitando di usare in modo esclusivo il termine "contratto", affermava che ciò che era stato elevato a sacramento, era l'unione coniugale stessa, per cui la benedizione sacerdotale non poteva appartenere all'essenza del matrimonio-sacramento»⁶³⁶, specificando la dottrina dell'inseparabilità nel secondo capitolo.

Nel mese di agosto il testo venne nuovamente (e profondamente) emendato da una deputazione speciale di quattro membri, con un parziale ritorno al *votum* del Sartori nel punto in cui si attaccava direttamente la dottrina propugnata dal Cano, riunendo nel primo canone tanto l'elevazione a sacramento quanto l'indissolubilità. Così, il 10 settembre, il *plenum della* commissione ricevette copia a stampa del frutto dei lavori della deputazione, operando modifiche di secondo piano, salva la sostituzione del termine *credere* con *tenere*, onde non si equivocasse sulla natura di verità di fede dell'intero contenuto.

Esattamente un anno dopo (2 settembre 1869) la commissione affrontava la questione della potestà ecclesiastica in tema di impedimenti dirimenti, frutto del dibattito che nei mesi precedenti era intercorso sui rapporti tra le *societates iuridice perfectae*: non essendo ancora conclusa la questione inerente il *discrimen* tra i due aspetti del vincolo, la commissione ebbe l'accortezza di rilevare che il problema «della definibilità del diritto della chiesa di porre impedimenti, non dipendeva come puro e semplice corollario da quello della inseparabilità, ma poteva avere una giustificazione teologica indipendente»⁶³⁷.

La disputa, che sulla carta doveva sembrare semplice e lineare, come al Tridentino si infiammò quando entrò nel collegio G.T. Tosa, superiore del Seminario Pio, che nella congregazione generale dei consultori del 20 novembre 1869 espresse un ampio *votum*, quasi il contrappunto di quello del Sartori, nel quale, dopo un'ampia premessa sull'evoluzione storico-teologica del problema, sosteneva la non incompatibilità con la fede delle dottrine di quei teologi che, più moderatamente di gallicani e laicisti, ritenevano possibile la validità canonica di un contratto matrimoniale, privo di efficacia sacramentale; si doveva così distinguere tra un'inseparabilità di principio (ammessa anche da questi) e quella assoluta e rigorista propugnata dal Sartori, in quanto «une definition dogmatique de l'inséparabilité absolue équivaudrait à condamner une tradition théologique saine et sans dommage pour la foi catholique»⁶³⁸. Dette dottrine sarebbero state del resto conciliabili con la potestà assoluta della Chiesa di porre impedimenti dirimenti⁶³⁹, come aveva ritenuto la stessa commissione il 2 novembre

636E. CORECCO, *Il sacerdote ministro...*, cit.

637 *Ibidem*.

638J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 377.

639E. CORECCO, *loc. ult. cit.*

precedente, risultando sostanzialmente concorde con il Tosa.

La commissione non ritenne di inserire gli emendamenti deliberati in quello che sarebbe dovuto divenire il quarto schema, che non venne nemmeno stampato, in quanto l'entrata delle truppe italiane in Roma veniva a vanificare il lavoro svolto, con l'aggiornamento *sine die* del Concilio. Questa grande opera, che poteva avere influssi di non poca rilevanza negli anni a venire, rimaneva giacente negli archivi mentre per la Chiesa, liberata dal fardello di un anacronistico potere temporale, si aprivano nuovi ed immensi spazi pastorali, che dovevano concretizzarsi in campo giuridico nella grande riforma codiciale di Pio X e Benedetto XV.

4 – *La dottrina ottocentesca. Gli esempi di Nuytz e Rosmini.*

Nelle pagine precedenti si è preferito concentrarsi esclusivamente sulla legislazione e sul magistero pontifici, mettendo per un momento in secondo piano l'apporto del pensiero giuridico e filosofico alla materia matrimoniale; ciò non certo per l'irrilevanza delle opinioni degli eruditi del secolo XIX ma soprattutto in quanto gli stessi, per lo più, giocarono ruoli latamente o direttamente politici, incidendo più sulla disciplina statuale che su quella canonica. Quanto alle opinioni degli uomini di Chiesa esse si collocarono, come si è visto trattando della commissione teologica preparatoria del Concilio Vaticano I, principalmente in tre filoni: i due estremi giurisdizionalista e curialista e quello, minoritario, che si potrebbe definire "lambertiniano", nel senso che sul modello di Benedetto XIV distingueva l'opinione teologica del sacerdote-ministro da quella estrema, volta ad affermare l'assoluta scindibilità del contratto dal sacramento, allo scopo di propugnare l'assoggettamento del primo alla potestà secolare.

La diffusione di opere e *pamphlets* polemici, oltre all'affermazione definitiva della stampa, quali mezzi di indirizzo dell'opinione pubblica allo scopo di ottenere risultati politici, provocarono un'inflazione di scritti, che rende impossibile offrire una (anche solo) parziale panoramica delle opinioni di quell'epoca nello spazio ristretto di queste poche righe. Tuttavia non sarebbe nemmeno metodologicamente corretto prescindere dall'analisi dei due estremi opposti, dovendosi tuttavia procedere "*cum grano salis*" e, dunque, individuare autori che abbiano operato quanto meno nello stesso contesto e che avessero raggiunto una sufficiente notorietà.

Allo scopo si ritiene che gli esempi più idonei possano essere offerti da Giovanni Nepomuceno Nuytz e da Antonio Rosmini Serbati i quali, pur diversi per temperamento, scienza e levatura ebbero modo di trattare della potestà ecclesiastica e civile in materia matrimoniale nello stesso contesto geografico e cronologico (il Piemonte della metà del secolo XIX) ma a partire da due posizioni affatto opposte: giurisdizionalista spinta (con tendenze eretiche) la prima, di impostazione curialista ma senza i preconcetti e le chiusure antimoderne che "ossessionarono" il Pontefice dalla fuga a Gaeta in poi, la seconda.

Il Nuytz⁶⁴⁰, la cui opera è definita da Corecco «mediocre»⁶⁴¹, ebbe tuttavia la notorietà a causa della scomunica irrogatagli da Pio IX con la lettera apostolica "*Ad apostolicae sedis*" del 22 agosto 1851, nella quale venivano condannate numerose proposizioni delle sue due opere principali, le "*Juris ecclesiastici institutiones* (1844) e le "*In jus ecclesiasticum universum tractationes*" (1844-1848), destinate all'Indice. In esse l'autore espose «un centone delle tesi propugnate dai regalisti»⁶⁴², a partire dall'assioma "dedominisiano" secondo cui «*omnia impedimenta, quae nunc sunt, a civilibus legibus originem repetunt*»⁶⁴³, con ciò cercando di dare dimostrazione alle note opinioni secondo le quali «on ne pouvait pas prouver que le Christ ait élevé le mariage à la dignité de sacrement, que le sacrement de mariage n'était q'un accessoire du contrat, et pouvait en être séparé, et que le sacrement lui-même ne consistait que dans la seule benediction nuptiale»⁶⁴⁴, corroborate da una contestazione diretta e radicale tanto della teoria medievale della *potestas ecclesiae directa in temporalibus*, quanto di quella bellarminiana dell' "*indirecta*"⁶⁴⁵.

Ovviamente, venendo queste dottrine propugnate apertamente dalla cattedra della più importante capitale italiana dell'epoca, la Sede apostolica non poteva rimanere indifferente alla loro diffusione, intervenendo allo scopo di proibire detti «*pravi libri*»⁶⁴⁶, destinati (nella ricostruzione di Pio IX) a sovvertire il governo e la costituzione della Chiesa, oltre che distruggerne la fede.⁶⁴⁷ Del resto al Pontefice non era sfuggito quale fosse il vero problema, individuato all'epoca anche da Emiliano Avogadro della Motta, il quale aveva affermato che «nè i principi della canonica universitaria, nè le massime dei magistrati antichi puonno omai gran fatto delle più gravi quistioni odierne intorno al

640 Nato a Torino l'8 maggio 1800, «discendente da una famiglia fiamminga [...] visse sempre in Torino. Studiò giurisprudenza nella Facoltà giuridica, laureandosi *in utroque* nel 1824. L'anno dopo venne aggregato al Collegio dei Giuristi; nel 1830 divenne ripetitore nella Facoltà e nel Collegio del Carmine. Tenne le cattedre di Istituzioni del diritto canonico e poi di Decretali, prima da professore straordinario, a partire dal 1836, poi, dal 1844, come professore effettivo, fino al 1852, quando, a causa delle polemiche insorte con la Santa Sede per il suo insegnamento, si vide traslato alla cattedra di diritto romano. Fu rettore dell'ateneo dal 1854 al 1857.» A. LUPANO, *Giovanni Nepomuceno Nuytz*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, Bologna, 2013, pag. 1447.

641 E. CORECCO, *Il sacerdote ministro...*, cit. Il giudizio negativo era già stato dato dallo Schulte e dal Margotti. Cfr. A. LUPANO, *loc. ult. cit.*, pag. 1448.

642 *Ibidem*, nota 136.

643 G.N. NUYTZ, *Juris ecclesiastici institutiones*, Torino, 1844, pag. 501.

644 J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage...*, cit., pag. 357.

645 «*Diximus Ecclesiam potestatem non habere temporalem neque directam, neque indirectam. Eam non habere potestatem temporalem directam jam dicta de vi, et de potestatum distinctione, ac ibi prolata testimoni [Ambrogio e Gelasio N.d.A.] abunde demonstrant: eodemque referri alia scripturarum loca permulta possunt. [...]. Ecclesiam vero non habere potestatem temporalem nequidem indirectam illud probat, quod Deus in persecutionibus fugam consulerit, et Apostoli imperantes oboedientiam praescripserint etiam dyscolos; quod denique Ecclesia injurias ipsas imperantium non ferro, et igni vindicare, sed patienter tolerare semper docuerit. Nihil ergo evidentius est, quam Ecclesiam Christianam temporalem potestatem jure suo non habere.*» G.N. NUYTZ, *In jus ecclesiasticum universum tractationes*, Torino, 1846, pag. 68 ss.

646 PIUS P.P. IX, Litt. Ap. *Ad apostolicae*, 22 luglio 1851, in P. GASPARRI (a cura di), *Codicis Iuris Canonici fontes*, II, cit., pag. 857 ss..

647 *Ibidem*, pag. 859.

matrimonio, quistioni in cui non si disputa in sostanza davvero di conflitto di giurisdizioni, di contratto e di sacramento, ma dell'essenza delle nozze e dell'averle religiose o atee»: la scomunica era perciò piovuta sul Nuytz più per l'attualità, che per la qualità (o effettiva pericolosità) delle sue dottrine garantendone, come sempre, l'esaltazione e la diffusione ulteriori.⁶⁴⁸

Forse esaltato per l'improvvisa notorietà o, più probabilmente «a causa della sua stessa timidezza spaventata»⁶⁴⁹, il giurista torinese diede alle stampe una "contro-epistola", indirizzata "ai suoi concittadini"⁶⁵⁰, nella quale difese «ad una ad una le proposizioni incriminate, lamentandosi però innanzi e sopra tutto: a) che la condanna gli fosse stata inflitta senza regolare processo, che i canoni stessi prescrivono; b) che si fossero poi condannate le istituzioni mentre nella loro prefazione egli aveva dichiarato di voler essere pienamente soggetto alle prescrizioni della Chiesa romana, onde se alcuna cosa nel suo libro potesse parere ad esse contrario dovesse ritenersi come ritrattata a priori, anzi come non scritta.»⁶⁵¹ Parole con le quali, però, i fatti contrastavano, in quanto il Nuytz, che già in qualità di membro della Commissione di legislazione aveva preso posizione in favore dell'istituzione del matrimonio civile, proseguì sulla strada battuta «dichiarandosi pronto a sfidare tutti i fulmini del Vaticano,»⁶⁵² in tal guisa favorendo la critica dei cattolici, che non esitarono a denunciare le ambiguità della posizione del canonista torinese con articoli e *pamphlets* polemici.⁶⁵³

La massima sanzione canonica irrogata contro il professore dell'ateneo torinese, le cui idee proprio a cagione di essa trovavano sempre maggiore diffusione, indusse il Vescovo di Ivrea, mons. Luigi Moreno a proporre di prendere posizione sul punto ad uno degli

648E. VITALE, *Il tentativo...*, cit., pag. 57.

649 *Ibidem*, pag. 59.

650 G.N. NUYTZ, *Il professore Nuytz a' suoi concittadini*, Torino, 1851.

651 F. RUFFINI, *Lo studio e il concetto odierno del diritto ecclesiastico*, cit., pag. 503-504, nota 37.

652 G.N. NUYTZ, *Il professore...*, cit., pag. 151.

653 Eccone un esempio: «Per ora, riassumendo il discorso concludiamo: 1° Il professore Nuytz col suo libro ha disingannato coloro che bene sentivano della sua religione; 2° Ha dimostrato ipocrite e false le sue proteste di sottomissione alla Cattolica Chiesa romana; 3° Ha regalato a se medesimo la patente di eretico, sostituendo la sua privata opinione al giudizio infallibile della Chiesa; 4° Dopo aver dichiarato infallibile la Chiesa nei suoi trattati, si è messo in contraddizione con le sue dottrine, ribellandosi alla definizione del Pontefice; 5° Ha fatto contro di se assai più che il Papa; perchè il breve pontificio ha condannato le sue dottrine, ed egli condanna la sua persona; 6° Si ha concitato contro l'animavversione di tutti i cattolici ed ha reso impossibile al governo, che ha per religione di stato la religione cattolica, di tenerlo più a lungo professore nella R. Università; 7° Ha difeso il Breve Pontificio, provando che male non si è apposto il Papa nel condannare il suo insegnamento; 8° Si è reso ridicolo tentando di eludere con un libricciattolo la solenne parola di Pio IX; 9° Ha corso la strada di tutti gli eretici antichi, appuntando il Pontefice d'essere stato male informato o di avere deciso per fini mondani; 10° Ha dato saggio d'una stragrande superbia, levando cattedra contro la cattedra della Chiesa, e dichiarando ad ogni piè sospinto di *persistere* nella sua opinione contro la Santa Sede. Non tutti i piemontesi in molti punti sono capaci di introdursi nella questione, e deciderne con cognizione di causa. Per costoro la questione è molto semplice, e il professore Nuytz l'ha semplificata. Egli dice: la Santa Sede ha condannato; *io credo, persisto, sostengo*. A chi crederemo noi cattolici? Alla S.Sede o al Professor Nuytz? Consigliateci voi stesso, sig. Professore, che faceste *studi lunghi, serii, profondi, sul diritto canonico*.» G.MARGOTTI, *Processo di Nepomuceno Nuytz*, Torino, 1852, pag. 29-30.

spiriti eletti del Piemonte di allora, Antonio Rosmini Serbati⁶⁵⁴.

Sul giornale "L'Armonia" di Torino comparvero, dal febbraio al maggio 1851, articoli anonimi, dedicati "ai cristiani cattolici del Piemonte" e che sarebbero poi stati raccolti in volume⁶⁵⁵. In particolare l'opera era divisa in cinque questioni, rispettivamente dedicate all'esposizione della dottrina cattolica sul matrimonio, all'autorità del governo civile sul punto, alle relazioni delle leggi civili sul matrimonio con la libertà religiosa, con la tolleranza civile e con il confessionarismo di stato, che già dai titoli denotavano la grande "modernità" del pensiero dell'autore e che sarà opportuno, seppur brevemente, sunteggiare una ad una.

Nella prima il grande pensatore subalpino riafferma con vigore e dedizione la tradizionale dottrina della chiesa sul matrimonio, sopra esposta, in particolare tramite due affermazioni categoriche: «Non si dà altro matrimonio pei cristiani che quello che è Sacramento; quello che non è Sacramento, non è matrimonio ma concubinato» e «non si dà sacramento senza che intervenga il consenso e l'autorità della Chiesa»⁶⁵⁶: riguardo alla prima è chiara l'adesione del Rosmini alla teoria dell'inseparabilità, corroborata dalla citazione del breve di Pio VI al vescovo di Eger, di cui si è trattato nel corso di questo stesso capitolo. Quanto alla seconda, la sua generalità non deve trarre in inganno circa un suo significato di adesione alla teoria del sacerdote-ministro, che è anzi in seguito contestata⁶⁵⁷, seppur con il temperamento di una via intermedia, quella cioè in base alla quale per la formazione del vincolo si potrebbe confrontare con battesimo e cresima, distinguendo i ministri "delle solennità" (i sacerdoti, *rectius* parroci) da quelli straordinari (i nubenti), già diffusa ai tempi del Tridentino.

Da queste prime affermazioni discende la linea tenuta sulla seconda questione, «se, e in

654Nato a Rovereto il 24 marzo 1797, morì a Stresa il 1° luglio 1855. «Filosofo, teologo, fondatore dell'Istituto della Carità. [...] Nel 1848 fu mandato a Roma dal re Carlo Alberto per trattare accordi politici con il papa, che però non ebbero seguito. Pio IX, conosciuto di persona lo trattene presso di sé e gli ingiunse di disporsi al cardinalato per il prossimo concistoro di dicembre. Dopo l'assassinio di Pellegrino Rossi (15 nov.) seguì il Papa nella sua fuga a Gaeta, dove tentò invano di distoglierlo dal nuovo indirizzo conservatore circa le libertà politiche e il movimento nazionale, a cui gradatamente Pio IX si volgeva. Nel giugno 1849 fu costretto a lasciare il Regno di Napoli; nel tempo stesso venivano messe all'Indice due sue operette: *Delle cinque piaghe della Chiesa* e *La costituzione secondo la giustizia sociale*. La sua sottomissione fu pronta e sincera. Passò gli ultimi anni a Stresa, sul Lago Maggiore, confortato dalla devozione di figli e figlie spirituali, e dai frequenti colloqui con il Manzoni, mentre imperversava una fiera polemica sulle sue dottrine» (delle quali, più tardi, veniva accertata l'assoluta ortodossia). Cfr. G. BOZZETTI, *Antonio Rosmini Serbati*, in *Enciclopedia Cattolica*, X, cit., pag. 1359 ss.

655A. ROSMINI SERBATI, *Sulle leggi civili che riguardano il matrimonio de' cristiani aggiuntovi un ragionamento sul bene del matrimonio cristiano*, Roma, 1902.

656Ibidem, pag. 23.

657«Vero è che quei teologi i quali sostengono essere il sacerdote ministro del matrimonio, non sapendo spiegare come i matrimoni clandestini fossero validi avanti il tridentino, negarono a questi la qualità di Sacramento. Ma tale non è certamente la dottrina della Chiesa, la quale può benissimo operare il Sacramento con diversi strumenti. Laonde o è da dire che i soli contraenti sono i ministri – che è la sentenza fornita di più gravi autorità – o possono conciliarsi le due sentenze, dicendosi che la Chiesa può formare il Sacramento, tanto per istrumento del sacerdote, quanto per istrumento dei contraenti.» Ibidem, pag. 38-39.

quanto l'autorità civile possa far leggi sul matrimonio»⁶⁵⁸, affermando essere fonte di dispotismo il principio liberale che vedeva nello stato l'unica fonte di diritto, attesa la natura «speciale»⁶⁵⁹ del contratto matrimoniale; in sostanza riafferma la dottrina della *potestas Ecclesiae indirecta in temporalibus*, non negando che in capo al potere civile sussista una competenza a legiferare in materia matrimoniale, ma ponendo come limite invalicabile di questa il rispetto per le leggi ecclesiastiche (la cui estensione, però, avrebbe ridotto la prima a ben poco⁶⁶⁰). Con ciò, attesa la nullità di ogni vincolo meramente civile, si passava a smantellarne i presupposti invocati dai fautori, in particolare la pretesa uniformità della normativa civile per tutti i sudditi⁶⁶¹, definita come una finzione astratta dalle differenze realmente esistenti: in tal guisa questa "uniformità materiale" diveniva intollerabile e mascherante una «statolatria» pagana, potendosi tutt'al più tollerare un' "uniformità formale" «che riconosce tutti i fatti, tutti i diritti, tutti i titoli di diritto»⁶⁶², in opposizione ai «livellatori» liberali.⁶⁶³

E' da questa "uniformità di fatto" che il Rosmini parte, per esaminare nella terza questione, la problematica della "libertà religiosa" o "libertà religiosa di coscienza", secondo lui meglio conosciuta negli Stati Uniti che nel Piemonte. Essa consisteva nel «diritto di soddisfare pienamente alle obbligazioni che gli impone la propria coscienza, senza che le leggi civili gli mettano alcun impedimento»⁶⁶⁴: diritto che sarebbe limitato ai soli credenti, cioè coloro che possono e vogliono assumere obbligazioni di natura religiosa, contrariamente ad atei ed agnostici cui esso non potrebbe essere concesso. In materia matrimoniale, esso dovrebbe consistere nella libertà per ciascuno di contrarre il vincolo secondo le forme prescritte dal proprio credo, senza subire l'imposizione del rito civile (primo diritto)⁶⁶⁵ e, soprattutto, «di esigere che, sotto nessun pretesto o finzione legale, il medesimo potere civile non indebolisca l'indissolubilità del vincolo coniugale, fondamento della famiglie e del loro buon ordine, e dell'incivilimento delle nazioni.»⁶⁶⁶ Dunque, necessaria conseguenza di questi primi due diritti che lo Stato dovrebbe impegnarsi a riconoscere, è l'emersione di un terzo, cioè che i cittadini cattolici siano garantiti dal fatto che «il governo non dia loro scandalo, facendo professione legale di incredulità», aprendo alle altre quattro guarentigie discendenti, cioè quelle: di non essere costretti a compiere alcunchè di peccaminoso⁶⁶⁷, a non essere obbligati (per logica

658 *Ibidem*, pag. 44 ss.

659 E. VITALE, *Il tentativo...*, cit., pag. 82.

660 Ad esempio lo stabilire impedimenti impediendo quale quello per i militari. Cfr. E. VITALE, *Il tentativo...*, cit., pag. 84.

661 Non si dimentichi che in Piemonte vi erano, rispetto al resto d'Italia consistenti, minoranze religiose tanto valdesi quanto ebraiche, parificate nel godimento dei diritti civili e politici con l'editto 17 febbraio 1848 (valdesi) e con il r.d. 29 marzo 1848 n. 735 ("israeliti regnicoli"). Cfr. S. GHERRO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, I, cit., pag. 47.

662 E. VITALE, *Il tentativo...*, cit., pag. 82 che riporta A. ROSMINI SERBATI, *Sulle leggi civili...*, cit., pag. 86-87.

663 A. ROSMINI SERBATI, *Sulle leggi civili...*, cit., pag. 66-69. Sorprende la modernità, l'attualità, la preveggenza del linguaggio di questo autentico anticipatore del XX secolo.

664 *Ibidem*, pag. 137.

665 *Ibidem*, pag. 170 ss.

666 *Ibidem*, pag. 192.

667 *Ibidem*, pag. 239 ss.

conseguenza) a vivere nel peccato o nell'adulterio⁶⁶⁸, a non vedere diminuità «sotto nessun pretesto o finzione legale» quella *dignità della donna* «che il cattolicesimo le ha data e che è divenuta uno degli elementi della civiltà dei popoli e di non forzare i padri di famiglia «a riconoscere per legittimo matrimonio de' loro figliuoli e parenti, quello che non è tale, e a lasciare le loro sostanze a figliuoli illegittimi e adulterini.»⁶⁶⁹

Questi diritti, comunque incredibilmente di avanguardia, presuppongono uno stato confessionista (anche se non "integralista"), che viene specificato nella quarta questione, dedicata alla "tolleranza civile" cioè «alla permissione di compiere certi mali, senza incorrere nelle penalità della legge»: nel caso concreto, l'evitare il male maggiore del matrimonio civile lesivo della libertà religiosa, intollerante e inutile (in quanto per gli agnostici o atei sarebbe irrilevante sposarsi secondo il rito cattolico), attraverso il male minore di assoggettare i cattolici che avessero perduto la fede al rito ecclesiastico. Per Rosmini «la tolleranza dee avere un certo limite. La legge civile dee tollerare che i cittadini manchino alle loro obbligazioni religiose, dee permettere questo male solamente allorquando ella non può impedirli senza produrre un male maggiore. Ora permettendo ai cittadini cattolici di unirsi in matrimonio, senza osservare le condizioni prescritte dalla Chiesa si permette o si tollera un male, che si può con facilità impedire, specialmente in uno Stato, dove quel male non è introdotto, e si può impedire senza che ne consegua alcun pubblico danno, evitandone anzi uno grandissimo, che procederebbe dall'introduzione di questa nuova specie di tolleranza.»⁶⁷⁰ Ecco che accanto ai diritti dei cittadini «il governo deve tutelare anche quelli delle società riconosciute, e tra queste della Chiesa cattolica»⁶⁷¹ e la quinta questione fa di quest'ultimo punto un dovere del potere civile, a maggior ragione per un regno che vede l'art. 1 del proprio Statuto affermare che «la Religione Cattolica, Apostolica, Romana è la sola religione dello Stato».

Vista l'avvenieristica importanza delle note rosminiane, in conclusione di questo breve confronto con il Nuytz, si può dire che il punto lo segni il fondatore dell'Istituto della Carità: se è vero che alcune posizioni strettamente confessioniste al giorno d'oggi appaiono "stonate" è altrettanto vero che buona parte delle questioni da lui sollevate occupano ancora oggi (e forse ancor di più oggi) gli studiosi di diritto ecclesiastico. Il primo sembra invece, al netto della qualità della sua opera, fuori fase, ancorato a schemi vecchi che lo stesso Avogadro della Motta aveva compreso essere irripetibili. Il problema, dalla dicotomia contratto-sacramento si era definitivamente spostato sull'indifferentismo religioso dello Stato, che nel pensiero dei liberali più spinti si traduceva nell'ostinata negazione del carattere giuridico dell'ordinamento canonico e che, in campo matrimoniale, perveniva alla pretesa di essere il solo legittimato a regolare un aspetto essenziale della vita del *Christifidelis*, sulla base di argomentazioni di tipo storico sostanzialmente infondate, in quanto già Francesco Ruffini farà rilevare come sia insostenibile «che l'istituzione del matrimonio civile da parte dello Stato abbia

668 *Ibidem*, pag. 249 ss.

669 *Ibidem*, pag. 269.

670 *Ibidem*, pag. 291.

671 E. VITALE, *Il tentativo...*, cit., pag. 88.

GIOVANNI FRANCIOSI

maggiori addentellati storici che non quella del matrimonio religioso per parte della Chiesa.»⁶⁷²

672F.RUFFINI, *Per la storia del diritto matrimoniale*, estratto da *Il Filangeri*, 8-9, 1894, pag. 36.

PARTE II - LO STATO

CAPITOLO I

I PRODROMI ALL'AVOCAZIONE STATUALE DELLA MATERIA

1 – *Tentativi giustinianei di introdurre una forma matrimoniale ad validitatem.*

Quando, nella redazione della voce "Matrimonio" per il "Digesto italiano", Giuseppe Piola affermava che «una possibilità illimitata per la legislazione di dettar norme relativamente all'unione tra uomo e donna e ai rapporti che da tale unione derivano non vi è» in quanto «l'azione legislativa ha il suo limite necessario nella possibilità dell'esercizio diretto o indiretto della coercizione»⁶⁷³, si limitava a constatare come per lo Stato, anzi per il «corpo sociale» fosse comunque «utile» procedere ad una regolamentazione legislativa di esso. Tuttavia perchè si potesse giungere ad una "legislazione" in materia da parte degli stati, ancorchè non esclusiva, bisognerà attendere la metà del XVIII secolo e l'affermazione del giurisdizionalismo.

Il diritto civile non si era infatti fin lì disinteressato dell'argomento ma la legislazione, all'interno di esso, costituiva una parte estremamente minoritaria, essendosi lasciata la regolamentazione della nascita del vincolo alle fonti consuetudinarie prima, ecclesiastiche poi, senza che in essa lo Stato giocasse alcun ruolo. La distinzione tra la dimensione matrimoniale religiosa e quella civile è infatti, come già si è in qualche modo anticipato, discendente esclusivamente dall'elaborazione di concetti canonistici (e financo teologici) da parte di studiosi interessati a riaffermare la competenza secolare su *iura* che, da *circa sacra*, erano divenuti strettamente spirituali.

Si è visto infatti come già i romani non avessero misconosciuto la dimensione spirituale delle nozze, potendosi ricordare, con il Friedberg, che «diejenige römische Eheschliessungsform, welche einen spezifisch religiösen Charakter hatte, die *Confarreatio*, beruhte auf den Grundsätzen und Anschauungen der ältesten Zeiten der Stadt, wo das öffentliche und Private leben des Volkes noch von religiösen Elementen getragen und durchzogen war.»⁶⁷⁴ Era quella confarreatica la forma celebrativa patrizia, descritta dalle fonti di *ius sacrum*⁶⁷⁵, celebrata com'era innanzi al Flamine Diale, e la più carica di elementi religiosi, tanto che ancora Gaio avrà modo di trattarne (seppur in guisa di semplice "memoria") e probabilmente ad essa si deve il richiamo al diritto divino che, in piena età classica, Modestino opererà nella sua celebre definizione di matrimonio. Se dunque le nozze romane arcaiche mantenevano questo alone di religiosità, con celebrazione dinanzi al membro di un collegio sacerdotale di estrema importanza, ciò non significa che esse fossero avulse dallo *jus civile*, in quanto producevano comunque conseguenze rilevanti per il diritto, come ad esempio la

673G. PIOLA, *Matrimonio (diritto civile)*, in *Digesto italiano*, XV/1, Torino, 1906, pag. 1065.

674E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 3. [*Quella forma romana di celebrazione del matrimonio che aveva uno specifico carattere religioso, la confarreatio, poggiava su principi e concezioni dei più antichi tempi della città dove la vita pubblica e privata del popolo era sostenuta e condotta da elementi religiosi.* Traduzione propria]

675R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit., pag. 14.

*conventio in manum*⁶⁷⁶. Tuttavia questi effetti non incidevano, se non residualmente, nel campo del diritto pubblico: non poteva cioè dirsi che lo "stato" romano avesse una competenza propria in merito alla celebrazione matrimoniale dei patrizi, applicando una categoria moderna a negozi arcaici, in un contesto nel quale il fenomeno religioso era stato gradualmente statalizzato e in cui quest'ultimo aveva dato un contributo sostanziale all'emersione delle categorie giuridiche dalle pratiche ancestrali, derivanti dalla composita commistione di popoli che aveva generato i Quiriti. Anzi, a dimostrazione della originaria dimensione privata degli effetti delle nozze stava la *mancipatio matrimonii causa*⁶⁷⁷, con la quale si poneva dietro compenso la moglie in *mancipio* del marito, dalla quale trarrà origine il negozio, questa volta scisso dalla dimensione religiosa, della *coemptio matrimonii causa*: con questa forma il matrimonio diviene implicito nella *mancipatio*, con una sua sussunzione nelle categorie del diritto privato, senza tuttavia che nessuno ne contestasse il carattere latamente sacrale, venendo poi anche questa forma sostanzialmente sostituita dalla semplice *deductio in domum*⁶⁷⁸.

Ciò che caratterizza invece tutte queste forme (per quanto arcaiche) di unione è invece il *consensualismo*, cioè la volontà delle parti quale causa efficiente della nascita del vincolo, anche quando sono entrambe *alieni juris*, come è del resto attestato proprio nel rito più arcaico, quello confarreatico sopra citato, nel quale sono gli sposi stessi che sacrificano a Giove la focaccia di farro, con ciò dimostrando che essi soli contribuiscono a realizzare l'atto di matrimonio, in quanto gli obblighi assunti non sono soltanto mutui ma coinvolgono anche la divinità, avanti al cui rappresentante sono stati assunti: perciò una violazione dell'obbligo alla coabitazione o ai riti familiari sarebbe stata da

676 *Ibidem*, pag. 18.

677 «La *mancipatio matrimonii causa* non era matrimonio, bensì l'atto con il quale, in vista del matrimonio o a causa di esso, si poneva a titolo oneroso la moglie nel *mancipium* del marito. L'atto di matrimonio poteva precedere o seguire la *mancipatio*. Di solito era concomitante alla *mancipatio*, ma in ogni caso distinto da essa. Distinto nei soggetti, perchè ne erano autori i coniugi, mentre la *mancipatio* veniva posta in essere dal marito e da chi aveva il *ius vendendi* sulla moglie. Distinto negli effetti, perchè il matrimonio creava tra l'uomo e la donna il rapporto coniugale, mentre la *mancipatio* poneva la moglie nel *mancipium* del marito. Distinto nella forma, perchè anche in questo caso il matrimonio avrebbe dovuto rispettare quella imposta dal *ius sacrum*, mentre l'atto con cui il marito acquistava il *mancipium* sulla moglie doveva invece avere i requisiti e le caratteristiche del *gestum per aes et libram*.» R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit., pag. 24-25.

678 «Es ist viel gestritten worden, ob diese *Deductio in domum*, ein nothwendiges Requisit der Eheschliessung gewen sei, oder nur ein Beweisact und als solcher ein willkürliches Beiwerk. Beide Ansichten haben unter den römischen Juristen Vertreter gefunden, wengleich die Mehrzahl sich für die letztere aussprach. Jedenfalls aber lässt sich schon aus dem Umstande, dass eine solche Controverse überhaupt möglich war, der sichere Schluss ziehen, dass die *deductio in domum*, wie zweifelhaft auch ihre juristische Natur sein mochte, in der That fast niemals unterlassen zu werden pflegte.» E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 5. [Si è molto discusso se questa *deductio in domum* sia stata un requisito necessario della celebrazione o solo un atto dimostrativo, e come tale un'aggiunta arbitraria. Entrambi i punti di vista hanno trovato sostenitori tra i giuristi romani, per quanto la maggioranza si sia espressa per la seconda. Tuttavia, in ogni caso, già dalla circostanza che una tale controversia sia stata veramente possibile, si lascia trarre la sicura conclusione che la *deductio in domum*, come poteva essere incerta anche la sua natura giuridica, nel fatto quasi mai soleva essere tralasciata. Traduzione propria.]

intendersi come lesiva del rapporto assunto con gli Dei, dovendosene trarre conseguenze gravi, principalmente in ambito penale.

Si è già anticipato⁶⁷⁹, trattando della genesi del matrimonio cristiano, come il diritto romano conoscesse oltre al consenso, altri due requisiti per la valida costituzione del vincolo matrimoniale o, meglio, del *matrimonium iustum*: il *connubium*, vera e propria capacità giuridica a contrarre e la pubertà, operante a livello di capacità d'agire. Esposti questi requisiti in collegamento con quanto si è detto circa la dimensione religiosa originaria del vincolo, ben si spiega la definizione di D. 23,2,1, tratta da Modestino, il quale definisce le *nuptiae* come «*coniunctio matis et foeminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*», formula che sarebbe stata tramandata alla giurisprudenza classica da quella repubblicana⁶⁸⁰, con ciò illustrando non solo le condizioni ma anche l'importanza del fine procreativo⁶⁸¹, messa in evidenza dalla primissima normazione imperiale, ad esempio con la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (18-16 a.C.). E' infatti solo con il principato che la dimensione consuetudinario-giurisprudenziale viene sostituita da interventi legislativi prima di ispirazione, poi di diretta promanazione imperiale che, come vedremo, saranno più volte invocati dai giurisdizionalisti e dai razionalisti moderni per giustificare l'introduzione del matrimonio civile. In essi si trovano anche delle prescrizioni latamente formali, come quella augustea imponente le *testationes*, cioè la presenza di sette cittadini romani puberi, senza che però queste intacchino la natura consensualistica del negozio il quale, seppur regolato dal diritto, non è "soggetto" allo stato: quest'ultimo non ha cioè alcun ruolo determinante la validità dello scambio dei consensi, nemmeno tramite *testes qualificati*, benchè gli atti di matrimonio e le leggi della prima età imperiale facciano cenno a «dichiarazione avanti al pretore in Roma o di fronte al governatore, nelle province.»⁶⁸² Non sembra perciò potersi estendere al diritto romano quanto il grande Portalis rispondeva all'interrogativo circa la necessità di formalità solenni per la valida celebrazione delle nozze, e cioè che «le mariage soumet le conjoints à des grands obligations», essendo perciò compito del pubblico potere «protéger contre la licence et l'enterprise des tiers cette union sacrée qui doit être sous la sauvegarde de gens de bien»⁶⁸³. Nè la diffidente Chiesa cristiana aveva, come si è cercato di dimostrare, imposto alcuna forma specifica allo scambio dei consensi, limitandosi a suggerirne la benedizione (priva di valore costitutivo) e assegnando tuttavia alla potestà dei vescovi un vaglio preliminare del (o della) candidato/a alla mano di un fedele: si è detto come già gli Apostoli non fossero «soltanto i compagni di Gesù, la cui testimonianza fa parte del

679V. *supra*, parte I, cap. I.

680R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova, 2008, pag. 3.

681«Qualche anno prima di Modestino, Ulpiano diceva di questa *coniunctio*, che noi chiamiamo matrimonio, che era di diritto naturale, perchè "insegnata dalla natura ad ogni essere vivente sulla terra, in mare e nell'aria. Con ciò non si faceva che riprendere un topos della dottrina romana del diritto naturale. Mettendo insieme animali e persone, Ulpiano pensava all'unione dei sessi.» Così J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 18.

682Ibidem, pag. 23.

683Citato da L. BEAUCHET, *Étude historique sur les formes de la célébration du mariage dans l'ancien droit français*, Paris, 1883, pag. 2-3.

diritto divino, ma dei legislatori di eccezionale autorità»⁶⁸⁴, tuttavia questa legislazione era "altra" rispetto a quella dello stato e soprattutto "permeabile" alle consuetudini topiche, come dimostrato dagli usi liturgici circa la benedizione nuziale, diversi già dai primi secoli tra Oriente e Occidente. Bisogna quindi attendere la conversione della somma autorità temporale perchè la legislazione imperiale assorba i precetti ecclesiastici, costituendo quell'«accordo conservatore con il Potere», così Le Bras⁶⁸⁵, che la farà divenire «istituzione di diritto pubblico»⁶⁸⁶. E' per queste ragioni che lo Stato inizia a guardare il matrimonio non più come un semplice affare strettamente privato, di cui interessarsi soltanto quando esso avrebbe potuto compromettere l'efficienza di alcuni "organi", come poteva capitare per i soldati o i funzionari inviati in provincia, ma a garantire altresì una sorta di "moralità" ufficiosa, dopo il fallimento delle prescrizioni augustee, cominciando ad interessarsi altresì della dimensione *in facto* del vincolo, dopo che per secoli il diritto si era limitato ad approfondire la sua formazione⁶⁸⁷: è così che vengono da Costantino posti "intralci" allo scioglimento del legame per semplice revoca del consenso "permanente"⁶⁸⁸, proseguendo altresì l'emersione, che tanta importanza avrà nei secoli successivi, di un vero diritto "dotale", antenato di quelli che oggi sono definiti "rapporti patrimoniali tra coniugi".

Il trapasso dal diritto giurisprudenziale a quello "cristallizzato", di stampo *ante litteram* "legale" che troverà in Giustiniano il sommo rappresentante, porta importanti conseguenze anche sul terreno del matrimonio, attraverso quei veri e propri "codici matrimoniali", che sono rappresentati dalle *Novellae* 74 (4 giugno 538) e 117 (18 dicembre 542). Se antecedentemente alla prima di queste fonti veniva ancora riaffermato il principio classico «della libertà di forma di contrazione del matrimonio»⁶⁸⁹, dopo la sua promulgazione, causata dalla volontà del Sovrano di disciplinare l'attribuzione dello *status* di figlio legittimo, che avrebbe potuto darsi tramite rescritto imperiale (forma straordinaria) oppure tramite matrimonio «purchè contratto nelle forme prescritte dal legislatore»⁶⁹⁰: nonostante le apparenze, tale disciplina non sembra potersi qualificare come "matrimonio civile" (seppur "imperfetto") in quanto l'imperatore ritiene di dovere dare attuazione ai canoni ecclesiastici, sopra esposti, circa la pubblicità delle nozze, affidando ad un *defensor ecclesiae* il ruolo di attestare il giuramento dei coniugi prestato sopra le Scritture, cui viene attribuito valore costitutivo, seguito dalla *deductio in domum*, spesso accompagnata dalla *benedictio in thalamo*⁶⁹¹. Tuttavia ciò non doveva valere per tutti ma

684G. LE BRAS, *La Chiesa del diritto*, Bologna, 1976, pag. 59.

685 *Ibidem*, pag. 178.

686 *Ibidem*.

687 Cfr. J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 28-29.

688G. PIOLA, *Matrimonio (diritto civile)...*, cit., pag. 1078. V. anche J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 58. «La regolamentazione del divorzio e del ripudio inizia con Costantino e prosegue, con alterne fortune, fino all'epoca di Giustiniano. Una costituzione del 331 distingue il ripudio ammesso per motivi legittimi da quello che non può avvalersi di tale giustificazione.»

689R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano postclassico*, Napoli, 2012, pag. 29.

690 *Ibidem*.

691 Cfr. *supra*, parte I, cap. 1.

esclusivamente per gli strati sociali più alti (i senatori e i c.d. *illustres*), mentre era ancora concessa libertà di contrarre in guisa meramente consensuale qualora ciò fosse consigliato dalla miseria economica o culturale del basso popolo⁶⁹². Per la classe media (c.d. *honestiores*) era invece possibile omettere la redazione dell'atto, potendosi limitare la celebrazione allo scambio dei consensi innanzi al citato *defensor ecclesiae*, il quale era un ufficiale statale che, assistito da tre chierici con funzioni di testi aveva il compito di redigere (a fini esclusivamente probatori) l'atto di avvenuto scambio dei consensi. Alla luce di queste disposizioni, non sembra potersi dare, per il regime della Novella 74, nemmeno la soluzione opposta a quella "statualista", non potendosi parlare di un matrimonio, *ante litteram* "canonico munito di effetti civili", anche perchè la Chiesa non ha mai operato discriminazioni di tipo patrimoniale circa il godimento dei diritti da parte dei *Christifideles*: infatti, come accennato, ai c.d. *viliores* o *humiliores* non era imposta alcuna forma matrimoniale, proprio a tutela del loro *jus connubii*.

Questa tripartizione ebbe vigore soltanto fino alla Novella 117 (quindi per soli quattro anni e mezzo), con la quale Giustiniano ritenne di operare una parziale "retromarcia". La forma solenne rimaneva obbligatoria per i soli senatori e per gli *illustres* (ma esclusivamente nel periodo in cui gli stessi rivestissero una carica pubblica e, comunque, soltanto per coloro che non fossero di origine barbarica): il ceto medio era assimilato ai *viliores* ed esonerato dalla celebrazione avanti al *defensor ecclesiae*, con piena riattribuzione di validità civile al matrimonio cristiano asseverato dal giuramento. Il fallimento di questa esperienza non ebbe comunque modo di intaccare il tendenziale "formalismo" della Chiesa orientale, basato sulla tradizione dei Padri e che, come si è visto, verrà stabilito definitivamente con la Novella 91 di Leone VI.

I romanisti non hanno saputo ancor oggi individuare con certezza la *ratio* di questo repentino *revirement* giustiniano ma appaiono piuttosto concordi nel ritenere che esso fosse stato determinato dalla difficoltà di diffondere capillarmente in tutto l'Impero d'Oriente questo nuovo ufficiale⁶⁹³, atteso altresì il sussulto espansionistico determinato dalla guerra greco-gotica per la conquista dell'Italia.

2 – Cenni sul ruolo del diritto secolare nella celebrazione medievale italiana.

Il fallimento della riforma giustiniana, che comunque non ebbe modo di essere applicata nell'Italia di allora, ancora coinvolta dalle procelle della guerra greco-gotica, importò che nella Penisola si mantenesse come norma di base la costituzione di Valentiniano III del 428, cui si accennò trattando delle prime forme di matrimonio cristiano, sancite come regola generale il principio strettamente consensualistico, con un ruolo soltanto eventuale e probatorio delle tavole matrimoniali. Comunque, se

692 «Coloro che ricoprono le più alte cariche dell'impero e quindi i senatori e, per primi, gli *illustres*, debbono sposare con la redazione degli strumenti nuziali, da intendersi quali atti scritti di costituzione di dote o di donazione nuziale o di entrambi gli apporti patrimoniali (74,4 1 e 2). l'atto scritto è richiesto *ad substantiam*: la sua omissione invalida il matrimonio e i figli sono illegittimi (74,4,6).» R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano postclassico*, cit., pag. 39.

693 *Ibidem*.

Giustiniano avesse ritenuto di insistere nella disciplina "formalistica" della Novella 74, non si avrebbe avuto il tempo di operare un sovvertimento di tradizioni così risalenti, anche a cagione della rapida decadenza del dominio bizantino, provocata dall'invasione longobarda del 568.

Questo popolo di origine scandinava si differenziava dai precedenti popoli barbari, che dalla caduta dell'Impero nel 476 si erano insediati in Italia, sia sotto il profilo linguistico sia per costumi: non essendo venuti a stretto contatto con la romanità avevano conservato come religione l'arianesimo, divulgato da Ulfila ai germani, e una stretta aderenza alla consuetudine tipicamente indoeuropea di mantenersi separati, a livello quasi di "casta", dai popoli assoggettati⁶⁹⁴; le leggi di questi ultimi venivano abrogate⁶⁹⁵ e lasciate sopravvivere a livello di consuetudine vincolante, restando assoggettati al diritto longobardo solamente i germani. Dunque, per quanto attiene al matrimonio dei romani, *nulla quaestio*: esso continuava a svolgersi nelle forme proprie del diritto romano⁶⁹⁶ mentre, per quanto attiene alla popolazione longobarda, l'opinione del Brandileone e del Sohm, in opposizione al Grimm e al Friedberg⁶⁹⁷, era che essi non contraessero avanti all'assemblea, come buona parte degli altri popoli germanici, ma che fossero attestati tanto la celebrazione innanzi ai *iudices* quanto quella meramente privata: il matrimonio infatti, secondo la tradizione germanica, si presentava nelle forme e nella sostanza della compravendita («Character des Kaufes»)⁶⁹⁸, «i cui atti costitutivi, la *desponsatio* cioè e la *traditio*, venivano compiuti dallo sposo e da colui che avea la potestà, mundio, sulla donna, la quale era oggetto e non soggetto del contratto.»⁶⁹⁹ Questa natura "economica" della nascita del vincolo determinava la prevalenza del momento sponsalicio su quello che poi sarà chiamato *de praesenti*.

694 Si ricordano, in proposito, gli esempi degli arii indiani sui dravidi sottomessi, dei persiani rispetto ai popoli semitici, dei dori spartani rispetto agli iloti messeni.

695 Perdeva così vigenza il *Codex repetitae praelectionis*, esteso da Giustiniano all'Italia con la *Pragmatica sanctio pro petitione Vigilii* (553).

696 «In virtù del principio della personalità del diritto, accanto a questo, che l'uso longobardico, continuò ad aver vigore il principio romano della conclusione del matrimonio mediante semplice consenso, senza nessuna formalità. Ciò è attestato dalla Formula Eporediana del decimo secolo, e da parecchi altri documenti dello stesso secolo e dei successivi, in cui non si accenna se non alla presenza di amici o di persone non aventi ufficio di sorta.» Così F. RUFFINI, *Per la storia...*, cit., pag. 24.

697 F. BRANDILEONE, *Saggi sulla celebrazione...*, cit., pag. 10. Per l'opinione opposta cfr. E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 75, ove si cita il Grimm alla nota 4 affermando, in corpo di testo: «Braut und Bräutigam traten vor den Mundwald, und mit mannichfachen Symbolen, unter denen auch der Verlobungsring erwähnt wird, wurde die Verlobung gefeiert.» [*Sposa e sposo precedevano il Mundoaldo e, con molteplici simboli, tra i quali si menziona anche l'anello di fidanzamento, veniva celebrato il fidanzamento.* Traduzione propria]

698 E. FRIEDBERG, *loc. ult. cit.*

699 F. BRANDILEONE, *Saggi sulla celebrazione...*, cit., pag. 9. Quanto alle forme v. N. ARGENTI, *La promessa di matrimonio nella storia del diritto italiano*, Fermo, 1887, pag. 31: «Quanto poi a' riti, a' solennità di celebrazione degli sponsali, noi abbiamo che la donna era sposata dal mundoaldo col guanto e la spada (*per istam spatam et istum vuantonem ego sponso tibi*), che lo sposo dava in dono alla sposa l'anello e che, a significare la comunanza della vita, ambedue bevevano dallo stesso bicchiere.» Quest'ultimo rito dovette rimanere vivo, in quanto le costituzioni borromeo proibivano che esso avvenga in chiesa. V. *supra*, parte I, cap. III, par. 4.

Le ricerche in proposito svolte dal Brandileone⁷⁰⁰, corroborate da numerosi documenti, non sembrano però offrire appiglio all'idea che il matrimonio contratto avanti ai giudici potesse risultare una sorta di "matrimonio civile", come il Salvioli⁷⁰¹ aveva poco prima sostenuto, e ciò per due ordini di motivi: il primo, rilevato da Ruffini, è che si danno «casi di conclusione di matrimoni con formalità longobardiche, ma senza intervento del giudice [...] e casi di matrimoni celebrati in paesi che non sentirono influenza germanica di sorta, con l'intervento dell'autorità pubblica»⁷⁰², modalità celebrative che saranno poi trasfuse negli statuti municipali delle diverse città, in seguito alla territorializzazione del diritto, senza alcun nesso diretto con l'eventuale preponderanza dell'uno o dell'altro elemento etnico. Nè debbono essere dimenticati i residui territori bizantini (Esarcato, Puglie, Calabria e Sicilia), nei quali la forma benedizionale liturgica era considerata, *de facto*, elemento essenziale della celebrazione delle nozze⁷⁰³, non considerando il comune sentire popolare come coniugato, colui che avesse ommesso la benedizione liturgica della propria unione.

Il crollo del regno longobardo e l'espansione franca favorirono un'espansione della potestà ecclesiastica, in particolare attraverso l'attività sinodale, tesa al contrasto delle nozze incestuose e del ratto, della quale si è ampiamente trattato nella prima parte del presente lavoro, cui conviene rinviare allo scopo di evitare inutili ripetizioni.

In questa sede sembra utile piuttosto soffermarsi su di un altro importante momento, quando cioè, alla svolta del millennio, è la conquista normanna della Sicilia a dare un interessante esempio di "interventismo" temporale nella materia matrimoniale, attraverso le statuizioni di un Assisa, convocata da Ruggero II e pubblicata nel Parlamento di Ariano di Puglia nel 1140, in cui è contenuto un capitolo "*De coniugiis legitime celebrandis*"⁷⁰⁴.

Avanti di esaminarne il contenuto concreto, occorrerà brevemente rammentare la particolare posizione che i sovrani normanni avevano acquisito, all'indomani dell'espulsione degli Arabi dall'isola, attraverso quel peculiare istituto della "*Monarchia*

700 Il grande storico del diritto basa la propria teoria su tre argomenti: «1) una *notitia* del secolo VIII, da cui risulta una *traditio sponsae* compiutasi in presenza dello sculdascio; 2) un passo della *lex romana utinensis* ove l'autore, che la ritiene di origine italiana, vede un accenno al dualismo esistente tra coloro che seguivano l'uso germanico e coloro che seguivano l'uso romano e facevano senza dell'intervento del magistrato, perchè vi si dice potersi il matrimonio celebrare *inter parentes, aut iudices, vel bonos viros*; 3) nelle formule scritte per l'applicazione dell'editto di Rotari (*tunc debet dicere unus iudicum...*) e 182 (tradizione compiuta innanzi al tribunale del *Comes* e dietro suggerimento di uno degli scabini o *iudices*.» Questo l'eccellente riassunto di F. RUFFINI, *Per la storia...*, cit., pag. 22.

701 G. SALVIOLI, *La benedizione nuziale...*, cit., pag. 14-15.

702 F. RUFFINI, *Per la storia...*, cit., pag. 24. I primi sono attestati, ad esempio, dal *Codex Cavensis*, i secondi dai formulari ferraresi (che il Ruffini chiama erroneamente veneziani, sulla scorta di Thaner e Brandileone; autori correttamente confutati da F. PATETTA, *Contributi alla storia delle orazioni nuziali e della celebrazione del matrimonio*, Torino, 1896, pag. 4. Per N. ARGENTI, *La promessa...*, cit., pag. 31, «E' inoltre da presumere con molta ragione che negli sponsali longobardici il sacerdote cristiano (ariano) ha dovuto intervenire fino ai tempi di Autari, ed il cattolico poi, dalla conversione di Agilulfo avvenuta nel 598, cioè molto tempo avanti la pubblicazione delle leggi di Rotari.»

703 Cfr. *supra*, parte I, cap. I.

704 P. VACCARI, *La celebrazione del matrimonio in un'assisa di Ruggero II*, in ID., *Scritti di storia del diritto privato*, Padova, 1956, pag. 175.

sicula", che tante dispute cagionerà nel corso dei secoli XVI e XVII⁷⁰⁵. La particolare posizione di "legato nato" attribuita da poco al capo del regno di Sicilia, doveva in qualche modo favorire un "protettorato" *ante litteram* dello stesso sovrano sulla chiesa che era in quella terra⁷⁰⁶, anticipando alcuni temi cari ai giurisdizionalisti moderni⁷⁰⁷; dunque non temeva Ruggero di disporre della materia matrimoniale, da un lato perchè la sua avocazione ecclesiastica non era ancora completa (anzi era ancora in corso) dall'altra perchè la sua posizione di legato gli permetteva di intervenire a garantire l'effettività delle prescrizioni ecclesiastiche circa la pubblicità delle nozze, reperibili nelle sinodo franche e negli pseudocapitolari di Benedetto Levita⁷⁰⁸. Allo scopo di conformare le usanze germaniche, nelle quali era privilegiata la dimensione *de futuro*, con le prescrizioni canoniche che rimarcavano la priorità di quella *de praesenti*⁷⁰⁹, le disposizioni del primo re di Sicilia si muovevano nel senso di dare, «nella conclusione del matrimonio, una parte di primo piano all'iniziativa del sacerdote, *scrutinium* dapprima, *postulatio* e *benedictio*, cioè conferma, poi.»⁷¹⁰ Infatti, andando a vedere il testo⁷¹¹, si nota che

705 Basti rammentare il veto spagnolo all'elezione pontificia di Cesare Baronio, "reo" di avere contestato l'interpretazione data da Filippo II a tale pretesa, che «si basava sul privilegio concesso dal papa Urbano II al conte Ruggero I di Sicilia e di Calabria, il 5 luglio 1098, per le sue benemerite nella lotta contro i Saraceni. Nella bolla il papa assicurava Ruggero e i suoi successori che non avrebbe inviato in Sicilia alcun legato contro la loro volontà e che si sarebbe servito di loro, *legati vice*, per l'esecuzione delle disposizioni pontificie, solite ad eseguirsi per mezzo di legati. Essi ottennero così il diritto di legazia apostolica nelle loro terre, senza che tuttavia dovessero ritenersi esclusi per nessun luogo i diritti della Santa Sede.» M. CASTELLANO, *Monarchia sicula*, in *Enciclopedia cattolica*, VIII, cit., pag. 1266-1267. Il Baronio ne aveva contestata l'autenticità, posta tuttavia fuori questione dallo scritto di Pasquale II a Ruggero II (1117), nel quale si fa diretto riferimento alla concessione urbaniana; tuttavia resta altrettanto fuori di dubbio che «i successori spagnuoli dei re Normanni erano venuti costruendo sul famoso documento un edificio veramente fantastico di prerogative regalistiche in materia ecclesiastica», come detto da F. RUFFINI, *Perchè Cesare Baronio non fu papa. Contributo alla storia della monarchia sicula e del jus exclusivae*, in ID., *Scritti giuridici minori*, I, *Scritti di diritto ecclesiastico*, Milano, 1936, pag. 439. Ampiamente, sulla disputa, v. L. VON PASTOR, *Storia dei papi...*, XI e XII, cit.

706 Cfr. Il testo dell'Assisa II, nel quale il Sovrano afferma: «*In voto semper nobis fuit et erit ecclesias Dei... protegere, defensare, augere... sicut et proenitores nostri consueta liberalitate id ipsum facere studuerunt.*»

707 Si pensi che solo con la legge delle Guarentigie (art. 15, parte II, l. 13 maggio 1871, n. 214) verrà fatta rinuncia al diritto di legazia apostolica in Sicilia, «tra l'indifferenza generale dell'opinione pubblica», si sacrificava «sull'ara del separatismo tra Stato e Chiesa, l'antico privilegio, vanto dei siciliani, che aveva avuto ben 773 anni di vita. Rimosso ogni ostacolo statutale, la S. Sede poté affermare nell'isola la propria completa e diretta autorità e uniformare le condizioni giuridiche della Chiesa di Sicilia a quelle della penisola, distruggendo quanto rimaneva in vita dello *jus ecclesiasticum siculum*: contributo involontario ma non indifferente al processo di unificazione italiana.» Questo il commento "amarostico" di G. CATALANO, *Le ultime vicende della legazia apostolica di Sicilia*, Catania, 1950, pag. 147.

708 Cfr. A. MARONGIU, *La forma religiosa del matrimonio nel diritto bizantino, normanno e svevo*, in AA.VV., *Studi in onore di Arturo Carlo Jemolo*, I, Milano 1963, pag. 853.

709 P. VACCARI, *La celebrazione...*, cit., pag. 176.

710 A. MARONGIU, *La forma religiosa...*, cit., pag. 861. Si noti la strettissima parentela di questa forma celebrativa con quella descritta dalle fonti patristiche orientali già nel II secolo. Cfr. *supra*, Parte I, cap. I.

711 «*Quoniam ad curam et sollicitudinem regni pertinet leges condere, populum gubernare, mores instruere, pravas consuetudines extirpare, dignum et equum visum est ... quandam pravam consuetudinem, que quasi clades et lues ... partem nostri populi ... pervasit... Absurdum quippe moribus,*

l'omissione della benedizione comporta la perdita della qualità di erede, l'omissione della dote e, soprattutto, l'illegittimità dei figli con una vera e propria assenza di "effetti civili" in campo al vincolo clandestino, canonicamente valido⁷¹², ma riprovato e vietato addirittura retroattivamente⁷¹³. Che questa previsione non fosse destinata a rimanere completamente lettera morta, lo attestano altresì le liriche del fondatore della lingua italiana, Ciullo d'Alcamo, dalle quali si può desumere la pubblicità del rito nuziale⁷¹⁴ nella Sicilia del XIII secolo, anche se la validità canonica del vincolo clandestino doveva col tempo fare cadere in desuetudine la prescrizione del 1140, come rileva correttamente il Marongiu, rimarcando l'inanità dell'efficacia retroattiva della legge, argomentata sulla legislazione di «altri posteriori re di Sicilia [i quali] dovettero convenire che provare, a lunga distanza di tempo, l'avvenuta benedizione nuziale poteva essere impresa quasi disperata ed ammisero infatti, come equipollente, la prova del possesso di stato coniugale.»⁷¹⁵

Tornando dunque alla mente con quanto accennato sopra in merito alla chiesa orientale e ai conati formalisti giustiniani, non può sfuggire la strettissima connessione che evidentemente sussiste tra il cesaropapismo bizantino, il formalismo liturgico orientale⁷¹⁶ e la legislazione normanna: e proprio alla luce di questa derivazione cesarea, ancorchè orientale, si può cercare di spiegare il successivo interento delle *Costituzioni del Regno di Sicilia* di Federico II Hohenstaufen. In detta raccolta, infatti, viene riproposta (seppur *pro futuro*) la prescrizione di Ruggero⁷¹⁷, in qualche modo attestandone la scarsa efficacia.

Di qua dal faro, invece, restava prevalente (sulla scia longobarda) la fase sponsalicia della celebrazione⁷¹⁸, come aveva già attestato l'epistola di Alessandro III all'arcivescovo di Salerno, nella quale si richiamava la celebrazione delle nozze avanti al notaio⁷¹⁹. Lo stesso sentire del Bandinelli è suffragato da alcune testimonianze di un interesse della potestà temporale a regolamentare gli sponsali, attraverso la nomina di notai e giudici con specifici poteri circa la raccolta dei consensi: «così in un diploma di Enrico III del

repugnans sacrorum canonum institutis, christianis auribus inauditum est matrimonium velle contrahere, legitimam sobolem procreare, indivisibile vitae consortium alligare nec Dei favorem et gratiam in ipsis nuptialibus instabilis querere et tantum in Christo et in Ecclesia... sacramentum confirmandum per sacerdotum ministerium creare. Sancimus itaque lege presenti, Deo propitio perpetuo valitura, volentibus omnibus legitimum contrahere matrimonium necessitatem imponi, quatinus post sponsalia nuptias celebraturi solemniter quisque pro suo modulo seu commodo limen petant ecclesiae et sacerdotum benedictionem, post scrutinium consecutum anulum ponat pretii, postulationique sacerdotali subdantur si volunt futuris heredibus successionem relinquere. Aliquin noverint ammodo molientes contra nostrum regalem praeceptum neque ex testamento, neque ab intestato se habituros heredes legitimos, ex illicito per nostram sanctionem matrimonio procreatos: mulieres etiam dotem et aliis nubentibus legitime debitas non habere. Rigorem cuius sanctionis omnibus illis remittimus, qui promulgationis eius tempore iam matrimonium contraxerunt. Viduas vero volentibus ducere huius necessitatis vinculum relaxamus.» Riportato da A. MARONGIU, *loc. ult. cit.*

712 Infatti il testo afferma «*Sacramentum confirmandum per sacerdotum ministerium.*» Cfr. *supra*.

713 «*Rigorem cuius sanctionis omnibus illis remittimus, qui promulgationis eius tempore iam matrimonium contraxerunt [...]*» *Ibidem*.

714 Scrive il poeta: «... menami a lo mosteri e sposami davanti a de la jente...». Riportato da F. BRANDILEONE, *L'intervento dello stato...*, cit., pag. 39. Intendendosi con "mosteri" [monastero] la benedizione nuziale obbligatoria e con la "jente" la presenza dei testi.

1070, nell'atto che si trasferiscono i poteri di *missus regis* al rappresentante del Vescovo di Lodi, si enumera fra questi "*advocatus eligere mulieri, cui mundualdus suus denegat voluntatem, et ante eorum presenciam virum suum seu maritum eligere*"⁷²⁰, mentre ancora lo *Stupor mundi*, in due diplomi del 1220, concede ai *missi* e *comites sacri palatii* ivi nominati, in uno, «*mulieres suis viris tradendi vel desponsandi*»⁷²¹, nell'altro «*mulieres viris suis guadiandi vel desponsandi.*»⁷²²

Il valore di queste prescrizione non deve tuttavia essere esageratamente amplificato: se, infatti, per Brandileone⁷²³ «queste concessioni sono importantissime, perchè ci dimostrano come siano stati gli imperatori Svevi i primi a concepire come una vera funzione dello Stato quella di intervenire nella celebrazione dei matrimoni», l'analisi più posata, e in qualche momento meno ideologica del Ruffini, vale a smorzare la portata di quanto asserito dall'insigne storico del diritto, in quanto i casi di intervento del potere pubblico erano «ben determinati e piuttosto rari»⁷²⁴, non concordando sull'individuazione di una forma di partecipazione pubblica (ancorchè attenuata) nella presenza agli sponsali del c.d. "oratore matrimoniale"⁷²⁵, cioè di colui che teneva "discorso" circa le nozze, talvolta trascendendo in argomenti affatto profani⁷²⁶. La stessa successione degli avvenimenti sembrerebbe dare ragione al Ruffini, atteso che un secolo dopo (1330), a Napoli, il Capitolo di re Roberto prescriveva una vera e propria celebrazione *in facie Ecclesiae*, cercando di dare una sanzione regia alle prescrizioni di alcuni statuti comunali (come quelli di Sora e Cassino, nella Terra di Lavoro), i quali erano comunque contraddetti da altre leggi fondamentali cittadine, nelle quali nessun formalismo era imposto (come ad esempio quelli di Nola, a pochi chilometri da Napoli)⁷²⁷.

715A. MARONGIU, *La forma religiosa...*, cit., pag. 866, nel quale si rinvia ampiamente a R. TRIFONE, *La legislazione angioina*, Napoli, 1921 pag. 220, 226, 266-267.

716Ulteriore attestazione è data dall'esonero dei digami dall'osservanza della normativa in questione.

717«*Sancimus lege praesenti volentibus omnibus contrahere matrimonium necessitatem imponi universis hominibus regni nostri et nobilibus post sponsalia celebrata, solemniter et publice celebrari.*» A. MARONGIU, *La forma religiosa...*, cit., pag. 873.

718Al contrario della Sicilia, rimastane immune. F. BRANDILEONE, *Saggi sulla celebrazione...*, cit., pag. 36.

719V. *supra*, parte I, cap. II.

720F. RUFFINI, *Per la storia...*, cit., pag. 33.

721Questo privilegio era già stato conferito agli Avogadri di Lucca da Enrico IV e Federico I, come attesta lo stesso documento. V. F. BRANDILEONE, *L'intervento dello stato...*, cit., pag. 32.

722F. RUFFINI, *loc. ult. cit.*

723F. BRANDILEONE, *L'intervento dello stato...*, cit., pag. 33.

724F. RUFFINI, *Per la storia...*, cit., pag. 35.

725Il costume era affatto risalente, tanto si è potuto portare l'esempio di quella di Paolino, Vescovo di Nola, del 382, cui si è accennato *supra*, Parte I, cap. I.

726Tant'è che, come si è visto *supra*, le sinodo diocesane e provinciali post tridentine intervennero con forza sul punto. Cfr. *supra*, Parte I, cap. IV. «L'intervento di questo "dicatore di parole", di "quello chi conta lo parentado" o "parlatore", non solo dava al matrimonio maggiore solennità, ma doveva anche servire ad evitare, specie tra le persone del ceto popolare, equivoci e nullità oppure più o meno ingenui respiscenze e tentativi d'evasione al vincolo da parte di alcuno degli sposi; il marito essenzialmente.» A. MARONGIU, *Il momento conclusivo del matrimonio nella nostra novellistica tre-cinquecentesca*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Del Giudice*, II, Milano, 1953, pag. 77.

727F. BRANDILEONE, *L'intervento dello stato...*, cit., pag. 102-103.

Proprio questo pluralismo territoriale, con città anche prossime le cui consuetudini ed orientamenti politici divergevano, favorì una minuta diversificazione disciplinare⁷²⁸, alcuni esempi della quale sono dati dalle ricerche svolte alla fine del secolo XIX. Si transita così dagli *statuta communis Bononiae*, del 1251⁷²⁹, nei quali viene disciplinata la prova (non la forma) dell'avvenuta celebrazione attraverso la prescrizione di sette testi, oppure quattro purchè «*neutri parti propinquos vel affines et fide dignos et maiores XXV annis*», la cui presenza costituiva una presunzione di avvenuta celebrazione⁷³⁰, a quelli patavini del 1236, nei quali si conferma la diffusione della *desponsatio* avanti al notaio, che redigeva «*publicum instrumentum*»⁷³¹, di ciò che era avvenuto avanti a lui, così come a Pistoia sessant'anni innanzi (1296), a Siena nel 1310⁷³² o a Pontremoli a fine XIV secolo (1391)⁷³³. Il modello bolognese influenzò altresì le città viciniori, quali Piacenza, i cui statuti trecenteschi (1336), prevedevano la celebrazione «*iuxta consuetudinem civitatis Placentiae*», cioè in presenza di persone degne di fede conosciute da entrambi i nubenti oppure Cesena, in cui era comminata la pena di cento lire bolognesi per chi contraesse in assenza di testi e di notaio che rogasse l'atto pubblico⁷³⁴. Detto atto era altresì prescritto a Modena, originariamente feudo imperiale, ma nella stessa Roma il Salvioli⁷³⁵ aveva riscontrato come «nello stato ecclesiastico per eccellenza, dove il diritto [canonico] aveva impero incontrastato, e pieno, non erano osservate le regole del Concilio lateranense e nemmeno le forme della benedizione sacerdotale nella celebrazione dei matrimoni.» La cerimonia religiosa era quindi ritenuta

728«Die Italienischen Stadtgesetzgebungen des Mittelalters beschäftigen sich mit dem Rechte der Eheschliessung eben so wenig wie die deutschen.» E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 75. [Gli statuti comunali italiani del medioevo si occupano del diritto della celebrazione matrimoniale proprio così poco come le tedesche. Traduzione propria.]

729Non credo possa dirsi un caso che proprio negli statuti della città felsinea, culla degli studi romanistici, si sia scelto lo stesso numero di assistenti previsto dalle *testationes* augustee.

730F. BRANDILEONE, *L'intervento dello stato...*, cit., pag. 35. «*Probationes contra dictam formam huius statuti productae non valeant.*»

731Ibidem, pag. 48.

732Negli statuti volgari senesi (c. 8) è scritto: «et qualunque menarà o vero menare farà oltre XII uomini a la guida, excetti el giudice e lo notaro dalcuno fare; o vero quando si giurarà, o vero quando si faranno le carte dotali, o vero sponsali, o vero compromesso, esso in C soldi denaro punirà.» F. BRANDILEONE, *Saggi sulla celebrazione...*, cit., pag. 42.

733Interessanti altresì gli statuti vercellesi (1186) citati da G. PIOLA, *Matrimonio (diritto civile)...*, cit., pag. 1082, nei quali si prescrive la legittimità della successione feudale sulla base della presenza di giuste nozze, soggette altresì all'assenso del signore. «Il Comune di Vercelli concede feudo ereditario ai maschi e femmine, con il patto che queste *debent facere de dicto feudo secundum voluntatem consulum et credentiae Vercellenses et secundum eorum voluntatem debent maritari.*»

734Ibidem, pag. 43. Per E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 76, «Sonst ist uns nur noch überliefert, dass in einigen Städten, wie Bologna, Imola, Modena, Parma un Reggio, auch nach jener Decretale Alexanders III in c. 3 X. de sponsa duorum, die von diesem verworfene Rechtsansicht befolgt worden sei, deshalb dass *sponsalia de praesenti cum copula* vorangehenden nicht consummirte vorgezogen wurden.» [Per altro ci è stato ancora tramandato che in alcune città, come Bologna, Imola, Modena, Parma e Reggio, anche secondo quella decretale di Alessandro III, in c. 3 X., de sponsa duorum, che in alcune città la visione giuridica sarebbe stata seguita da questo rigettata, perciò venivano preferiti gli sponsalia de praesenti cum copula precedentemente non consumata. Traduzione propria.]

735G.SALVIOLI, *La benedizione nuziale...*, cit., pag. 14-15.

consuetudinariamente accessoria, facendo parte talora della sola *deductio in domum* e, comunque *ad honestatem*. La prassi cinquecentesca riassunta dall'Altieri⁷³⁶, recepita dagli statuti romani del 1471 ma probabilmente assai più risalente, discendeva dall'abitudine consolidata delle famiglie di tenere le fanciulle in età da marito pressochè segregate (con tutta evidenza per evitare coniugi clandestini o, comunque, economicamente svantaggiosi), affidandosi il ruolo di "sensale matrimoniale" ad un sacerdote che curava le trattative per la dote e, una volta fissata questa in una sorta di "preliminare" tra gli esercenti la potestà, vigilava sul primo incontro tra i promessi. Questo si svolgeva in chiesa, accompagnato da cerimonie volte a confermare il "preliminare", in particolare l'*osculum* e il tocco della mano⁷³⁷. Questo momento non è da confondersi con gli *sponsalia per verba de futuro*, chiamati allora "fidanze", e che consistevano nella redazione dell'atto pubblico ad opera del notaio, in cui si trattava di tutto quanto fosse destinato *ad sustinenda onera matrimonii*, in presenza di tutto il parentado dei futuri coniugi ma in assenza della futura sposa, rappresentata dall'esercente la potestà (padre o tutore)⁷³⁸: pure questa cerimonia si compiva nell'edificio sacro, anche se ordinariamente solo per i nobili, potendo la gente comune celebrare gli sponsali in qualunque luogo, purchè alla presenza di testi. Normalmente di lì a otto giorni seguivano gli *sponsalia per verba de praesenti*, (detti "arraglia" o "subarratione"), i quali avvenivano tendenzialmente in casa della sposa, con interrogazioni da parte del notaio, ripetute tre volte⁷³⁹, e riaffermazione del principio di indissolubilità da parte di quest'ultimo con la affermazione evangelica «*quos Deus coniunxit homo non separet.*»⁷⁴⁰ Nonostante il matrimonio fosse giuridicamente rato, la

736M. ALTIERI, *Li nuptiali publicati da Enrico Narducci*, Roma, 1873, pag. 4.

737«Fra de poche altre giornate le parti confrontavano con doi, tre over quattro parenti, in qualche chiesa allo lor comodo vicina, do ratificatasi la conditione in nello foglio denottata, col nome del Sommo Creatorem dunandose lo beso della bocca, col toccarse la mano, se ferma et stabilisce el parentato.» V. F. BRANDILEONE, *La celebrazione del matrimonio in Roma nel secolo XV e il Concilio di Trento*, Roma, 1896.

738«Ce convengono molti gentilhomini, con tutto el parentato, dell'una et l'altra parte convitati, et in nella lor presentia per la mano del notaro sence stipulassi lo instrumento delli futuri sponsaliti; notandose la dote elli iocali, signora, bacile, colla donatione nuptiale et cassa bianca, et dove quella in caso de restitutione se obbligassi. El che Exequitose, per compimento de quel nome de fidanze, sence prestano li in pubblico la fede, accompagnata col baso del bocca. Et in nel corpo della chiesa satisfacendose allo sposo dei denari, overo selli assegnassi possessione equivalente per quel pegno dotale...» F. BRANDILEONE, *Saggi sulla celebrazione...*, cit., pag. 298.

739Per F. BRANDILEONE, *Saggi sulla celebrazione...*, cit., pag. 300, nota 3, «la domanda era ripetuta tre volte, quasi per richiamare sull'importanza dell'atto non solo l'attenzione dei contraenti, ma anche quella degli astanti. La ripetizione della domanda conferiva all'atto stesso maggiore solennità.»

740«Venuto el die de l'accordo deputato, con tutti parenti, amici et convicini per l'una et l'altra parte ricercati, se ritrovavano alla casa della sposa; dove molto honorevolmente receputi, el sposo alla man dextra della sposa posatose a sedere, comparevace incontinentemente el medesimo notaro, et pigliandose dalla casa della donna una ben guarnita spata per quel medesimo acto preparata, postala in mano dello più degno dallo lato della sposa, intendendose cavata sopra la testa delli maritati, per quanto lo notaro exequisca lo solito officio, monendoli primo se facciano lo segno della croce e poi convocandose gentilhomini volessiro essere de quel tutto contesti, preponendoce el nome del nostro Redemptore, et reitera tre fiata le simile parole: Tale, vò per legitima tua sposa la tale et tenerla et honorarla si come ce comanda la sancta matre chiesa? Et tu, madonna tale, medesmente vò per legitimo marito el tale? Et

consuetudine nobile romana non tollerava che la consumazione seguisse immediatamente ma attendevasi circa un anno prima di effettuare la *deductio in domum* (detta anche *traductio*)⁷⁴¹, nella quale l'elemento liturgico era essenziale⁷⁴²: essa avveniva con la massima solennità, transitando per la parrocchia propria dello sposo ove si celebrava la messa nuziale, durante la quale veniva impartita la benedizione, secondo l'antichissimo uso della Chiesa romana⁷⁴³: in tal sede non veniva rinnovato in alcun modo il consenso, ma il momento era eminentemente spirituale, pur essendo spesso inframezzato da tutti quegli usi profani che le Sinodo post tridentine condanneranno con vigore in tutta la penisola⁷⁴⁴.

Conchiudendo questa veloce scorsa alla celebrazione romana non sembra tuttavia potersi dire che essa fosse una celebrazione meramente civile, soggetta ai soli statuti e, comunque, in cui il notaio aveva la funzione di colui che è oggi chiamato "ufficiale di stato civile", per una serie di ragioni: *in primis*, da tutta la descrizione delle cerimonie, appare evidente che le stesse fossero adottate dalla sola nobiltà, come sembra attestare il continuo riferimento ai "gentiluomini" e agli strumenti dotali; *in secundis* il notaio svolgeva espressi richiami alla religione e al magistero ecclesiastico, con ciò implicitamente affermandosi che fosse il diritto canonico a regolare l'unione⁷⁴⁵. Ora, se il diritto canonico non aveva ancora sancito una forma *ad necessitatem*⁷⁴⁶, si capisce come anche questa fosse una forma canonicamente lecita, ancorchè non liturgica; gli studi esimi dei grandi storici che operarono a cavaliere dei due secoli passati sembrano infatti eccessivamente indulgere ad una confusione di piani (giuridico e liturgico) che è stata più volte rilevata (e che probabilmente non è stata ancora oggi completamente risolta), allo scopo di dimostrare che il matrimonio civile aveva degli antefatti nel medioevo,

respondendose volerlo, pigliatase la sposa per la mano, adoprasede che in nel penultimo deto della mano sinistra el marito mettali lo anello, insignito col sigillo over arme della soa propria famiglia, soggiungendoe: *Quos Deus coniunxit homo non separet.*» *Ibidem*.

741 «Gli statuti parlano sempre di *mulier transducta*, es. Stat. Trento (1527), I, 80 [...] Solennità queste ultime che consistevano generalmente nella formale traduzione della sposa nella casa maritale, traduzione che simulava la consumazione del matrimonio, e che appunto acciò vi fosse la pubblicità doveva farsi di giorno.» Così G. PIOLA, *Matrimonio (diritto civile)*..., cit., pag. 1083.

742 *Ibidem*, pag. 306: «La *deductio* finalmente si faceva con grandissima pompa e solennità. La sposa, montata su di una chinea ed accompagnata da corteggio numerosissimo, usciva dalla casa paterna e si recava in chiesa, davanti alla quale trovavasi il marito che, presala per mano, la introduceva in chiesa e la menava a sedere "in conspecto dello altare per la messa nuziale preparato."»

743 Cfr. *supra*, Parte I, cap. I.

744 Si veda *supra*, Parte I, cap. III e IV.

745 «Che poi colui il quale richiedeva e riceveva le dichiarazioni fosse stato un laico non impediva che egli dichiarasse gli sposi congiunti in matrimonio "in nome della Santa Chiesa" o con altra invocazione di sapore religioso, [...] nè più nè meno che fosse stato un ecclesiastico.» A. MARONGIU, *Il momento conclusivo*..., cit., pag. 79.

746 Il Lateranense IV, come si è visto *supra*, parte I, cap. III, aveva solo condannato i matrimoni clandestini, senza tangere l'ammissibilità della celebrazione avanti al notaio, già ritenuta lecita da Alessandro III nella decretale salernitana. Lo nota correttamente anche A. MARONGIU, *loc. ult. cit.*, laddove riconosce la scarsità dei matrimoni «pubblici e solenni, quelli onorati da nozze. Gli altri - numerosi anzi nelle nostre fonti - sono conclusi alla presenza di pochissime persone o addirittura tra i due sposi, clandestinamente.»

teoria che già Ruffini non si sentiva di condividere⁷⁴⁷ e che oggi appare definitivamente superata.

3 – *Marsilio da Padova e Guglielmo di Occam.*

Alla luce delle (necessariamente) brevi considerazioni ed esemplificazioni raccolte nello scorso paragrafo, si può tendenzialmente concludere nel senso di una non adesione alle teorie, espresse dai più importanti storici del diritto post unitari, circa una qualche forma "anticipatoria" del matrimonio civile negli statuti comunali, ricognitivi delle consuetudini italiane medievali. Già trattando in merito alla fase strettamente liturgica delle nozze si è potuto constatare come questa non potesse essere intesa siccome forma giuridica necessaria bensì come un *quid pluris* che le nozze cristiane avevano rispetto all'aformalismo giuridico cui erano assoggettate le nozze sin dai tempi della vigenza (in senso stretto) del diritto romano. Deve tuttavia essere altresì tenuto presente quanto si disse in merito ad una sorta di "abdicazione", da parte della potestà secolare, circa la normazione in materia matrimoniale, che in età franca viene sempre più assegnata alle sinodo locali, convocate spesso su iniziativa del re prima, dell'imperatore poi, i cui canoni formarono una delle principali fonti dalle quali attinse il Decreto di Graziano, per l'edificazione del diritto matrimoniale canonico e a cui si legò altresì la scuola parigina di Ugo di San Vittore e Pietro Lombardo.

A ben vedere, dunque, se il matrimonio era (come era) sempre stato inteso come una *res sacra*, quello che avrebbe dovuto scandalizzare non era tanto che la Santa Sede pretendesse di normare in proposito, attesa altresì la natura di "risposte particolari" che le epistole decretali avevano, quanto piuttosto il tendenziale rifiuto di una facoltà analoga in capo alla potestà temporale. Non sembra potersi dire completamente corretto il rilievo del Brandileone, secondo il quale «nell'età sciagurata in cui l'assoluta prevalenza degli ordini feudali era riuscita ad annullare lo Stato, la Chiesa, forse per necessità di cose, aveva attirato a sé la giurisdizione sulle cose matrimoniali, e come in altri rapporti era pervenuta a mutare la disciplina dei *libri poenitentiales* nella legislazione del *Corpus iuris canonici*.»⁷⁴⁸ Questa opinione, che risente dell'ideologia liberale che permeava la società italiana a cavaliere tra i due secoli passati, sembra in qualche modo amplificare l'attività avocatrice della Chiesa, restringendola ad un "breve" periodo di circa due secoli, quando si è già avuto modo di notare⁷⁴⁹ come il progressivo ritiro dell'autorità civile dalla materia fosse già attestato nell'epoca merovingia, quando l'attività sinodale sul punto era stata tutto fuorchè scarsa. Decisamente più fondato il rilievo circa una frizione tra l'autorità comunale e quella ecclesiastica, che poche righe sotto viene rilevato dallo stesso Autore⁷⁵⁰, ma non per una sorta di adesione

747F. RUFFINI, *Per la storia...*, cit., pag. 36.

748F. BRANDILEONE, *Saggi sulla celebrazione...*, cit., pag. 180.

749V. *supra*, Parte I, cap. I e II.

750«Quando però in Italia i pubblici poteri furono restaurati nelle nuove forme comunali, la potestà, che la Chiesa s'era arrogata, fra l'altro, sui matrimonii, non poteva non venire in conflitto con le autorità novellamente costituite. Ed è perciò che vediamo, sin dai primi tempi dei Comuni, la giurisdizione matrimoniale ecclesiastica, illimitata già ed estendentesi perfino ai rapporti patrimoniali tra coniugi,

"aprioristica" alla fazione guelfa o a quella ghibellina, che aveva in realtà motivi forse un poco più profondi, quanto per l'ontologia stessa del Comune italiano, sorto sulla struttura feudale longobarda (ove l'autorità regia poco o nulla poteva su quella dei Duchi) e comunque a spese dei Vescovi, i quali erano quasi ovunque nella Penisola insigniti del titolo comitale. Il Comune, quale aggregazione di soggetti che uniscono le proprie forze individuali al fine di tutelare i loro interessi, principalmente economici, sorge allargando le proprie competenze a spese dell'autorità ecclesiastica-civile, titolare del feudo: se dunque essa trattava anche dei rapporti patrimoniali tra coniugi⁷⁵¹, non era (o almeno non era esclusivamente) per ragioni "ideologiche", quanto perchè non v'era nessun altro che svolgesse detta funzione⁷⁵². Inoltre, detta contestazione poteva inerire tutt'al più al profilo giurisdizionale, non a quello "sostanziale" che il collaudato sistema di *utrumque jus* aveva sostanzialmente assoggettato alla Volontà divina e ai suoi interpreti terreni.

L'erosione della competenza ecclesiastica sul terreno giurisdizionale non poteva che partire dagli sponsali (in senso stretto), i quali avevano tutte le caratteristiche di un contratto di diritto privato patrimoniale, venendo ivi trattati tutti gli aspetti dotali e strettamente economici, come visto poco sopra negli esempi degli statuti romani del XV secolo; in questo senso deve quindi probabilmente intepretarsi la lettera di Onorio III ai milanesi (27 febbraio 1224), nella quale il Pontefice lamentava l'ardire del podestà di «*legitima matrimonia, quod etiam dictu ridiculum est, de facto, cum iure nequeas, separare inaudita temeritate*»⁷⁵³, attesa l'ancora pendente diatriba circa l'importanza della consumazione, anche in merito alla distinzione tra *sponsalia per verba de futuro* e *de praesenti*.

Solo latamente collegato alla questione dell'opera avocativa dei comuni medievali è perciò l'unico tentativo, con un sostrato filosofico, di avocare alla competenza secolare (*rectius imperiale*) la giurisdizione in materia matrimoniale e, per l'effetto, anche la competenza a normare sul punto. Si fa riferimento alle teorie di Marsilio da Padova⁷⁵⁴, corollario del *Defensor pacis*, esposte nel suo libello "*De iurisdictione imperatoris in causis matrimonialibus*", «fatto in occasione del divorzio d'una figliuola di Lodovico il Bavaro»⁷⁵⁵ e preceduto da un decreto dell'imperatore inerente allo scioglimento di detto matrimonio, sostanzialmente identico a un'altra opera, dal medesimo titolo, redatta da

subire necessariamente delle limitazioni; le quali furono maggiori o minori, secondo che nelle nostre città il potere fu esercitato da quella parte di cittadini, che osteggiava la Chiesa, o invece da chi era ligio alla Sede di Roma.» F. BRANDILEONE, *loc.ult.cit.*

751 Cfr. nota precedente.

752 Già nella tarda antichità era del resto attestata la forma processuale dell'*Episcopalis audientia*.

753 Riportata da F. BRANDILEONE, *Saggi sulla celebrazione...*, cit., pag. 181 a suffragio della propria opinione.

754 «Nato a Padova nel 1275-1280 da Bonmatteo dei Mainardini notaio dell'Università, morto del 1342-1343 presso la corte imperiale di Monaco [...], le sue dottrine ecclesiologiche sono nell'ambito della vera eresia e, benchè non molto originali, ebbero grande influenza per la loro forza sistematica, influenzando direttamente su Occam, Wiclef, Hus e sullo sviluppo delle teorie conciliari.» T. PIACENTINI, *Marsilio da Padova*, in *Enciclopedia cattolica*, VIII, cit., pag. 196-200.

755 B. LABANCA, *Marsilio da Padova. Riformatore politico e religioso del secolo XIV*, Padova, 1882, pag. 110 e F. SCADUTO, *Stato e Chiesa negli scritti politici dalla fine della lotta per le investiture sino alla morte di Ludovico il Bavaro*, Firenze, 1882, pag. 130.

Guglielmo di Occam⁷⁵⁶ circa nello stesso periodo. Seppur la loro voce fosse destinata «a rimanere inascoltata»⁷⁵⁷, appare interessante soffermarsi brevemente su di essa, in particolar modo a cagione della natura eminentemente pratica del loro intervento, strettamente connesso con la vicenda matrimoniale fallita di Margherita di Carinzia. A monte della *consultatio* marsiliana sta l'opinione, anticipata nel "*De translatione Imperii*", secondo la quale l'impero romano «sia passato dai Romani ai Greci, dai Greci ai Franchi, e da ultimo dai Franchi in Germania»⁷⁵⁸, grazie al conferimento alla Dieta dell'Impero del potere elettivo all'autorità cesarea, sancito da Gregorio V⁷⁵⁹, che attribuiva all'incoronazione ad opera del Pontefice valore esclusivamente accessorio, «*ad solemnitatem tantum*». Dunque, riassumendo le dottrine marsiliane con il Joyce⁷⁶⁰, da ciò discende che «la religione cristiana non abolì i diritti e la giurisdizione dei principi il cui titolo alla dignità era giusto e legittimo, e che perciò Lodovico possedeva tutti i diritti dei suoi predecessori pagani. Questi [...] godevano piena autorità legislativa e giuridica sul matrimonio, eccettuato soltanto quello in cui i loro poteri erano limitati dalla legge sul matrimonio contenuta nella Sacra Scrittura.» Conseguentemente gli "Heiligen Römischen Kaiser" non potevano essere in alcun modo soggetti alla legge meramente ecclesiastica, così come non lo erano stati gli Augusti romani e greci⁷⁶¹.

Che il discorso fosse tutto sommato fragile, la critica odierna non ha impiegato molto a dimostrarlo, soprattutto per la debolezza degli addentellati storici cui si appoggiava⁷⁶², ma all'epoca il suo successo fu corroborato dalla piena rispondenza di esso ai *desiderata* cesarei, in quanto era obiettivo del Bavaro, «dopo essersi impadronito del Brandeburgo e della Baviera inferiore, [...] far sua l'eredità di Enrico di Carinzia, la figlia ed erede del quale, però, Margherita Maultasch, era già unita in matrimonio con Giovanni di Boemia.»⁷⁶³ Il vincolo matrimoniale costituiva dunque un noioso ostacolo per la realizzazione delle ambizioni di Lodovico, in quanto l'unico mezzo per annettersi gli ambiti feudi, senza guerre dispendiose e comunque ingiuste, era l'unire in matrimonio il

756«Francescano inglese, nato a Occam (contea del Surrey), intorno al 1290, morto probabilmente a Monaco di Baviera nel 1349-1350. [...]» Sebbene i suoi scritti traggano motivo dallo scisma in seno all'Ordine francescano per la questione della povertà e del conflitto fra l'Impero e il papato in un particolare momento storico, tuttavia egli non si limita a ripetere i soliti argomenti tratti dalla pubblicistica del tempo, ma affiorano in essi, come già nell'opera di Marsilio da Padova, motivi che vanno ben oltre gli avvenimenti contingenti dai quali traggono occasione.» Così B. NARDI, *Guglielmo di Occam*, in *Enciclopedia cattolica*, IX, cit., pag. 38-42.

757G. PIOLA, *Matrimonio...*, cit., pag. 1089.

758B. LABANCA, *Marsilio da Padova...*, cit., pag. 108.

759La germanizzazione dell'Impero può comunque anticiparsi al 2 febbraio 962, data nella quale il Pontefice Giovanni XII incoronò Ottone I in San Pietro.

760G.H. JOYCE, *Matrimonio cristiano...*, cit., pag. 224-225

761Cfr. A. MOSTAZA, *Competencia sobre el matrimonio hasta el Concilio de Trento*, in AA.VV., *Ius populi Dei*, Roma, 1972. «Segun Ockan, al emperador, a fuer de sucesor de los emperadores paganos, compete toda potestad legislativa y judicial sobre el matrimonio, sin más límites que los establecidos por el derecho divino. En consecuencia todos los impedimentos matrimoniales de origen humano – ya sea éste eclesiástico o civil – están sometidos a su jurisdicción cuantas veces lo exija el bien común.»

762«Anche con la storia voleva provare la legittimità dell'impero romano germanico, con una critica storica, s'intende, molto superficiale, come allora si possedeva.» B. LABANCA, *loc. ult. cit.*

763F. BRANDILEONE, *Saggi sulla celebrazione...*, cit., pag. 184.

proprio figlio omonimo, marchese di Brandeburgo, con l'erede di Enrico, la quale bramava di liberarsi del proprio matrimonio infelice. Allo scopo la Maultasch dichiarò che mai il proprio matrimonio col boemo era stato consumato, chiedendo al Pontefice avignonese Giovanni XXII, la necessaria dispensa. Non avendo il Papa consentito alla richiesta, l'imperatore avocò a sè il procedimento e, dopo che venne dimostrata la veridicità dell'affermazione di Margherita egli, con propria sentenza, concesse la dispensa *super rato*, favorito dalla contumacia di Giovanni di Boemia. Non tardando le rimostranze pontificie per un procedere che teneva in "non cale" le prerogative vantate dalla Sede apostolica, vennero redatte le citate opere⁷⁶⁴, nelle quali, argomentando a partire dalla *traslatio imperii* sopra accennata, veniva edificata una difesa dell'operato imperiale sulla base di due argomentazioni: «il potere legislativo e giudiziario esercitato dagli imperatori romani sul matrimonio; la discendenza della potestà degli Imperatori romano-germanici da quella degli antichi Augusti.»⁷⁶⁵ Se il primo punto è tutto sommato fuori questione, il secondo non può certo dirsi «innegabile»⁷⁶⁶, come lo definisce il Brandileone, tanto che lo stesso Marsilio dovette rendersi conto che l'avocazione ecclesiastica della materia matrimoniale era maturata, certo su presupposti sorti già nella Chiesa delle origini, ma anche e soprattutto per il vuoto di potere che si ebbe nell'Europa occidentale dopo la caduta dell'Impero d'Occidente e, di nuovo, con la frammentazione dell'effimero disegno carolingio. A questo punto, mentre «Ockam, in politica, vuol rimanere tra i limiti della Chiesa, combattendo gli abusi della Chiesa con le medesime armi della Chiesa, cioè con principii e fatti raccolti dalla tradizione orale, e massimamente scritta dal Cristianesimo»⁷⁶⁷, Marsilio afferma esplicitamente essere pieno diritto imperiale il riacquisire ciò che si era in altro tempo concesso, senza che la potestà papale potesse in alcun modo (nemmeno per mezzo della legislazione) frapporre ostacoli a questo legittimo processo, se non quelli direttamente derivanti dalla legge divina⁷⁶⁸; ora, nel caso di specie, l'unico impedimento possibile era quello "*ligaminis*",

764Qualcuno, nel passato, aveva tentato di ricondurre entrambi i trattati al solo Occam. Questa opinione è confutata dal Labanca il quale ritiene che «i due trattati, per ragioni intrinseche, ponno attribuirsi probabilmente ai due contemporanei, Marsilio da Padova e Guglielmo di Ockam. E' sufficiente attendere al risultato ultimo cui arrivano, del tutto diverso, secondo il tenore diverso dei due scritti. Il titolo e l'argomento è il medesimo: l'occasione di scrivere la medesima. Che trovasi di non medesimo in essi? Ecco: l'Okam insiste a provare per legge divina, cavata dalla Scrittura, che non v'è impossibilità di sciogliere matrimoni e di contrarne altri, anche tra fedeli e infedeli, ogni volta che vi sieno gravi ragioni; e Marsilio insiste più e più a dimostrare che le quistioni matrimoniali, per lo scioglimento e collegamento, devono trattarsi e sentenziarsi dal potere coattivo dello stato, non dal potere curativo della Chiesa. Dico pensatamente coattivo e curativo; giacchè per Marsilio la Chiesa, come si vedrà, ha ufficio di medico, non di giudice, ch'è quanto dire cura con salutari consigli; laddove lo Stato, per lui, e solamente lo Stato, condanna con mezzi coattivi.» B. LABANCA, *Marsilio da Padova...*, cit., pag. 110-111.

765F. BRANDILEONE, *Saggi sulla celebrazione...*, cit., pag. 185.

766Ibidem.

767B. LABANCA, *Marsilio da Padova...*, cit., pag. 112.

768«E' vero che molti canoni stabilivano che le cause matrimoniali erano di sola competenza ecclesiastica: e si poteva ammettere che essa, cioè il corpo dei fedeli, è il custode designato da Dio delle leggi contenute nella scirttura. Ma in quanto questi canoni intendevano porre le cause matrimoniali sotto la giurisdizione del clero, ciò si doveva interpretare come fatt in virtù del consenso del governante secolare e non di un'autorità speciale conferita al clero da Nostro Signor Gesù Cristo.» G.H. JOYCE, *Matrimonio*

chiaramente esplicitato dalla Scrittura, ma «siccome il matrimonio già contratto da Margherita, duchessa di Carinzia col figlio di Giovanni di Boemia è stato chiaramente provato inesistente innanzi all'Imperatore, e, per conseguenza, la stessa Margherita è, per legge divina, diventata libera, così l'imperatore può autorizzare il matrimonio di lei con suo figlio Lodovico, e quando anche esistano impedimenti stabiliti da leggi imperiali o papali, pure egli può farlo per ragioni di pubblica utilità.»⁷⁶⁹ Proprio quest'ultima idea assevera in qualche maniera il rilievo del Labanca circa l'obiettivo del Patavino di «penetrare ancora nelle assolute esigenze dello Stato, sorretto da principi o fatti indipendenti dalla religione»⁷⁷⁰, superando le strettoie della controversia minoritica che stringevano l'Occam e minando alla base qualsivoglia genere di *potestas regiminis* in capo agli ecclesiastici, e ai membri del Collegio episcopale in particolare, non ultimo il suo Capo. Una Chiesa "detemporalizzata" quella di Marsilio dunque, priva di beni temporali e retta direttamente dal Popolo di Dio, cui sarebbe spettata l'elezione (e la destituzione) di un Pontefice privo di giurisdizione universale, dedito (con gli altri chierici, suoi pari) a "curare più che a costringere i malati ad essere curati"⁷⁷¹.

Nel caso di specie, la competenza a vagliare questioni di diritto divino sarebbe spettata al clero il rimanente, di diritto umano (non importando se lo stesso fosse ecclesiastico o secolare) ai giurisperiti incaricati dal Capo temporale della cristianità, l'Imperatore. Su queste basi, Marsilio esemplificava, facendo riferimento all'impotenza, un caso in cui per legge divina doveva ritenersi proibito il matrimonio; interrogati i sacerdoti avrebbero dovuto rispondere ma limitatamente alla questione generale in quanto, nel concreto, un eventuale mendacio sarebbe passato nel campo dello spergiuro, divenendo di competenza divina (*post mortem*) e dovendosi lasciare alla potestà pubblica il potere di reprimere ogni abuso. «E' dunque una vera e propria necessità, - così egli conclude -, che la potestà secolare giudichi del matrimonio o degli altri oggetti spirituali, in quanto essi, o gli atti umani che li riguardano, in talune condizioni si riferiscano a disposizioni della legge umana non repugnanti alla legge divina.»⁷⁷² dovendo il legislatore secolare, e il giudice ad esso legato, intervenire per reprimere eventuali violazioni. Dal che discendeva il vero e proprio parere reso dal consigliere di Lodovico, secondo il quale «*ex praedictis igitur evidenter apparet, iudicium coactivum sive sententiam proferre ac exequi per coactivam potestatem, super divortio*⁷⁷³ matrimoniali fieri requisito, ad romani Pontificis sive nostram auctoritatem vel eorum, quibus per non concessa fuerit talis auctoritas sive

cristiano..., cit., pag. 224.

769F. BRANDILEONE, *Saggi sulla celebrazione...*, cit., pag. 184.

770B. LABANCA, *loc. ult. cit.*

771Così le pene per le violazioni del diritto divino sarebbero state irrogabili esclusivamente dalla Divinità e, comunque, *post mortem*. Cristo, infatti, nella ricostruzione dell'autore del *Defensor pacis*, non avrebbe consegnato questa autorità agli Apostoli e, per conseguenza, nessuno dei loro successori (Pontefice, Vescovi, sacerdoti) avrebbe potuto rivendicarla interpretando estensivamente una volontà del Redentore, non risultante dalla scrittura. Cfr. F. BRANDILEONE, *Saggi sulla celebrazione...*, cit., pag. 188.

772Ibidem, pag. 191.

773Intendendosi con *divortium* la separazione sulla base della teoria degli impedimenti, preceduta dalla declaratoria di nullità espressa in foro civile.

*potestas, solummodo pertinere.»*⁷⁷⁴

La questione è quindi spinta ben oltre la semplice "giurisdizione" ma investe l'intera disciplina matrimoniale, ricollegandosi al procedimento normativo in guisa non molto diversa dalle proposizioni del protestantesimo, ampiamente affrontate nel corso della prima parte di questo scritto. Questa prima embrionale affermazione della potestà *esclusiva* dell'autorità secolare in materia matrimoniale era del resto conseguenza necessaria dei presupposti descritti (e dell'ecclesiologia marsiliana) giacchè, nel momento in cui negava alla Chiesa la potestà di eseguire (o fare eseguire) i propri comandi, non poteva che conseguire l'assenza di potestà nel dettarli, in quanto gli stessi non avrebbero avuta alcuna utilità pratica, rimanendo inani parole.

774F. BRANDILEONE, *Saggi sulla celebrazione...*, cit., pag. 192.

CAPITOLO II

L'AFFERMARSI DELLA SECOLARIZZAZIONE

1 – *Eterodossia moderna e matrimonio civile. Un nesso eziologico.*

Ricollegando quanto si è testè rilevato in merito al pensiero di Marsilio e di Ockam con le teorie espresse dai novatori religiosi dei secoli XV e XVI, appare immediata conseguenza logica allacciare in un unico percorso queste opinioni, le quali sole (e non altre) appaiono essere la prima causa efficiente della nascita del matrimonio civile, così come inteso in senso moderno. Non si tratta solo di un cambiamento apparente, di una sovrapposizione di strutture esteriori rinnovate, più adeguate ai tempi, bensì di un sovvertimento radicale della *Weltanschauung* che il medioevo aveva ereditato dall'antichità, apportandovi il proprio originale contributo. Ha quindi ben donde Orio Giacchi di parlare di «contributo luterano alla formazione dell'assolutismo»⁷⁷⁵, rilevando che la base del pensiero luterano «è una nuova considerazione dei rapporti tra l'uomo e Dio»⁷⁷⁶, concepita in guisa tale da troncare ogni rapporto diretto tra i due, da mutarsi in una sudditanza assoluta, simile a quella che egli raccomanderà nei confronti del Principe secolare. Valutare se si tratti di un passo indietro o di uno avanti nel cammino della Storia esula dagli scopi di questo scritto, anche se appare indubitabile quanto l'allievo di Del Giudice afferma nella sua elegante prosa, cioè che, in questo modo, «l'Uomo, ragione e volontà, è ridotto alla sua estrema miseria, al suo nulla intellettuale e morale, dal quale soltanto lo salva – sublimandolo nella libertà cristiana dei figli di Dio – Cristo redentore, non riconoscendo meriti acquisiti ma attribuendo liberamente un valore spirituale che è soltanto frutto di Lui, non dell'uomo.»⁷⁷⁷ Se l'azione divina viene scissa dalla propria *rationabilitas*, ne discende l'impossibilità di una conformità dell'azione umana alla volontà dominica e, dunque, di realizzare la giustizia secondo i parametri fino ad allora noti. Se l'essere umano deve così raccogliersi in sè stesso, abbandonandosi a Cristo in uno stato di *fiducialis desperatio*, ne consegue che esso debba altrettanto assegnare il proprio governo a quei Principi la cui potestà non poteva ch'essere derivante dal diretto imperio del Creatore: difatti, se il Redentore aveva detto a Pilato ch'egli non avrebbe avuto alcun autorità se non gli fosse stata data dall'alto (Gv 19,10), allo stesso modo il Sovrano l'avrebbe ricevuta immediatamente, senza che la Chiesa, ridotta alla sua dimensione ultraterrena, potesse in alcun modo porsi ad essa di

775O. GIACCHI, *Lo stato laico*, Milano, 1975, pag. 44. Il pensiero di questo insigne studioso è stato egregiamente riassunto dalla sua Allieva più celebre, O. FUMAGALLI CARULLI, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Milano, 2003, pag. 251. «Un compianto Maestro dell'Università cattolica (Giacchi) ha dedicato a questi temi profonde analisi storiche, ravvisando la nascita e l'evoluzione dell'idea e della realtà dello Stato laico in un percorso storico-culturale. Che parte dal Medioevo, attraversa il Rinascimento, l'età della Riforma luterana, quella della Riforma cattolica e culmina nella concezione e nella realtà dello Stato assoluto, che nasce come Stato confessionale. E di lì riparte per un processo di deconfessionalizzazione. [...]»

776O. GIACCHI, *Lo stato laico*, cit., pag. 45.

777 *Ibidem*.

traverso⁷⁷⁸. Perciò la figura "fisica" del Sovrano assurgeva a quella giuridica di *dominus*, di rappresentante della divinità cui i credenti dovevano essere soggetti e che doveva dedicarsi al governo del "regno della mano sinistra"⁷⁷⁹ secondo gli stessi principi che, ai tempi della guerra di Troia, aveva espresso Ulisse bastonando Tersite⁷⁸⁰: la Storia ha infatti orrore del vuoto e appare assolutamente normale che, laddove un Potere (quale quello ecclesiastico) venga meno, ad esso si sostituisca un altro che, nel medesimo spazio, sia più forte. La successiva evoluzione, che porterà all'emersione dello Stato sovrano nel senso moderno cioè, per dirla con Jean Bodin, «che non dipende da altri se non dalla propria spada», non è che una conseguenza necessaria di questa sfiducia per l'Uomo emergente dal pensiero di Lutero, con «la netta separazione tra il Principe ed il popolo da lui governato, poichè il primo è la manifestazione di Dio nel mondo esterno, visibile, il secondo è l'agglomerato di tutti i mali dell'umanità decaduta, la maggiore manifestazione esteriore del peccato.»⁷⁸¹ Orbene, operando una sussunzione di quanto detto sopra⁷⁸² in merito alla concezione protestante delle nozze nella dimensione statale figlia della Riforma, si capisce che quest'ultima è stata primaria causa della nascita del matrimonio civile: se infatti il matrimonio viene inteso come semplice *remedium et ordinatio concupiscentiae*, a tacere del suo uso quale mezzo politico di pressione sopra un clero⁷⁸³ pesantemente deficitario in termini vocazionali e morali, si comprende come il sovrano, divenutone *dominus*, potesse pretendere di disciplinare anche le unioni dei pochi sudditi rimasti legati alla fede avita. Qualche avvisaglia di questo fenomeno, sebbene in un paese ufficialmente cattolico, si era avuta già con l'Editto francese del 1556, con il quale Enrico II legiferò in materia di matrimoni clandestini, nelle more

778O. FUMAGALLI CARULLI, *Il governo...*, cit., pag. 7. «Com'è evidente, la concezione luterana del diritto – di qualunque diritto – è insieme causa ed effetto della concezione luterana dello stato, visto come unico e supremo garante di una vita ordinata e pacifica, che consenta al cristiano di vivere in pace la sua vita interiore. A sua volta la concezione dello Stato è conseguenza della concezione dell'Uomo, che nel pensiero di Lutero non è più "misura dell'universo" (com'era per tutta la costruzione intellettuale e morale della civiltà classica, medievale e rinascimentale), ma è l'"uomo decaduto", che non potendo pretendere di compiere un bene oggettivo, un'opera buona per sè valida, non può più essere considerato "in se iustus", unica "iustitia" essendo quella regalata da Dio all'uomo grazie appunto alla *fiducialis desperatio*, che egli compie in Cristo.»

779Ibidem.

780V. anche F. RUFFINI, *Relazioni tra stato e chiesa*, Bologna, 1974, pag. 85: «Questo nuovo concetto e questo nuovo indirizzo di politica ecclesiastica ebbero un vigoroso e decisivo incremento dalla Riforma protestante. Nei paesi, ove questa stabilmente trionfò, le varie Chiese, rotto ogni legame con Roma, non vi sostituirono però un governo spirituale unitario: e ciò per varie ragioni. Prima di tutto perchè i riformatori, in sull'inizio non miravano punto a costituire una nuova chiesa, ma semplicemente a depurare l'antica chiesa, illudendosi di poter guadagnare alla loro causa tutti i dignitari cattolici. E poi in grazia del prevalere del principio della cosiddetta *Chiesa invisibile*, e cioè del principio che non occorresse punto una organizzazione esteriore per costituire l'unità ecclesiastica, a ciò bastando l'invisibile unione interiore delle coscienze nella comune fede. Ma un governo esterno era pur sempre necessario. Allora la facoltà di esercitarli fu attribuita al sovrano civile, nella sua qualità di signore del territorio: di qui il nome di *Territorialismo* dato a tale sistema.»

781O. GIACCHI, *Lo stato laico*, cit., pag. 60.

782Parte I, cap. III.

783Non è certo un caso se l'opportunità di ammettere clero uxorato in Germania sia stata reiteratamente proposta fino al pontificato di Gregorio XIII (1572-1585). Cfr. L. VON PASTOR, *Storia dei papi*, IX, cit.

della sospensione del Concilio di Trento⁷⁸⁴ e, soprattutto, con le Ordinanze di Blois del 1579, tramite cui Enrico III di Valois operò una parziale attuazione dei decreti riformatori tridentini, imponendo le pubblicazioni come «condizione di validità del matrimonio»⁷⁸⁵ (art. 40) e la celebrazione avanti al parroco in presenza di quattro testi (art. 44), quasi a maggior guarentigia di pubblicità rispetto ai due imposti da Trento. Seppure questi interventi legislativi di impronta gallicana si mantenessero nell'alveo dell'ortodossia cattolica⁷⁸⁶, debbono altresì rammentarsi tutti quei temperamenti, "distinguo" ed interferenze che, come si è visto⁷⁸⁷, porteranno, forse loro malgrado, a conclusioni sovvertitrici dei paradigmi matrimoniali canonici.

Diversa la situazione nei territori che avevano aderito alla Riforma, come le Provincie Unite dei Paesi Bassi⁷⁸⁸, nei quali il matrimonio dei cattolici non poteva essere celebrato nelle forme del *Tametsi*⁷⁸⁹, essendo soppressa la gerarchia cattolica⁷⁹⁰ e venendo affidata la cura d'anime (e annessi benefici) a predicatori eretici⁷⁹¹. Questo insieme di contingenze portò il potere pubblico, in virtù della signoria sulla materia di recente rivendicata e acquisita, ad introdurre una celebrazione formale avanti all'ufficiale municipale con l'Ordinanza del 1° aprile 1580⁷⁹², stabilendo detta forma siccome «facoltativa per i riformati, obbligatoria per i dissidenti»⁷⁹³. Come aveva anticipato Marsilio da Padova, il

784V. J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 237.

785 *Ibidem*, pag. 238

786 Anche se non sempre della morale, in quanto il matrimonio del Montmorency non venne sciolto tramite un intervento autoritativo secolare ma tramite declaratoria di inesistenza del matrimonio, basata su una dichiarazione surrettizia del figlio del connestabile, che dichiarava di non avere mai contratto con Giovanna di Piennes. Cfr. *Supra*, Parte I, cap. III.

787V. *Supra*, Parte I, cap. IV.

788 In particolare l'Olanda e la Frisia occidentale. Cfr. J. GAUDEMET, *Matrimonio e famiglia*, cit., pag. 2, A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, cit., pag. 5, F. FILOMUSI GUELF, *Enciclopedia giuridica*, Napoli, 1917, pag. 396, nota 4 e G. PIOLA, *Matrimonio...*, cit., pag. 1090.

789V. J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 232.

790 I canoni tridentini erano stati pubblicati dal concilio provinciale di Utrecht nel 1565, venendone prescritta l'applicazione dai vescovi di nomina spagnola tra il 1565 e il 1570. Tuttavia, la rivolta delle Provincie Unite rese del tutto inattuabili le prescrizioni dell'episcopato, tanto che il nuovo vicario apostolico rinnovò la pubblicazione nel 1609. *Ibidem*, pag. 223.

791 *Ibidem*. «Abbiamo visto le conseguenze del trionfo della Riforma nelle regioni settentrionali delle Provincie Unite. Nel 1580, la gerarchia episcopale, insediata da Filippo II, è praticamente scomparsa. Il culto cattolico, proibito, può essere celebrato solo in segreto e con molte difficoltà.» Il tardo successo della Riforma nelle terre neerlandesi può essere senza dubbio attribuito alla figura di Carlo V. Nato a Genk, l'Imperatore era stato educato nella lingua fiamminga e veniva considerato dalla popolazione come un compatriota. Diversamente stimato era il di lui successore Filippo II, le cui reiterate imposizioni fiscali favorirono un clima di malcontento nella borghesia e nei feudatari, facilmente permeabili alle novità religiose quando queste favorivano i loro *desiderata*.

792E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 482.

793E. FRIEDBERG – F. RUFFINI, *Trattato...*, cit., pag. 626. Il Friedberg, *pro domo sua*, parla di «motivi di tolleranza» a monte di questa scelta, in ciò seguito anche da C. NANI - F. RUFFINI, *Storia del diritto privato italiano*, Torino, 1902, pag. 179. In realtà, andando a guardare gli avvenimenti storici della rivolta dell'Orange, le crudeltà del Duca d'Alba avevano portato ad una particolare aggressività dei novatori religiosi nei Paesi Bassi settentrionali. Il culto cattolico era stato pressochè ovunque proibito e le Chiese erano cadute in mano alla furia iconoclasta della plebe, sobillata dai predicatori protestanti. Cfr. L. VON PASTOR, *Storia dei papi...*, XI, cit. Dunque non si può parlare di "tolleranza" in quel periodo

passaggio alla legislazione inerente alla forma celebrativa era transitata dalla contestazione della giurisdizione ecclesiastica, abolita dalla sinodo provinciale di Dordrecht del 1574⁷⁹⁴, con il suo articolo 83⁷⁹⁵. Questo "formalismo secolare", poi esteso nel 1656 a tutte le Province Unite, rappresentava un'autentica novità giacchè, come si è visto, le forme celebrative per atto di notaio non erano mai state previste *ad substantiam*, ma soltanto *ad probationem tantum* e, comunque, non rispettavano quei requisiti individuatori dell'istituto, riassunti dal Friedberg⁷⁹⁶ e a tutt'oggi condivisibili, secondo i quali la caratteristica essenziale dei matrimoni civili propriamente detti non sta tanto nella «partecipazione di un organo non ecclesiastico» ma in ciò: «che il consenso dei nubenti esplica la sua efficacia solo se viene espresso innanzi all'ufficiale dello stato», presupponendo, «in tale ufficiale, una speciale delegazione dello stato, del che in nessun caso è parola durante il medioevo.»

Che di questo si trattasse nel caso neerlandese è di tutta evidenza: infatti, la prestazione del consenso non veniva effettuata durante la messa privata, ancora consentita, ma si svolgeva ad essa anteriormente presso la sede della municipalità; la penuria di sacerdoti e la scomparsa quasi totale del clero investito dell'ufficio ecclesiastico di parroco spesso impediva che financo questo atto di culto privato potesse avere luogo, tanto da convincere la S. Congregazione del Concilio (1602)⁷⁹⁷, ad emanare un decreto che, prendendo atto dell'impossibilità di applicare il *Tametsi* nei luoghi in cui non era stato pubblicato, manteneva vigente il precedente aformalismo, considerando dunque valida agli effetti canonici l'unione celebrata sulla base del semplice principio *consensus facit nuptias*. Era questo una radicale sovvertimento del precedente orientamento (1586), espresso dal medesimo organismo curiale e di cui si è accennato sopra⁷⁹⁸, secondo il quale doveva ritenersi nullo per difetto di forma qualsiasi matrimonio tra battezzati⁷⁹⁹, che non fosse stato celebrato innanzi al parroco. Questa applicazione equitativa del decreto

storico ma, più correttamente, di un legittimo utilizzo dello strumento matrimoniale per coartare elementi dissidenti da parte di un governo che negava la sua dimensione sacramentale, mettendo i cattolici di fronte alla scelta tra la coscienza e i propri diritti civili (successioni *mortis causa*, legittimazioni etc.) In senso intermedio tra l'opinione del Friedberg e quella decisamente meno autorevole di chi scrive, sembra porsi V. DEL GIUDICE, *Il matrimonio nel diritto canonico e nel diritto concordatario italiano*, Milano, 1946, pag. 86, secondo il quale «il matrimonio civile è istituito tipicamente "liberale". Gradualmente affermatosi nei paesi "riformati" per ragioni pratiche di tolleranza religiosa (e dapprima proprio in favore dei cattolici, oppressi dalla intolleranza calvinista, nelle provincie olandesi e della Frisia occidentale nell'ultimo ventennio del sec. XVI), si diffuse nel secolo XVII in tutti i Paesi Bassi come matrimonio "facoltativo".» Bene fa P. PALAZZINI, *Matrimonio civile*, in *Enciclopedia cattolica*, VIII, cit., pag. 477 a distinguere tra la "tolleranza" per gli altri riformati e l'intolleranza nei confronti dei cattolici. Si veda altresì P.A. D'AVACK, *Il problema storico-giuridico della libertà religiosa*, Roma, 1966, pag. 103, in cui l'Autore parla di «feroce e intransigente intolleranza» con la quale venne «bandita ogni forma di culto cattolico con sistemi duramente oppressivi.»

794 G.H. JOYCE, *Matrimonio cristiano*, cit., pag. 229.

795 E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 480.

796 E. FRIEDBERG – F. RUFFINI, *Trattato...*, cit., pag. 626, nota 1.

797 Si veda sul punto, più diffusamente, Parte I, cap. IV.

798 *Ibidem*.

799 Anche protestanti, in strettissima applicazione di quella dottrina che sarà superata solo con il codice del 1983.

di riforma, sembra ispirata dal Bellarmino⁸⁰⁰, non poteva però portare a conclusioni ulteriori: innanzitutto «dove il decreto è stato in passato osservato si deve presumere che sia stato pubblicato»⁸⁰¹, risultando così vincolante tanto per cattolici quanto per riformati, *in secundis* non trattavasi di un riconoscimento da parte della Santa Sede di una forma esclusiva di celebrazione ma di un semplice assorbimento di essa all'interno del diritto canonico, così come era avvenuto con la consuetudine di celebrare avanti al notaio. Ciò che dava valore al matrimonio, e quindi faceva sorgere tanto il contratto quanto il sacramento, non era la presenza dell'ufficiale municipale, bensì il semplice consenso dei nubenti, che poteva essere scambiato in qualsiasi forma, ivi compresa quella "civile". Ecco dunque la ragione della successiva adozione del medesimo criterio da parte della *S. Congregatio de propaganda fide*, costituita nel 1622, che «lo applicò ai cristiani del Giappone (decreto della congregazione del 13 giugno 1625.), al Tonchino (1670) e alla Cina (1784)»⁸⁰², per acquisire diffusione europea nel corso del XIX secolo, fino alla sopravvenienza del *Ne temere* (1908) e alla codificazione canonica piano-benedettina.

L'esempio olandese venne raccolto dai c.d. "puritani" inglesi all'epoca della repubblica di Cromwell quando, per dirla col Friedberg⁸⁰³, «die calvinistische Theorie, die protestantische Lehre vom allgemeinen Priesterthume, von der Gleichberechtigung aller Geistlichen dranch durch deutsche Vermittelung nach England, gewann, durch Verfolgungen geschärft und gestärkt, immer mehr an Verbreitung, und nahm schliesslich den Kampf auf Tod und Leben mit dem Episcopalismus auf.»⁸⁰⁴ Il mantenimento di una costituzione gerarchica, che distingueva la comunità ecclesiale anglicana da quelle riformate, trovava le proprie colonne portanti nel Trono e nei grandi "Earls", riuniti con i "lord spirituals" nella camera alta del Parlamento, quasi in opposizione agli interessi borghesi, rappresentati dai Comuni e più vicini alla sensibilità presbiteriana, secondo la quale era necessaria una «Zurückführung der Kirchenverfassung auf das anorganische Zusammenleben der apostolischen Zeiten, Fortfallen alles und jedes an Heiden- oder Papstthum erinnernden Formenwesens»⁸⁰⁵, il cui prevalere vide l'instaurazione della dittatura di Cromwell e dell'unico esperimento repubblicano della storia inglese.

800J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 232.

801 *Ibidem*. La rigidità dell'interpretazione era tuttavia temperata dalla previsione che reputava sufficienti i due testi in caso di vacanza della parrocchia.

802 *Ibidem*.

803E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 324.

804[*La teoria calvinistica, la dottrina protestante del sacerdozio universale dell'equiparazione di tutti i religiosi passò attraverso l'intermediario tedesco in Inghilterra, inasprita e rinforzata attraverso le persecuzioni, guadagnò sempre maggiore diffusione e assunse alla fine il carattere di una battaglia all'ultimo sangue contro l'Episcopalismo.* Traduzione propria.]

805[*Una marcia indietro della concezione della Chiesa alla vita non organizzata dei tempi apostolici, una soppressione di ogni e ciascuna forma che ricordasse paganesimo e papato.* Traduzione propria.] *Ibidem*, pag.325. Cfr. anche P. PALAZZINI, *Matrimonio civile*, cit., pag.477. «Per questioni invece di principio avvenne l'istituzione del matrimonio civile in Inghilterra, Scozia, Irlanda nel 1653, quasi per esonerare la Chiesa da un negozio temporale.» Nello stesso senso E. FRIEDBERG – F. RUFFINI, *Trattato...*, cit., pag. 626, tolto il "quasi".

Se, per dirla con D'Avack⁸⁰⁶, questo «continuo cozzo e i vicendevoli tentativi di sopraffazione di queste svariate correnti religiose⁸⁰⁷, tutte in genere ferocemente esclusiviste nelle loro dottrine confessionali, si protrasse per oltre un secolo, provocando infine quella grande rivoluzione che portò alla condanna al patibolo di Carlo I Stuart», allo stesso tempo occorre dire che la personalità di eccezione del Cromwell fu il vero motore della riforma matrimoniale, riuscendo ad estenderla, in virtù dei suoi poteri dittatoriali, altresì alla Scozia e all'Irlanda (1653)⁸⁰⁸. Per quanto queste disposizioni siano state «abolite dalla restaurazione»⁸⁰⁹, dovendosi attendere solo il 1836 per l'introduzione di un matrimonio civile facoltativo⁸¹⁰, la normativa puritana, anzi "cromwelliana"⁸¹¹, presenta aspetti di alto interesse, in quanto attribuiva la potestà di celebrare matrimoni, in via esclusiva, al Giudice di Pace del luogo di dimora dei nubenti, con il chiaro intento di affermare la dottrina protestante sulla "desacramentalizzazione" del vincolo, come era già stato in qualche modo anticipato dal Milton, quando aveva affermato che «no less than marriage, were by the cunning of priests heretofore, as material to their profit transacted to the altar», da cui derivava l'assioma secondo il quale «the ordering of marriage belongs to the civil power.»⁸¹²

Scendendo un poco più nel dettaglio e seguendo per comodità sempre la scia del Friedberg, che nella sua opera monumentale ha più approfonditamente di altri, pur grandi, studiato le forme matrimoniali civili della prima modernità, si può portare un bell'esempio concreto, risalente al 26 dicembre 1653, relativo alle nozze del marinaio Julius Wood con certa Martha Wagdock, già vedova, avvenuto nella contea del Middlesex⁸¹³ e nel quale è detto chiaramente che i due erano stati uniti in matrimonio (in presenza di due testimoni), dal "justice of peace", soggetto attivo nella celebrazione, la quale era preceduta dalle pubblicazioni, da tenersi per tre domeniche consecutive. Da

806 P.A. D'AVACK, *Il problema...*, cit., pag. 95.

807 L'Autore fa riferimento ai citati presbiteriani, episcopaliani e ai cattolici irlandesi, che già ai tempi di Elisabetta I si erano sollevati in armi contro il dispotismo inglese, in ciò supportati (per quanto in maniera largamente insufficiente) dalla Spagna di Filippo II e Filippo III. Su quest'ultimo punto ottimo sunto storico è dato da L. VON PASTOR, *Storia dei papi...*, X, cit.

808 E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 327. «Das Gesetz über Civilehe, welches die Commonwealth für England im Jahre 1653, erlassen hatte, wurde schon in December desselben Jahres auf Irland ausgedehnt und empfing dann auch Geltung für Schottland.» [*La legge sul matrimonio civile che il commonwealth aveva emanato per l'Inghilterra fu estesa già dal dicembre 1653 all'Irlanda e ricevette poi anche validità per la Scozia.* Traduzione propria.] Nè i continui scontri con i cattolici in Irlanda e con i membri della comunità ecclesiale episcopale scozzese (i futuri "giacobiti") agevoleranno la sua accettazione.

809 E. FRIEDBERG – F. RUFFINI, *loc. ult. cit.*

810 *Ibidem*.

811 E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 325 la chiama, a margine, «das cromwellsche Ehegesetz.» [*legge matrimoniale cromwelliana.* Traduzione propria.]

812 *Ibidem*, pag. 326, nota 2, laddove si cita ampiamente J. MILTON, *Prosaische Schriften*, Leipzig, 1852.

813 «1653 december 26. Julius Wood of Nightingale-Lane, in this parish, mariner, and Martha Wagdock of the same, widow, were published in the Market place at Leadenhall, three several market-days, in three several weeks (viz.) on the eleventh day, on the nineteenth day, on the twentysixth day of december 1653; and the said Julius W. And Martha W. were married by me, Richard Loton esq. and Justice of Peace in the county of Middlesex on the 26th day of december 1653. Edward Callis and Tobias Harborough witnesses present.» *Ibidem*, pag. 327, nota 2

questo esempio, si comprende come il criterio residenziale, in assenza di una vera e propria "anagrafe", fosse ancora dato dalla parrocchia, ma anche che quest'ultima era stata completamente spogliata della competenza celebrativa, passata al rappresentante del potere civile; il che è confermato da un altro documento, di estremo interesse perchè fa comprendere come la stessa figlia di Cromwell, Frances, avesse contratto nelle medesime forme dei suddetti popolani, in presenza del padre e di numerosi altri maggiorenti del nuovo regime⁸¹⁴, con un'insistenza dei documenti sul rispetto delle forme di legge, anche da parte dei membri più distinti della società, quasi per dimostrare che l'imperio di quella dominava ormai nobili e plebei «without exception»⁸¹⁵.

Come detto il rientro di Carlo II sul trono comportò l'abrogazione dell'esperimento inglese, il quale non era comunque riuscito a penetrare nella coscienza intima della nazione, come attesta, ad esempio, l'ironica poesia contenuta nel diario di Flacknoe e pubblicata, sempre dal Friedberg, nel suo «Recht der Eheschließung»⁸¹⁶; tuttavia, come si vedrà poco oltre, giungeranno presto i tempi nei quali il legislatore, per il bene stesso del popolo, riterrà di dovere anticipare con i suoi interventi la [in]coscienza di questo.⁸¹⁷

2 – La scuola del diritto naturale e l'illuminismo.

Perché una concezione, come quella che poco sopra si è vista espressa dal Milton⁸¹⁸, potesse conquistare anche le nazioni rimaste cattoliche furono necessarie due concause: la prima, trattata nella sezione dedicata alla Chiesa,⁸¹⁹ era lo sviluppo delle dottrine giurisdizionaliste, in base alle quali il Sovrano avrebbe avuto la potestà in materia matrimoniale, sulla base di quell'assunto che vedeva scissa la dimensione contrattuale del vincolo da quella sacramentale; la seconda (ideologicamente ancor più rilevante) è lo sviluppo della scuola filosofica razionalista con quella sua appendice, rappresentata dalla dottrina giusnaturalista, riferentesi allo *jus naturale* non più nel senso scolastico, ma in guisa totalmente secolarizzata.

814«November 11, 1657. There are to certify, whom it may concerned, that according to a late Act of Parliament, entytuled an Act touching Mariages and the registering thereof etc. Publication was made in the publique meeting place, in the Parish Church of the Parish of Martins in Fields in the County of Middlesex, upon three several Lord's Days, at the close of the morning exercise, namely upon the XXV. day of october 1657, as upon also the I and VIII days of november agreed upon between the Right Honorable Robert Rich of Andrew's Holborne and the Lady Frances Cromwell, of Martins in the Field, county of Middlesex. All which was fully performed *according to the Act without exceptions*. In whitnesse whereof I have here unto set my hand the IX day of november 1657. William William, registrar of parish of Martins in the Field.» Per la mano di Henry Scobell, segue la descrizione della cerimonia, svoltasi alla presenza del Lord Protettore, padre della sposa, dei molto onorevoli conti di Worwick e Newport e di molti altri.» *Ibidem*.

815Vedi nota precedente.

816E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 329.

817Cfr. A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato...*, cit., pag. 258.

818A. DUFOUR, *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne au XVIII siècle*, Paris, 1972, pag. 1, cita proprio il Milton, il suo *favor divortii* e il sostegno da lui dato alla "civilizzazione" del vincolo, tuttavia liquidando queste prose come «les plaidoyers *pro domo* d'un poète mal marié.»

819V. *supra*, Parte I, cap. III e IV, Parte II, cap. I.

Punto di giunzione tra le dottrine suddette⁸²⁰ (non ultima quella medievale di Ockam) e il nuovo "corso" giusfilosofico appare essere il pensiero di Ugo Grozio, che nel *De jure belli ac pacis* (1625), «considerava il matrimonio come una società fondata sul contratto»⁸²¹, riprendendo così alcuni temi cari ad Erasmo da Rotterdam, cui si accennò trattando dei prodromi alla Riforma protestante⁸²². In guisa umanista il pensatore di Delft condanna le guerre tra principi cristiani, essendo loro obbligo piuttosto quello di comporre le controversie tramite arbitrati o transazioni; conseguentemente, riprendendo «la distinction vasquézienne d'un droit naturel primaire, commun aux hommes et aux bêtes selon l'interprétation reprise d'Ulpian»⁸²³, et d'un droit secondaire fondé sur le consentement universel et qui prend figure de Droit des Gens primaire ou secondaire» Grozio, «qui ne se borne pas à assimiler le Droit naturel à l'imperatif divin, développe toute une théorie volontariste de l'ordre juridique»⁸²⁴, qui rend justice à la volonté créatrice de l'homme dans une étonnante revalorisation de la raison humaine.» In materia matrimoniale questo approccio si concreta nella definizione dell'istituto come «*consociatio maxime naturalis*»⁸²⁵, nella quale il pensatore olandese riflette la propria teoria "corporativa" del vivere aggregato. Una società tuttavia non paritaria, in quanto la moglie, per la propria natura fedele, volontariamente si assoggettava al marito⁸²⁶. Questo "moralismo razionalizzato", nel quale le derivazioni protestantiche sono evidenti, venivano riprese anche da Samuel Pufendorf, il primo ad esporre le nuove concezioni del "diritto naturale" da una cattedra universitaria⁸²⁷, dottrine che egli aveva elaborato a partire dalla lettura di Cartesio allo scopo di superare i paradigmi aristotelici e scolastici. Se ancora non può dirsi completamente ripudiato l'approccio tradizionale, basato sulla Sacra Scrittura, la quale anche per il Sassone andava considerata verità storica, nel suo *De jure naturali ac gentium* del 1672⁸²⁸, viene espressa

820A. DUFOUR, *Le mariage...*, cit., pag. 85 definisce Grozio «"figure de transition" à la charnière de deux Ecoles.» *Amplius*, sul punto, anche G.FASSO, *Ugo Grozio tra Medioevo ed età moderna*, in *Rivista di Filosofia*, XLI, 2, pag. 174 ss. e M. BERLJAK, *Il diritto naturale e il rapporto con la divinità in Ugo Grozio*, Roma, 1978.

821J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 259.

822Cfr. *supra*, Parte I, cap. III.

823Cfr. *supra*, Parte II, cap. I e, *amplius*, R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit.

824Per il Grozio (*prolegomena* 11 al *De jure belli ac pacis*) il diritto naturale potrebbe esistere anche se non vi fosse Dio (il celebre *etsi daremus*). Tuttavia questa non può dirsi un'impostazione rivoluzionaria, in quanto già Suarez nel *De legibus ac de Deo legislatore*, aveva affrontato una tesi simile presentata da Gregorio da Rimini vari secoli prima (era infatti morto nel 1358). V. Sul punto cfr. M. BERLJAK, *Il diritto naturale...*, cit., pag. 82.

825J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 399, nota 92. V. Anche L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II, *Dalla crisi dello jus commune alle codificazioni moderne. Lezioni*, Torino, 2010, pag. 24. «Proprio nella *consociatio* – dunque nel solco della tradizione germanica, non romanistica – Grozio faceva rientrare il matrimonio quale forma di "corporazione". [...]», soggetta alla "direzione del marito", il che, notava J. GAUDEMET, *loc. ult. cit.*, «tende a promuovere al rango di matrimonio ogni unione che risponde a questa definizione molto generale.

826*Ibidem*. Ciò comportava che il diritto naturale ammettesse la poligamia ma non la poliandria.

827Quella costituita dall'elettore palatino nel 1661, all'Università di Heidelberg.

828S. PUFENDORF, *De jure naturae et gentium libri octo*, Frankfurt am Mein, 1684, VI, I, § 2, pag. 904.

«une exégèse assez audacieuse de la Genèse»⁸²⁹, in cui si ribadisce come il Primo Legislatore non dovesse avere preoccupazione più grave di quella di regolamentare l'attrazione tra i sessi, finalizzata alla propagazione della specie, in modo affatto ordinato, impedendo che l'uomo potesse ridursi al rango di quelle bestie che aveva ricevuto in dominio pieno dallo stesso Creatore. A testimonianza di questa opinione, più esplicita di quella del Grozio, sta il passo dell'opera sopra citata⁸³⁰, nel quale si afferma chiaramente «*nam naturalis et regularis matrimonii finis est certam sibi et suam prolem quaerere; si primum matrimonii scopum spectemus qui est generatio sobolis.*» L'osservatore più disattento potrebbe, leggendo queste righe, rimanere disorientato con la coincidenza tra la prescrizione del canone 1013 §1 del codice piano-benedettino e quanto sostenuto dal professore di Heidelberg due secoli e mezzo prima, soccorrendo sul punto il rilievo di Carlo Fantappiè su di «una prima significativa convergenza degli schemi filosofici della seconda scolastica con il giusnaturalismo laico» rintracciabile «nella reinterpretazione della dottrina dell'istituto naturale e dei fini del matrimonio alla luce del passaggio da una concezione teocentrica ad una concezione antropocentrica della nozione di *lex naturale*, posta in corrispondenza con lo stato di "pura natura" e oramai resasi concettualmente autonoma dalla *lex aeterna*»⁸³¹. L'influsso di queste dottrine sul movimento codificatorio, anche canonico, non poteva essere reso più evidente: del resto, ancora lo studioso fiorentino, ha modo di riassumere con acutezza questa problematica, notando che «il concomitante influsso del diritto romano e della seconda scolastica ha determinato il rimpiazzo della distinzione tra contratto e sacramento con quella tra contratto e istituzione o società del matrimonio e accordato un rilievo preminente alla finalità procreativa ed educativa»⁸³² di questo. Dunque, senza anticipare i tempi, si può già dire che il matrimonio borghese sia frutto da un lato delle dottrine di impronta gallicana, tese ad affermare la potestà unica e assoluta dello Stato sulla materia, dall'altro di questa progressiva laicizzazione dell'istituto, anticipata più rudimentalmente da Lutero e affinata dai razionalisti del XVII e XVIII secolo⁸³³. L'approccio razionalista si poneva così sul terreno dell'ordine sociale, abbandonando

829A. DUFOR, *Le mariage...*, cit., pag. 222.

830S. PUFENDORF, *De jure naturae...*, cit., VI, I, § 11, pag. 919 ss.

831C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, I, Milano, 2008, pag. 459. In detta sede l'Autore nota altresì come «in autori frequentemente richiamati da Gasparri, come Lugo e Soto, la nozione di "legge naturale" per un verso era stata svincolata dall'elemento della temporalità e aveva assunto un carattere razionale, per un altro aveva assimilato un modello "fiscistico" che tendeva a ridurla alla sfera biologica.»

832Ibidem. Sulla prevalenza del rapporto genitoriale su quello coniugale, ampiamente si sofferma M. MIELE, *Bonum coniugum e profili civilistici*, in corso di pubblicazione per i tipi della Libreria Editrice Vaticana.

833«All'elaborazione giuridico filosofica, Pufendorf aggiunge consigli da moralista cristiano: "il dovere del marito consiste nell'amare sua moglie, nutrirla e mantenerla, di guidarla ed essere suo sostegno e difesa. La moglie, dal canto suo, deve amare suo marito, onorarlo, aiutarlo non solo mettendo al mondo i figli e allevandoli, ma anche prendendosi cura delle faccende domestiche. Il fine di una così stretta unione richiede, da una parte e dall'altra, che le persone sposate condividano le cose buone e le cattive che capitano loro, che si consolino e si sostengano a vicenda nelle afflizioni, che si adattino saggiamente uno all'amore dell'altro.» Questa la traduzione offerta da J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 399, di S. PUFENDORF, *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem libri duo*, Londra, 1758, pag. 393 ss.

ogni riferimento alla natura sacramentale del vincolo, ancora trattata dai gallicani e financo dal Pothier⁸³⁴, per soffermarsi sulla natura essenzialmente contrattuale del vincolo concluso – così il Thomasius - «in vista della procreazione»⁸³⁵ senza che, *jure naturali*, esso potesse dirsi nè monogamico nè patriarcale, bastando il consenso a costituirlo validamente; conclusioni evidentemente esagerate⁸³⁶, se Christian Wolff, il cui pensiero, con quello dei *philosophes*, è a monte del movimento codificatorio francese, «sintetizzò le teorie precedenti presentando la società coniugale sotto la duplice natura dell'istituzione e del contratto, e ripropose, in chiave secolarizzata, la sostanza delle tesi tradizionali della filosofia morale e del diritto canonico circa la monogamia, la prospettiva teleologica del matrimonio e l'inscindibilità della procreazione con l'educazione della prole.»⁸³⁷

Allo scopo di attuare queste dottrine, in base alle quali era interesse dello Stato garantire la pacifica e ordinata convivenza, non potevano che essere assoggettate alla sua sovranità piena ed intera tutte le formalità inerenti alla celebrazione, delle quali il diritto naturale non si interessava: infatti, essendo quest'ultimo a prescrivere ai sudditi l'obbedienza alle leggi, secondo Pufendorf, ciò importava che spettasse all'autorità civile provvedere perchè le stesse fossero rispettate, tanto da poter dire che il Sassone «semble preparer, sur le plan de principes tout au moins, la voie aux doctrines du mariage civil obligatoire du siècle suivant»⁸³⁸. Nello stesso senso anche il pensiero del Finocchiaro, secondo il quale «la dottrina contrattuale del matrimonio, elaborata dal Grozio e dal Pufendorf, dal Thomasius e dal Wolff, mirava a salvaguardare li interessi dello Stato, che aveva iniziato l'opera di laicizzazione dell'istituto, e l'interesse dei singoli a vedere tutelata la propria libertà individuale dall'invasione intollerante delle varie chiese»⁸³⁹, in qualche modo parallelamente alla teoria hobbesiana, secondo la quale il vincolo

834V. Parte I, cap. IV.

835J. GAUDEMET, *loc. ult. cit.*

836Una dottrina, a modesto parere di chi scrive, non può prescindere dal contesto storico-culturale nella quale sorge. In questo senso l'avulsione dal percorso storico del pensiero, ultimamente piuttosto diffusa, almeno in Italia. Qualche volta essa può anticipare i tempi, a maggior ragione nel mondo contemporaneo, dove la persona è ridotta a semplice individuo, scollegato dalle formazioni sociali delle quali si è tanto occupata la scienza politica e giuridica nei due secoli appena trascorsi. A ben vedere è sempre il Potere a muovere le legislazioni, quel Potere del quale Kelsen, sollevando il velo del diritto positivo, scorgeva "la testa di Gorgone": che questo sia rappresentato (in senso stretto) dal Sovrano assoluto, dallo Stato o dalla combinazione tra lo Stato ed organismi di tipo sovranazionale, latamente confederali, poco importa. Ora, se le autorità secolari avevano contestato il diritto canonico proprio a causa della teoria del puro consensualismo, si capisce come le dottrine del Thomasius, portate alle estreme conseguenze, comportassero necessariamente una forma di "anarchia coniugale" simile a quella che si vedrà in seguito all'introduzione del divorzio nella Francia rivoluzionaria, che indusse alcuni a parlare di "una sorta di poligamia" e convinse Buonaparte a fare "macchina indietro" sul punto "a tutto vapore." Le stesse sono, per assurdo, più attuali oggi di quando vennero formulate, senza che tuttavia si possa parlare di preveggenza. I fattori eziologici, come si vedrà in sede di conclusioni, sono affatto diversi.

837C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana...*, cit., pag. 460.

838A. DUFOUR, *Le mariage...*, cit., pag. 240.

839F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio. Artt. 79-83*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1971, pag. 5, nota 2.

matrimoniale andava considerato siccome istituto di diritto pubblico⁸⁴⁰.

Al netto di queste estremizzazioni giuspubblicistiche, che come si è visto⁸⁴¹ saranno riprese in chiave hegeliana all'alba del XX secolo anche da autorevolissimi civilisti italiani, la maggior parte dei giuristi e dei pensatori del XVIII secolo, a partire da quelle categorie romanistiche di cui si fece brevemente cenno *supra*⁸⁴², annoverava il matrimonio tra i contratti, in ciò confortata anche dai regalisti, seppur non senza discussioni. Ricorda infatti Gaudemet⁸⁴³ che «tra i romanisti della fine del XVIII secolo, Gluck, nel suo grande commentario delle Pandette, avanza[va] la critica più documentata alla dottrina tradizionale», ricordando «molto giustamente che i giuristi romani non avevano mai catalogato il matrimonio tra i contratti.» La confusione terminologica era stata data dalla nascente romanistica medievale ripresa dai canonisti e dai teologi, non senza che un'accorta esegesi delle fonti smascherasse l'equivoco: infatti dal matrimonio, nel pensiero del Gluck, non potevano nascere "obblighi" ma tutt'al più dei "doveri morali" discendenti dall'amore coniugale, quest'ultimo un autentico *leitmotiv* del tardo illuminismo filosofico, propagandato dai celeberrimi scritti di Rousseau "Nouvelle Héloïse" ed "Émile", non in chiave unitiva, in qualche maniera anticipatrice dei riconoscimenti di GS 48, bensì in guisa sovvertitrice della tradizione, in particolare dell'indissolubilità, già gravemente provata dalle dottrine protestanti. Lo si nota altresì nell'*Encyclopédie* di Diderot e D'Alambert⁸⁴⁴, nella quale si riprendono entrambi i punti sopra accennati. Il matrimonio è ivi definito «contratto civile e politico, mediante il quale un uomo è unito e congiunto ad una donna, con l'intenzione di restare sempre uniti insieme» e il cui fine principale è rappresentato dalla dimensione procreatrice, non fine a se stessa o come *seminarium reipublicae*⁸⁴⁵, bensì tenendo presente che «il matrimonio consiste nell'unione dei corpi e degli spiriti⁸⁴⁶, il consenso dei contraenti ne costituisce la base e l'essenza.»⁸⁴⁷ Ora, non parlandosi più di "obbligazione" ma di "intenzione" si capisce bene che il passaggio alla revocabilità *ad nutum* del consenso nel momento in cui venisse meno l'amore era pressochè un passaggio obbligato, con conseguente scardinamento non solo della dottrina cattolica dell'indissolubilità, già provata dal "fuoco incrociato" di regalisti e giusnaturalisti ma financo di quella protestante, che ammetteva la cessazione del vincolo nel caso di infedeltà o di morte civile⁸⁴⁸, in ogni caso per una ragione grave e determinata.

840 *Ibidem*.

841 Cfr. *Supra*, Introduzione, n. 2.

842 V. *supra*, parte I, cap. II.

843 J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 261.

844 Vol. XXI, pag. 76 ss.

845 Questa figlia, piuttosto, della *Rechtslehre* kantiana, portata alle estreme conseguenze dallo Hegelismo.

846 Si confronti la celeberrima definizione del Portalis, secondo la quale il matrimonio era «un impegno col quale uno si dà interamente con il corpo e con il cuore», riportata recentemente nell'acuto saggio di M. MIELE, *Bonum coniugum e profili civilistici*, in corso di pubblicazione per i tipi della Libreria Editrice Vaticana. Vedasi anche M.S. TESTUZZA, *Matrimonio e codici. L'ambiguo statuto della corporeità*, in *Quaderni fiorentini*, 42 (2013), 285, n. 24. *Amplius*, v. *Infra*, Parte II, cap. II, par. 3.

847 Riportata da F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio...*, cit., pag. 5, nota 3.

848 Ad esempio la professione negli ordini religiosi continuò a causare la morte civile fino alla legge 20 maggio 1790. Infatti «la rivoluzione francese non abolì definitivamente la morte civile, sebbene non si

Verò è che lo stesso Diderot si preoccupò di "aggiustare" il tiro, limitando l'ammissibilità del divorzio all'assenza di prole o al momento in cui questa fosse cresciuta⁸⁴⁹, ma la dottrina restava comunque rivoluzionaria e propriamente di questo fenomeno e delle sue conseguenze risulta necessario occuparsi.

3 – *La Rivoluzione francese e il matrimonio. Esportazione in Italia del modello transalpino.*

«La Rivoluzione è un'Idea che ha trovato delle baionette.» Con questa semplice proposizione, il Genio di Buonaparte riassumeva le ragioni per le quali, nel breve volgere di vent'anni, le dottrine rivoluzionarie, specialmente nel campo legislativo, si sarebbero diffuse per tutta l'Europa, trascinate dalle aquile della Grande Armée. Andando tuttavia per ordine, e tenendo sempre davanti agli occhi l'oggetto di queste note, occorre premettere come già l'Ancien Régime avesse in Francia iniziato un percorso che, coniugato alle teorie dei giuristi gallicani, non avrebbe potuto portare a risultati molto diversi da quelli poi raggiunti attraverso la codificazione napoleonica.

In questo senso non poteva che influire, sull'atteggiamento della Monarchia, l'omissione della pubblicazione dei canoni tridentini nel Regno: al netto delle "Ordinanze di Blois" del 1579⁸⁵⁰, infatti, nel sistema giurisdizionalista più spinto poca o nulla influenza (a livello legale) poteva avere la decisione dei rappresentanti del clero generale francese

trovi esplicitamente conservata nel codice del 1791 e in quello del brumajo anno IV. [...] Quando si iniziò la discussione del primo libro del codice Napoleone, la sezione di legislazione del Consiglio di Stato ristabilì la morte civile come conseguenza di una condanna a pena afflittiva perpetua. Il progetto, adottato con viva controversia, venne sottomesso al Corpo legislativo, che lo rinviò al Consiglio di Stato. Allora la questione vi si agitò di nuovo con grande vivacità, ma infine la tradizione, il pensiero tuttora vivo di danneggiare gli emigrati, prevalsero e la pena della morte civile rimase nella legislazione francese. Il Codice applicò il principio alla lettera: *mors civilis aequiparatur naturali*. La successione del morto civilmente è aperta e si divide *ab intestato* fra i di lui eredi naturali; egli non può ereditare, né ricevere donazioni; i beni che acquistasse comunque dopo la condanna cadono al profitto dello Stato. *Privo di civile personalità, egli è incapace di contrarre una unione legittima. Il matrimonio contratto prima è sciolto, ed il congiunto diviene vedovo agli effetti civili, come fosse intervenuta la morte naturale.*» A. BRUNIALTI, *Morte civile*, in AA. VV., *Enciclopedia giuridica italiana*, X/III, Milano, 1901.

849Rousseau si opponeva invece radicalmente al divorzio, assumendo lo stesso argomento degli enciclopedisti. Cfr. J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 263.

850Ecco il testo della norma sull'estensione del formalismo alla Francia, riportato da E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 325: «Art. 40. Pour obvier aux abus et inconvénients qui adviennent des mariages clandestins, avons ordonné et ordonnons, que nos sujets, de quelque état, qualité et condition qu'il soient, ne pourrons valablement contracter mariage sans proclamation précédents des bans faites pour trois divers jours de fêtes, avec intervalle compétent, dont on ne pourra obtenir dispense, sinon après la première proclamation faite, et ce seulement pour quelque urgente et légitime cause, et à la réquisition des principaux et plus proches parens communs des parties contractantes; après lesquels bans seront épousés publiquement. Et pour poivoir témoigner de la forme qui aura été observée esdits mariages, y assisteront quatre personnes dignes de foi, pour le moins, dont sera fait registre. Enjoignons aux curés, vicaires et autres, de s'enquérir soigneusement de la qualité de ces qui se voudront marier. Et s'ils sont enfants de famille, ou étants à la puissance d'autrui, nous leur défendons très-étroitement de passer outre à la célébration desdits mariages, s'il ne leur apparôit du consentement de leur pères, mères, tuteurs ou curateurs, sur peine d'être punis comme fauteurs de crime de rapt.»

(riuniti nel convento degli Agostiniani di Parigi il 7 luglio del 1615⁸⁵¹) di recepire i *dicta* della grande Assise ecumenica, che sarebbe stata esposta a Maria de' Medici e al Luigi il Giusto il giorno successivo, senza che reazione da parte della Reggente. Nè poteva venire dimenticata dalla Monarchia la presenza ugonotta, massiccia fino alla revoca dell'editto di Nantes, compiuta dal Re Sole nel 1685 a Fontainebleau. Fino ad allora si era seguito una sorta di "doppio binario" circa il diritto matrimoniale dei calvinisti francesi: se Carlo IX, con l'"Editto di Saint Germain" del 17 gennaio 1561 (art. 9) li aveva sottoposti agli impedimenti canonici circa la consanguineità e l'affinità, sposando la dottrina ecclesiastica secondo la quale tutti i battezzati validamente, indipendentemente dalla confessione, sono soggetti alle leggi della Chiesa cattolica (soluzione confermata dall'"Editto di pacificazione" del maggio 1576⁸⁵²) a livello di formalità celebrative era stato già permesso che gli stessi eterodossi potessero liberamente contrarre avanti al pastore o, comunque, in assenza di qualsivoglia formalità, dandosi altresì potestà giurisdizionale al concistoro degli anziani, questa volta tramite il citato Editto di Nantes (1598), di decidere in merito alla validità del vincolo o ad un'eventuale divorzio⁸⁵³.

La revoca di questa forma di tolleranza ad opera del nipote di Enrico IV, seguita alla presa de La Rochelle da parte del Richelieu, comportò un massiccio esodo dei protestanti francesi, in particolar modo verso il Brandeburgo e gli stati riformati tedeschi, senza tuttavia che la loro presenza sul suolo francese venisse completamente annullata, specialmente nel Mezzogiorno. Sull'errato presupposto che nessun eterodosso sarebbe rimasto sul suolo del Regno, l'editto di Fontainebleau aveva taciuto circa le forme matrimoniali calviniste, obbligando in tal guisa i protestanti rimasti, o a contrarre avanti al sacerdote cattolico (soluzione che loro ripugnava) o a scambiarsi i consensi segretamente avanti agli anziani o al pastore⁸⁵⁴. La necessità della segretezza era data non solo dalla proibizione del culto pubblico protestante ma anche (e soprattutto) allo scopo di evitare le pesanti sanzioni pecuniarie, che gli ufficiali regi irrogavano nei confronti dei trasgressori, sulla base del mancato riconoscimento di dette unioni da parte della legge, dovendosi conseguentemente passare per "concubini" coloro che le avessero contratte⁸⁵⁵.

851 V. Parte I, cap. IV.

852 J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 289 e P. BELS, *Le mariage...*, cit., pag. 118.

853 Cfr. la disciplina propria dei Valdesi nei domini sabaudi. *Infra*, Parte II, cap. III.

854 Questi saranno poi chiamati "matrimoni nel deserto". V. J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 290.

«Per esempio, tra il 1737 e il 1740, in una borgata del Gers, Mauvezin, alcune coppie, ugonotte o miste, vennero processate come concubine, per mancanza di regolare matrimonio. Tutte avevano redatto un documento di promessa di matrimonio davanti a notaio e la maggior parte di esse avevano chiesto al parroco di sposarle, accettando talvolta di andare a messa per sei mesi se ottenevano di potersi sposare! Il parroco, rigorista, aveva rifiutato. I "concubini" furono condannati a pesanti ammende, spesso di 100 o 120 lire, che, con le spese, arrivavano ad un ammontare di 500 lire per i due coniugi. Il giudice, inoltre, imponeva loro di cessare la "coabitazione". Alcuni si piegarono, almeno per quel tempo, a quell'ingiunzione. Sebbene avesse rifiutato di celebrare i matrimoni, il parroco di Mauvezin battezzò la maggior parte dei figli dei "concubini".»

855 Naturalmente stava anche al parroco del luogo (e alla sua sensibilità) l'evitare simili contingenze. «... parroci meno battaglieri accettarono di svolgere il ruolo di ufficiale dello stato civile, per i matrimoni

Naturalmente una simile situazione di "vuoto legislativo" non poteva attirare le simpatie dei pensatori razionalisti ed illuministi del tempo, oltre che dei giuristi più fortemente "schierati" a favore delle novità. Tra questi spicca, per la prima volta, l'illustre Portalis, che con il suo scritto "*Sur la validité du mariage des protestants*" (1770) aveva sostenuto con vigore la dottrina che riteneva validi i matrimoni contratti da questi secondo il rito loro proprio, indipendentemente dall'applicazione delle formalità previste dalle ordinanze di Blois, attuative, ancorchè non esecutive, dei decreti tridentini.

Attesa l'intollerabilità di questa situazione deteriorata e alla luce delle pressioni dei parlamenti e dell'emergente borghesia, il re Luigi XVI, con Editto del 17 novembre 1787, «istituiva uno stato civile per i non cattolici, cioè per i protestanti, ai quali soprattutto si pensava, ma che poteva essere utilizzato anche dagli ebrei», creando «modalità civili, che trasponevano in una società laica le forme previste dal Concilio di Trento.»⁸⁵⁶ Questo editto, a guardarne bene il testo riportato in nota, era un inno

degli ugonotti.» *Ibidem*.

856 *Ibidem*. E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 325, riporta il testo dell'*incipit* editto: «Lorsque Louis XIV défendit sonellelement dans tous les pays et terres de son obéissance, l'exercice publique de tout autre religion que la religion catholique, l'espoire d' amener ses peuples à l'unité si désirable de même culte, soutenu par des trompeuses apparences de conversion, empêcha ce grand roi de suivre le plan qu'il avait formé dans ses conseils, pour constater légalement l'état civil de ceux des ces sujets qui ne pouvaient être admis aux sacremens de l'église; à l'exemple des nos augustes prédécesseurs, nous favoriserons toujours de tout notre pouvoir, les moyens d'instruction et de persuasion qui tendront à lier tous nos sujets, par la profession commune de l'ancienne foi de notre royaume, et nous proscrirons, avec la plus sévère attention toutes ces voies de violence, qui sont aussi *contraires aux principes de de la raison et de l'humanité*, qu'au véritable esprit du christianisme. Mais en attendant que la divine providence bénisse nos efforts et opère cette hereuse révolution, notre justice et l'intérêt de notre royaume, ne nous permettent pas d'exclure plus longtemps des droits de l'état civil, ces de nos sujets ou des étrangères domiciliés dans notre empire, qui ne professent pas la religion catholique. Une assez longue expérience a démontré que ces épreuves rigoureuses étaient insuffisantes pour les convertir. Nous ne devons donc plus souffrir, que les lois les punissent inutilement du malheur de leur naissance, *en le privant des droits que la nature ne cesse de réclamer en leur faveur*. Nous avons considéré que les protestans ainsi dépouillés de toute existence legale étaient placés dans l'alternative, ou de profaner les saintes sacremens ou de compromettre l'état de leurs enfants, en contractant des mariages frappés d'avance de nullité, par la legislation de notre royaume. Les ordonnances ont même supposés qu'il n'y avait plus que des catholiques dans nos états; et cette finction, *aujourd'hui inadmissible*, a servi de motif au silence de la loi, qui n'aurait pu reconnaître en France des prosélytes d'une autre croyance, sans les proscrire des terres de notre domination, ou sans porvoire aussitôt à leur état civil. *Des principes si contraires à la tranquillité et à la prospérité de notre royaume*, auraient multiplié les émigration, et auraient excité des troubles continuels dans les familles, *si nous n'avions profité provisoirement de la jurisprudence de nos tribunaux*, pour écarter les collateraux avides, qui disputaient aux enfants l'héritage de leurs pères. Un pareil ordre de choses sollicitait depuis longtemps notre autorité de mettre un terme à ces *dangereuses contradictions, entre les droits de nature et les dispositions de la loi*. Nous avons voulu procéder à cet examen, avec toute la maturité qu'exigeait l'importance de la décision. Notre résolution était déjà arrêtée dans nos conseils, et nous nous propositions d'en méditer encore quelque temps la forme legale; mais les circonstances nous ont paru propres à multiplier les avantages, que nous espérons de recueillir de notre nouvelle loi, et nous ont déterminé à hâter le moment de la publier. S'il n'est pas dans notre pouvoir d'empêcher qu'il n'y ait différentes sectes dans nos états, nous ne souffrirons jamais, qu'elles puissent y être une source des discordes entre nos sujets. Nous avons pris les mesures les plus efficaces pour prévenir des funestes associations. La religion catholique, que nous avons la bonheur de

all'illuminismo che, *in jure et in facto*, istituiva un matrimonio civile sul modello di quello olandese del 1580, non essendo la legge destinata ai soli acattolici, ma a tutti i sudditi, indipendentemente dal loro credo: l'imposizione delle pubblicazioni diveniva generale, potendo i nubenti, a seconda del culto, limitarsi a scegliere se le stesse dovessero essere effettuate dal parroco o dal giudice civile. Quest'ultimo riceveva altresì la competenza per la redazione di tutti gli atti dello stato civile (matrimonio, battesimo, morte), conservandone documentazione sul modello parrocchiale⁸⁵⁷.

Questo "canto del cigno" regio presentava conformità evidenti, visti i continui richiami al diritto naturale, con l'opinione di Voltaire secondo la quale «le mariage est un contrat de droit de gens dont les catholiques romaines ont fait un sacrement»⁸⁵⁸, che verrà recepita dalla Costituzione del 3-14 settembre 1791 (II, art. 7) secondo la quale «*la loi ne considère le mariage que comme contrat civil*»⁸⁵⁹, affermazione di principio concretizzata per mezzo della legge 20 settembre 1792, istitutiva del matrimonio civile obbligatorio per tutti i cittadini.⁸⁶⁰ Questa legge, al suo articolo 1, attribuiva alle municipalità il compito di ricevere e conservare, per il futuro, gli atti diretti a constatare le nascite [non più i battesimi dunque], i matrimoni e i decessi, dovendo il Consiglio generale dei Comuni individuare coloro che si assumessero tale responsabilità per mezzo di elezione a maggioranza assoluta (art. 2 e 3); l'eletto, in caso di impedimento, sarebbe stato rimpiazzato dal sindaco, da un altro ufficiale municipale oppure da un membro del consiglio generale, in ordine di lista (art. 4)⁸⁶¹. Il cuore della normativa è però rappresentato dal titolo IV della medesima legge che, dopo aver trattato delle pubblicazioni alla sezione 2, affrontava il tema della celebrazione vera e propria alla

professer, jura seule dans notre royaume des droits et des honneurs de culte publique, tandis que nos sujets non catholique, privés de toute influence sur l'ordre établi dans nos états, déclarés d'avance à jamais incapables de faire corps dans notre royaume, soumis à la police ordinaire pour l'observation des fêtes ne tiendront de la loi que ce que *le droit naturel ne nous permet pas de leur refuser*, de faire constater leur naissances, leurs mariages et leurs morts, afin de jouir comme tous nos autres sujets des effets civil qui en résultent.»

857J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 291. «Per invogliare i non cattolici a ricorrere al ministero del parroco, la tassa percepita in occasione del matrimonio era meno alta di quella richiesta dal giudice civile.» Forse anche per questa ragione l'accoglienza che i parlamenti fecero all'editto non fu buona, tanto che il Re fu costretto ad imporlo in forza dei propri poteri assoluti. Deve tuttavia rammentarsi l'opinione estremista che pervadeva i parlamenti di allora, sulla scia del Pothier.

858VOLTAIRE, *Mariage*, in ID., *Dictionnaire Philosophique*, V, Paris, 1819, pag. 225.

859L'articolo così proseguiva: «[...] Le pouvoir législatif établira pour tous les habitans sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés; et il designera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes.» Riportato da E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 554. Il dibattito partiva dalla necessità che lo Stato assumesse sopra di sé la custodia dei registri dello stato civile, ivi ancora comprese le fedi di battesimo, dal che si fece risalire la necessità di procedere all'istituzione di una celebrazione regolata dal diritto civile, anziché dal gius canonico nazionale. «Am 21. October [1791] schlug der Depuirte Baert, wie er sagte, zu Gunsten der Cultusfreiheit vor: "Art. 1. L'assemblée nationale décrète que le premier travail du Comité de Législation sera de proposer une mode pour faire constater par les officiers civils les actes de baptême, mariage et sépulture.» *Ibidem*, pag. 556. [Il 21 ottobre il deputato Baert propone, come disse, a favore della libertà di culto. Traduzione propria]

860C. NANI, *Storia del diritto...*, cit., pag. 180.

861E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 558.

sezione n° 4, il cui art. 1 stabiliva che «l'Acte de mariage sera reçu dans la maison commune du lieu du domicile del'une des parties», in presenza di quattro testimoni⁸⁶² (art.3). Constatata la presenza delle persone richieste si sarebbe proceduto alla lettura degli atti prodromici⁸⁶³ e allo scambio dei consensi da parte dei nubenti (artt. 4 e 5), in seguito al quale «l'officier public en leur présence et en celle des mêmes témoins prononcera au nom de la loi, qu'elles sont unies en mariage.»⁸⁶⁴ Si procedeva quindi alla redazione e alla firma dell'atto di matrimonio (artt. 8), il cui contenuto era minuziosamente stabilito dall'articolo seguente. Seppur l'innovazione fosse veramente rivoluzionaria, o più probabilmente proprio a cagione di questo suo carattere, v'è da rilevare come l'applicazione della legge non avvenisse senza difficoltà, tanto che, nonostante il Terrore, i sacerdoti seguirono a celebrare matrimoni religiosi, costringendo il clero costituzionale, nel suo concilio nazionale del 21 novembre 1797, a riconoscere esplicitamente «la competenza esclusiva dello Stato a decidere sul vincolo matrimoniale.»⁸⁶⁵

A conferma del cambiamento impresso dalla legislazione rivoluzionaria, si pongono altresì i primi conati codificatori, ossia i tre progetti Cambacérès, i quali si adeguano alle mutevoli condizioni politiche della Francia rivoluzionaria, permettendo di «distinguere gli elementi portanti del nuovo ordine, da quelli contingenti collegati alle sterzate ideologiche che assume il discorso giuridico a partire dal fatidico 14 luglio 1789 sino alla normalizzazione finale.»⁸⁶⁶ Nella prima di queste bozze (1793), si conferma quanto stabilito dalla costituzione di due anni prima, riaffermando l'origine giusnaturalistica dell'istituto, lasciando tuttavia ai cattolici la libertà di sottoporre il proprio vincolo anche alla normativa ecclesiastica, della quale lo Stato si disinteressa⁸⁶⁷; ciò che però più colpisce è il tentativo di "codificare" una definizione dell'istituto nel primo articolo del progetto, siccome «convention par laquelle l'homme et la femme s'engagent, sous l'autorité de la loi, à vivre ensemble, a nourrir et élever les enfants qui peuvent naître de

862 Reminescenza dell'uso gallicano sancito, come si vide, dalle ordinanze di Blois. Solo nel tardo XIX secolo il numero dei testi verrà portato a due.

863 Si trattava degli atti inerenti allo stato delle parti, degli atti di nascita, del consenso parentale, dell'opinione della famiglia, delle pubblicazioni e di eventuali opposizioni.

864 Cfr. il testo riportato da E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 560.

865 J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 295. La volontà giacobina di sottomettere la Chiesa allo Stato, con il dichiarato fine di cagionarne l'estinzione, è testimoniata da un interessante libello anonimo dedicato al matrimonio per i sacerdoti. Si fa riferimento a M.L.L.V.D.S.G.L., *Motion sur le mariage des prêtres*, Paris, 1790, pag. 23. In esso si affermava che «la suppression du célibat est avantageuse à la religion. Ce penchant pour la société, né avec l'homme, est un principe d'où découlent presque toutes nos actions morales qui se rapportent à ce penchant. C'est lui qui nous engage à nous unir avec toute notre espèce, et à concourir au bien général. [...] La continence parfaite a toujours été regardée comme un signe de l'excellence du christianisme, et l'on y a astreint les clers d'un ordre supérieur, parce qu'ils sont la lumière du monde et le sel de la terre. Mais le siècle présent n'est plus ni sensible ni susceptible de cette perfection; ainsi les prêtres mériteront plus de la religion dans le mariage que dans le célibat.» Compare, in questa mozione, il concetto della famiglia (e del matrimonio) come *seminarium rei publicae* di diritto naturale.

866 P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale in Italia*, Milano, 2011, pag. 122.

867 J. GAUDEMET, *loc. ult. cit.* Cfr. altresì M.S. TESTUZZA, *Matrimonio e codici...*, cit., pag. 292.

leur union» (art. 1, tit II, libro I), la cui sostanza è rappresentata dalla volontà degli sposi, revocabile *ex art.* 2, secondo il quale «le mariage peut-être dissout par la seule volonté persévérante d'un des deux époux»⁸⁶⁸, ignorando quella "sorta di poligamia" favorita dal libero divorzio, già più volte rammentata⁸⁶⁹.

Le successive due bozze Cambacerès, ridotte nella mole e adeguate al sentire del post-termidoro, in nulla innovarono per quel che attiene alla competenza statale in materia, ormai dato acquisito alla legislazione rivoluzionaria. Più interessante il successivo progetto Jacqueminot, presentato al consiglio dei cinquecento in epoca direttoriale (1799), che fa proprio l'incipiente bonapartismo⁸⁷⁰ nelle sue "Idee preliminari". In esse si condannava l'era della Convenzione nazionale, ove «il fanatismo di un'uguaglianza follemente interpretata regnava al pari del precedente fanatismo dei privilegi», impegnando il legislatore a «mettere fine allo scandalo di questi divorzi continui che hanno mascherato il matrimonio con una specie di concubinato dichiarato»⁸⁷¹, all'uopo approntando ben 71 articoli in materia matrimoniale, fondati sulle idee del Pothier⁸⁷², sancenti sì la natura contrattuale del matrimonio ma non la revocabilità *ad nutum* della volontà costitutiva⁸⁷³.

L'instaurazione del regime bonapartista portò il Primo Console ad abbandonare tutto quanto fosse anche solo latamente collegato con il Direttorio, travolgendo anche il progetto Jacqueminot, che non venne nemmeno discusso. Già l'anno successivo (1800), con ordinanza 24 termidoro (13 agosto), venivano designati a discutere circa la codificazione Tronchet, Brigot-Prèameneu e Portalis i quali, già quattro mesi dopo, consegnavano ai consoli il loro progetto⁸⁷⁴. Rilevante, soprattutto, il contributo del terzo membro della commissione, (definito «il grande ispiratore del codice»⁸⁷⁵) il quale «volendo mettere fine alle discussioni su ciò che sia il matrimonio in quanto tale, fonte di conflitti tra il sacerdozio e l'impero, elimina incertezze e dubbi, risalendo alla sua vera

868P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 123-124. Con queste premesse «il matrimonio è il dialogo fondato sull'unico linguaggio giuridico ammesso nei rapporti inter-individuali, costituito naturalmente dal contratto. Oltre la volontà delle parti c'è soltanto la legge» e «l'autorità della legge determina il campo d'azione della libertà contrattuale, dettando "*des qualités et conditions pour contracter mariage.*»

869J. GAUDEMET, *Matrimonio e famiglia...*, cit. e P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 123-124.

870«Non soltanto sul piano cronologico, possiamo considerare il tentativo di Jacqueminot come il primo dell'era buonapartista, visto che il tentativo è incoraggiato e sostenuto proprio da Buonaparte.» P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 131

871J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 297. In questo progetto «l'inversione di tendenza in senso moderato è del tutto evidente» in quanto si «ridisegna l'architettura stessa del modello familiare, alla ricerca di una famiglia autorevole, come base sociale dell'autorità dello stato, che passa attraverso il recupero della *puissance paternelle.*» Così P. PASSANITI, *loc. ult. cit.* Del resto, tra tutti i *cahiers de doléances*, solo uno aveva chiesto l'introduzione del divorzio.

872V. *Supra*, Parte I, cap. IV.

873«Il divorzio rimane come un'uscita di sicurezza – non come una porta girevole insomma – nascosta nelle cause di risoluzione del matrimonio determinate dalla legge. Un istituto che c'è, ci deve essere, senza essere enfaticizzato.» P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 132.

874J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 298.

875M.S. TESTUZZA, *Matrimonio e codici...*, cit., pag. 294.

origine, che data al momento stesso della creazione»⁸⁷⁶, intesa questa non in senso biblico ma giusnaturalista. Tenuto fermo ciò, l'istituto non è nè atto civile nè atto religioso, bensì semplicemente atto naturale, con il quale l'uomo viene distinto ed elevato rispetto alle bestie.⁸⁷⁷ Tramite questo impegno, «con il quale uno si dà interamente con il corpo e con il cuore»⁸⁷⁸, si costituisce «la società dell'uomo e della donna che s'uniscono per perpetuare la loro specie, per aiutarsi con reciproco soccorso a sopportare il peso della vita, e per condividere il loro comune destino»⁸⁷⁹, privilegiando una concezione personalista piuttosto che quella meramente "carnale" cara a Pufendorf, riferita esclusivamente alla propagazione della specie, e in ciò distinguendosi nettamente dal diritto canonico, allora ancora strettamente legato alla concezione giuscorporalista e a quella gerarchia dei fini che sarà poi ripresa dal can. 1013 *vet. cod.*

I decreti del 17 e del 21 marzo 1803, emananti le nuove disposizioni sul matrimonio e sul suo scioglimento, saranno poi accolti dai titoli V e VI del codice Napoleone, con il quale verrà definitivamente riaffermato «il diritto di legislazione matrimoniale competente allo Stato», attraverso quell'art. 165 imponente la celebrazione avanti all'ufficiale di stato civile del luogo di domicilio di una delle parti, ma restituito al vincolo anche quel «carattere etico», che avrebbe ordinato tutta la materia relativa agli impedimenti⁸⁸⁰.

Il matrimonio diviene dunque – per dirla con Gaudemet – un *atto laicizzato*⁸⁸¹: il Codice abbandona la diatriba contrattuale ma, mantenendo il principio consensualista, ancorchè temperato, si mantiene legato alla tradizione del passato⁸⁸², attingendo a piene

876J. GAUDEMET, *loc. ult. cit.*

877«Portalis [...] aveva descritto il matrimonio come una vittoria dell'umano *droit naturel* sull'ordine fisico della natura. Il sopravvento del diritto razionale sull'istinto ferino capace di suggellare la definitiva emancipazione dal mondo animale dell'uomo, suo speciale *être intelligent et libre.*» Così M.S. TESTUZZA, *Matrimonio e codici...*, cit., pag. 293.

878Riprotto da M. MIELE, *Bonum coniugum e profili civilistici...*, cit.

879M.MIELE, *loc. ult. cit.*

880Così F. FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia...*, cit., pag. 397. Portalis distingue due tipi di impedimenti: «quelli stabiliti dalla natura stessa (difetto di età, consanguineità in linea retta e tra fratelli e sorelle, mancanza di libertà, ratto, errore) e quelli che derivano dalla legge positiva (impedimento di parentela per i "gradi più lontani, necessità dell'intervento dei genitori o dei tutori). Ci sono quindi due tipi di nullità: quelle che possono essere "sanate" e quelle "per le quali l'abuso esige sempre la sanzione delle leggi." Parimenti, "la notorietà e la solennizzazione del matrimonio" sono necessarie per "prevenire unioni vaghe e illecite" ma dipendono solo dalla legge positiva.» Questo il magistrale riassunto di J. GAUDEMET, *loc. ult. cit.* V. Anche P. VACCARI, *Corso di storia del diritto italiano. Parte speciale. Il diritto di famiglia nei codici italiani del XIX secolo*, Milano, 1953, pag. 14.

881J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit., pag. 307.

882«Il codice riprendeva così nel suo insieme le forme introdotte dalla legge del 1792. Trasposizione laica di forme religiose, di cui conservava alcune caratteristiche. Le due pubblicazioni, fatte con otto giorni di intervallo prima della celebrazione del matrimonio, esposte "alla porta del municipio [...] un giorno di domenica (art. 63), ricordavano le pubblicazioni che venivano lette durante la predica domenicale. Naturalmente la sala comunale, dove veniva celebrata la liturgia repubblicana, non aveva lo splendore di una cattedrale o il raccoglimento di una cappella di villaggio. [...] Il sindaco doveva leggere agli sposi il capitolo VI dedicato ai "doveri e ai diritti degli sposi", che sostituiva le letture della messa nuziale. L'art. 213 ricordava alla donna che doveva "obbedienza al marito" e gli articoli seguenti elencavano gli obblighi e le incapacità della donna sposata. Anche in questo caso si trattava di una trasposizione laica della *Lettera agli Efesini* (5,22-24), che il prete leggeva alla messa nuziale. L'ufficiale civile era affiancato dai quattro testimoni (art. 75) della tradizione monarchica. [...] La formula pronunciata

mani dalla forma canonica, per un rito civile privo soltanto della solennità propria della bimillennaria liturgia della Chiesa. Quanto al rapporto con quest'ultima, si è già trattato⁸⁸³ della normativa concordataria (1801) e degli "Articoli organici" ad essa annessi, nei quali il titolo II di fatto abrogava la giurisdizione ecclesiastica, mentre l'art. 54, inserito nel titolo III, faceva assoluto divieto ai parroci di compiere una celebrazione ecclesiastica avanti a quella civile⁸⁸⁴. Il Portalis, che era altresì consigliere di Stato delegato per tutti gli affari di culto, sul punto aveva avuto modo di notare che «la matière des mariages demandait une attention particulière», in quanto la delega ai curati per la celebrazione aveva procurato una confusione dottrinale da stigmatizzarsi. Benchè l'illustre giurista sia lungi dal negare che per la Chiesa il matrimonio fosse stato elevato alla dignità di Sacramento, tuttavia questo fatto non poteva più essere considerato ragione sufficiente «pour rendre l'église maîtresse des mariages»⁸⁸⁵; tale compito spettava allo Stato, *jure proprio*, conformemente ad una cultura che il padre

dall'ufficiale dello stato civile: "vi dichiaro uniti in matrimonio", semplice constatazione del contratto, derivante dallo scambio dei consensi degli sposi, è giuridicamente più precisa dell'*Ego coniungo vos in matrimonio* con il quale il rituale cattolico sembra dare al sacerdote il ruolo di colui che stabilisce il vincolo, cosa contestata da teologi e canonisti. Curiosamente, d'altronde, mentre il matrimonio religioso è formato dallo scambio dei consensi, il diritto civile considera che "il matrimonio civile è tale quando la formula di unione è stata pronunciata dall'ufficiale civile.» *Ibidem*, pag. 308.

883 *Supra*, parte I, cap. IV.

884 In nome dell'indifferentismo religioso la stessa prescrizione era estesa anche ai rabbini. Nota E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 566 nota 4: «für die Rabbiner wurde dasselbe bestimmt durch das Arrête von 1. Prairial an X. (21 mai 1802).» [*Per i rabbini si sarebbe stabilito lo stesso per mezzo dell'Ordinanza del 1° pratile dell'anno X (21 maggio 1802. Traduzione propria.*]

885 «La matière des mariages demandait une attention particulière. Anciennement, ils étaient célébrés devant le propre curé des contractants, qui était à la fois ministre du contrat au nom de l'État, et ministre du sacrement au nom de l'Église. Cette confusion dans les pouvoirs différents que l'on confiait à la même personne en a produit une dans les idées et dans les principes. Quelques théologiens ont cru et croient encore qu'il n'y a de véritables mariages que ceux qui sont faits en face de l'Église. Cette erreur à des conséquences funestes. Il arrive en effet que des époux abusés ou peu instruits négligent d'observer les lois de la république, se marient devant le prêtre sans se présenter à l'officier civil, et compromettent ainsi, par des unions que les lois n'avouent pas, l'état de leurs enfants et la solidité de leurs propre contrats. *Il est nécessaire d'arrêter ce désordre et d'éclairer les citoyens sur un objet duquel dépend la tranquillité des familles.* En général, c'est à la société à régler les mariages; nous en attestons l'usage de tous les gouvernements, de tous les peuples de toutes les nations. *Le droit de régler les mariages est même pour la société d'une nécessité absolue et indispensable. C'est un droit essentiel et inhérent à tout gouvernement bien ordonné*, qui ne peut abandonner aux passions et à la licence les conditions d'un contrat, *le plus nécessaire de tous les contrats, et qui est la base et le fondement du genre humain. Nous savons que le mariage n'est pas étranger à la religion, qui le dirige par sa morale, et qui le bénit par un sacrement.* Mais les lumières que nous recevons de la morale chrétienne ne sont certainement pas un principe de jurisdiction pour l'Église; sinon il faudrait dire que l'Église a droit de tout gouverner, puisqu'elle a une morale universelle qui s'étend à tout et qui ne laisse rien d'indifférent dans les actes humaines. Ce serait renouveler les anciennes erreurs qui, sur le fondement que toutes les actions avaient des rapports avec la conscience, faisaient de cette relation un principe d'attraction universelle pour tout transporter à l'Église. Le rapport du mariage au sacrement n'est pas non plus une cause suffisante pour rendre l'Église maîtresse des mariages. [...] *Le mariage est un contrat qui, comme tous les autres, est du ressort de la puissance séculière, à laquelle seule il appartient de régler le contrats.*» E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 567, nota 1, riportante un discorso inserito in AA.VV., *Rapports et travaux inédits sur le concordat de 1801*, Paris, 1845, pag. 90.

del codice riteneva riscontrabile "in tutte le culture e luoghi". In conformità a questo assioma, il perdurante costume di celebrare nozze solo religiose, cui si accennava prima, doveva essere stroncato a tutela della "pace delle famiglie", dimostrando così una preveggenza (e un coraggio) che il legislatore italiano unitario non avrà e che cagionerà grandi problemi e crisi familiari, soprattutto presso il popolo più minuto⁸⁸⁶.

Tornando ora a quanto rilevato in apertura, quando Buonaparte condusse le truppe repubblicane francesi sul suolo italiano (1796), non soltanto portò con sé il "vento nuovo" degli "immortali principi", ma produsse sensibili modificazioni politico/geografiche, destinate ad incidere pesantemente sui futuri destini dell'italiana gente: da un lato scomparivano stati millenari, come la Repubblica Veneta, dall'altro si affermava per la prima volta un progetto unitario, ancorchè dominato da una Potenza straniera, il cui influsso doveva mantenersi anche dopo la Restaurazione⁸⁸⁷.

Non è questa la sede per una minuziosa ricostruzione storica delle varie repubbliche giacobine, costituite sul suolo italiano; sarà sufficiente svolgere qualche breve cenno in merito alle loro carte costituzionali e ai tentativi di codificazione civile i quali ultimi, seppur costretti a non vedere mai la luce, vista l'entrata in vigore del Codice Napoleone, hanno una qualche importanza.

In merito al secondo punto ci si soffermerà, diffusamente, trattando dei singoli stati preunitari⁸⁸⁸; circa il primo, vale innanzi tutto la pena di sottolineare che «le costituzioni giacobine italiane poco hanno [...] in comune, dal punto di vista delle norme e degli istituti con la vera costituzione giacobina francese, quella del 1793, non più in vigore al momento della loro formazione.»⁸⁸⁹ Questa differenza è particolarmente evidente nel campo di quello che, di lì ad un secolo, sarà chiamato "diritto ecclesiastico dello Stato". La costituzione dell'anno III era infatti fondata sul più separatismo più spinto e sulla

886V. *Infra*, parte II, cap. IV.

887La discesa in Italia del Buonaparte determinò una completa riscrittura della carta geografica italiana: in origine (1796-1797) il Regno di Sardegna sopravvisse, seppur mutilato di Nizza e della Savoia. Il Ducato di Milano scompariva per fondersi con la Repubblica Cispadana (a sua volta costituita dalla fusione delle repubbliche di Bologna, Modena e Reggio) nella Repubblica Cisalpina prima, italiana poi. A Genova si costituisce la Repubblica ligure. L'altra Repubblica aristocratica, quella veneta, veniva annessa all'Austria con il Trattato di Campoformio. Il Pontefice era costretto alla fuga e veniva proclamata la Repubblica Romana. Fallito il tentativo di restaurarlo sul trono tramite le armate napoletane, anche la parte di qua dal faro dei domini borbonici soggiaceva all'influenza francese, tramite la Repubblica Napoletana resa celebre dal Cuoco. Quanto alla Toscana, essa riuscì a mantenere la propria indipendenza fino al 1799, anno in cui fu assoggettata con il Piemonte dalle truppe francesi. A causa dello scarso potere navale al Buonaparte non fu possibile occupare la Sardegna, ove trovarono riparo i Savoia, e soprattutto la Sicilia, conservata ai Borboni sotto la tutela della squadra navale inglese del Mediterraneo, comandata dal celebre ammiraglio Nelson. Con buona dose della geniale ironia che lo contraddistingueva, Buonaparte, nel suo proclama del 26 aprile 1796, «si preoccupava di scindere immediatamente la responsabilità delle popolazioni italiane da quella dei loro governanti con l'affermazione che la guerra sarebbe stata condotta contro questi nel pieno rispetto della proprietà, degli usi e della religione di quelle popolazioni.» V. C. GHISALBERTI, *Le costituzioni giacobine (1796-1799)*, Milano, 1957, pag. 97.

888Vale in particolare la pena di soffermarsi sul tentativo codificatorio della Repubblica Cisalpina che, per pertinenza geografica, sarà trattato nel paragrafo dedicato al Lombardo-Veneto. V. *Infra*, Parte II, cap. III.

889C. GHISALBERTI, *Le costituzioni giacobine...*, cit., pag. 154.

proclamazione della libertà religiosa, «corollario della libertà di coscienza rivendicata nella dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino» mentre, «in Italia fu diverso il modo di affrontare il problema e molteplici furono le soluzioni giuridiche formulate a seconda delle varie circostanze politiche locali.»⁸⁹⁰ A conferma di questo corretto rilievo del Ghisalberti stanno gli art. 4 di due costituzioni, quella cispadana e quella ligure, entrambe del 1797: il primo, con solennità, proclamava che «la repubblica cispadana conserva la religione della Chiesa cattolica, apostolica, romana», non permettendo «verun altro esercizio di pubblico culto» salvo, espressamente, quello ebraico. Queste previsioni rigoriste erano tuttavia temperate da un lato dalla guarentigia, data tanto ai cittadini quanto ai semplici abitanti, dalle molestie derivanti dalle sue opinioni religiose⁸⁹¹ (art. 4 ult. co.), dall'altro dall'esplicita affermazione circa l'unicità dell'ordinamento giuridico (art. 399), con conseguente cessazione di riconoscimento all'ordinamento canonico e al foro ecclesiastico⁸⁹². In Liguria, invece, il nuovo governo desiderava evidentemente porsi in "continuità" (se così si può dire) con la millenaria tradizione repubblicana genovese e, allo scopo, sanciva che «la repubblica ligure conserva intatta la religione cristiana-cattolica, che professa da secoli», norma integrata dalle costituzioni di Genova, ai sensi dei cui artt. 4 e 5, si garantiva ad essa sola il pubblico culto, non permettendosi però alcuna molestia al cittadino «per opinioni religiose e per l'esercizio privato di altri culti.»⁸⁹³ La stipula dei concordati (quello francese prima, l'italiano poi), e la "monarchizzazione" del bonapartismo, porteranno ad un'estensione nazionale del principio confessionista, come attesta bene l'art. 1 della costituzione della repubblica italiana (1802), ai sensi del quale «la religione cattolica apostolica romana è la sola religione dello Stato»⁸⁹⁴.

Queste dichiarazioni di principio, nei fatti sempre disattese, non debbono tuttavia ingannare l'osservatore, potendosi ben condividere il rilievo di Francesco Ruffini, che vedeva nelle costituzioni giacobine la prima affermazione del principio di libertà religiosa su suolo italiano⁸⁹⁵. L'accortezza di Napoleone circa i bisogni più ancestrali dei

890 *Ibidem*, pag. 254.

891 V. A. ACQUARONE – M. D'ADDIO – G. NEGRI (a cura di), *Le costituzioni italiane*, Milano, 1958, pag. 44.

892 Quanto alla costituzione della repubblica cisalpina, succeduta alla cispadana, non riprenderà tale disposizione. Unica norma di diritto ecclesiastico (in senso lato) presente nel testo costituzionale del 1797 è l'art. 353, ai sensi del quale «la legge determina gli effetti dei voti religiosi già fatti.» Ciò avverrà con l'art. 346 della costituzione dell'anno successivo, nel quale si sancirà che «la legge non riconosce né voti religiosi, né alcun impegno contrario ai diritti naturali dell'uomo.» *Ibidem*, pag. 117 e 150.

893 *Ibidem*, pag. 159 e 170. Ciò non impedì al governo rivoluzionario genovese, in questo degno erede delle scorrerie còrse del Banco di San Giorgio, di spogliare e saccheggiare, in applicazione di un rigoroso indifferentismo, tanto le sinagoghe quanto le chiese cattoliche. Per gli ordini di requisizione v. C. GHISALBERTI, *Le costituzioni giacobine...*, cit., pag. 257, nota 176. In controtendenza l'art. 13 della costituzione della repubblica ligure post concordataria (1802). «Art. 13 La religione cattolica, apostolica, romana è la religione dello Stato. I beni attualmente posseduti dagli arcivescovi, vescovi, capitoli diocesani, seminarii, parrocchie [*sic*], vicarii, sono invendibili. Questo principio serve di base alla Legge organica [sul modello francese N.d.A.] che regola ciò che concerne i culti.» A. ACQUARONE – M. D'ADDIO – G. NEGRI (a cura di), *Le costituzioni italiane...*, cit., pag. 203.

894 *Ibidem*, pag. 312.

895 F. RUFFINI, *La libertà religiosa*, I, *Storia dell'Idea*, Torino, 1901, pag. 500. Nota ancora C. GHISALBERTI, *Le costituzioni giacobine...*, cit., pag. 256-257, che «la soluzione che le costituzioni cispadana, cisalpina

popoli sottomessi⁸⁹⁶, oltre che la memoria delle sollevazioni popolari contro la legislazione giuseppinista toscana di pochi anni innanzi⁸⁹⁷, obbligò gli stessi legislatori filofrancesi a procedere con cautela in una materia, coinvolgente la sensibilità (*rectius* "suscettibilità) del popolo più minuto. Tra questa senza dubbio spiccava quella matrimoniale. Se pressochè tutte le costituzioni presero posizione abrogativa dei fedecommissi, ferendo «al cuore la famiglia nobile e i patriziati borghesi cittadini»⁸⁹⁸, nessuna avrà tuttavia l'ardire di riprendere la disposizione francese circa il matrimonio civile che, come si vedrà, sarà applicato in un primo tempo solo nella Repubblica italiana, non *ex novo* ma in estensione della legislazione giuseppina. Allo stesso modo il divorzio (già legge in Francia da quasi un decennio) non verrà applicato prima dell'entrata in vigore del Codice del 1806⁸⁹⁹ e, anche dopo questo, con estrema parsimonia.

Questa cautela non significa che le costituzioni italiane dimostrassero disinteresse per la famiglia, anzi in applicazione dei canoni espressi da Rousseau e Jacqueminot, divenne un autentico *leitmotiv* costituzionale, quello in base al quale «nessuno può essere buon cittadino se non è buon marito e buon padre»⁹⁰⁰ ma, al di là di queste dichiarazioni denotanti il cambiamento di clima rispetto al "libertarismo" robespierriano, si comprende come il compito di emendare le colonne portanti del matrimonio e del diritto di famiglia, in guisa irrevocabile, non fosse più affidato alle solenni dichiarazioni di principi delle Carte fondamentali, bensì alla pratica e concreta attuazione di quel Codice che doveva segnare in maniera indelebile la storia giuridica italiana ed europea.⁹⁰¹

e ligure davano al problema delle relazioni tra l'ordinamento giuridico statale e la Chiesa, fu diversa, però, da quella data nella Repubblica romana e nella napoletana. La costituzione romana ed il progetto di Pagano per l'altra, redatte in un momento di assoluta rottura tra la Francia rivoluzionaria e la Chiesa cattolica, risentirono della situazione di tensione venutasi a determinare colla distruzione del potere temporale dei Papi. Si limitarono, quindi, ad affermare la completa libertà di coscienza, ignorando, però, non solo la religione cattolica, ma anche la libertà di culto. Per i soli accenni a materia religiosa di tali costituzioni si hanno nelle loro dichiarazioni dei diritti dell'uomo, che si aprono con l'affermazione di essere state pronunciate "alla presenza di Dio" quella romana e "alla presenza dell'Essere supremo" quella napoletana, e nel comminare la perdita dei diritti civili per coloro che, aderendo ad una corporazione ecclesiastica, prendessero i voti religiosi. Non possiamo accogliere in alcun modo l'affermazione del Godechot che ha voluto vedere nella costituzione della repubblica napoletana un mancato riconoscimento formale della libertà di coscienza, libertà che, invece è affermata implicitamente nell'art. 4 della dichiarazione dei diritti dell'uomo che la precede.»

896Si rammentino i proclami bilingui egiziani che, nel testo francese, iniziavano "Repubblica Francese, Libertà, Uguaglianza, Fratellanza", in quello arabo "Dio è grande e Maometto è il profeta di Dio".

897V. *Infra*, Parte II, cap. III.

898P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna, 2002, pag. 94. V. Ad esempio, art. 258 "codice civile" delle costituzioni di Genova, art. 351 costituzione rep. Ligure, riportati in A. ACQUARONE – M. D'ADDIO – G. NEGRI (a cura di), *Le costituzioni italiane...*, cit., pag. 162 e 196. Non scompare, invece, la morte civile. Cfr. art. 12 cost. rep. Bologna. *Ibidem*, pag. 14.

899P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia...*, pag. 99

900Si vedano, ad esempio, il IV dovere preliminare alla Costituzione Bolognese e il 4° dovere preliminare alla Costituzione cisalpina del 1798 in A. ACQUARONE – M. D'ADDIO – G. NEGRI (a cura di), *Le costituzioni italiane...*, cit., pag. 9 e 122.

901Cfr. P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 148-149.

CAPITOLO III
LA DISCIPLINA DEGLI STATI PREUNITARI

1 – *Panorama dell'Italia moderna.*

Preliminarmente alla trattazione della disciplina matrimoniale propria dei singoli stati pre-unitari (e al suo rapporto con il diritto confessionale) in conformità alla metodologia che si è esposta inaugurando il presente studio⁹⁰², converrà brevemente sostare da un lato sulle vicende "politiche" che coinvolsero la Penisola dalla conclusione del Concilio tridentino fino all'alba della contemporaneità, dall'altro, avvalendosi dell'opera della storiografia giuridica, cercare un minimo comune denominatore della "famiglia italiana moderna", fondata esclusivamente sul matrimonio, che permetta di trovare i germi di quella *Volksgemeinschaft* unitaria, tanto celebrata da una retorica post-risorgimentale, che ha volutamente ignorato i dubbi del D'Azeglio sulla necessità di creare un unico popolo dopo avere, senza dubbio artificiosamente e grazie all'aiuto non disinteressato di Francia e Gran Bretagna, costituito un'unica realtà politica statale⁹⁰³.

Senza saltare troppo innanzi, anzi cercando di offrire una panoramica il più possibile sintetica della storia italiana del periodo di nostro riferimento, vale la pena suddividerla idealmente in tre periodi, separati rispettivamente da alcune date storiche: a partire dalla Chiusura del Tridentino (1563) e fino ai Trattati di Utrecht e Rastadt (1713-1714), l'Italia restò assoggettata alla declinante egemonia spagnola, scossa dalle propaggini del trentennale conflitto che fanno da sfondo a "I promessi sposi" e ulteriormente minata da un più generale declino politico ed economico. Questa prima fase non può dirsi ancora chiusa quando, al principio del XVIII secolo, ceduti tutti i possedimenti spagnoli in Europa occidentale ad opera di Filippo V all'esito della Guerra di Successione iberica, non si può più parlare di dominio assoluto della Penisola da parte di una sola Potenza, ancorchè gli Absburgo austriaci, cresciuti in potenza a discapito dell'estinto ramo spagnolo, acquistassero il Ducato di Milano e, alla morte del degenerato mediceo Gian Gastone, anche la Toscana. D'altra parte la casa di Borbone impiantò propri polloni tanto a Parma (con l'estinzione dei Farnese) quanto a Napoli, in esito alla Guerra di successione polacca. Tutti questi conflitti videro crescere anche il prestigio e la potenza della dinastia sabauda che, con oculate combinazioni di alleanze, riuscì a dare contiguità territoriale ai territori piemontesi, su cui gravitava il centro del suo dominio e ad acquisire il titolo regio, siculo prima (1713), sardo poi (1720).

902Cfr. *Supra*, Introduzione, par. 4.

903Il genio di uno Scrittore può fare molto di più, nel descrivere un'epoca, rispetto da intere enciclopedie. Come quando ne "Il Gattopardo" di Giuseppe Tomasi di Lampedusa, il messo piemontese Aimone Chevalley di Monterzuolo, recandosi presso don Fabrizio per chiedergli di accettare il laticlavio, incomincia la sua perorazione parlando di "felice annessione" della Sicilia al Regno sardo, salvo poi correggere immediatamente in "fausta unione". Poche pagine dopo, il colonnello Pallavicino, descrive in una sola proposizione la situazione: "mai fummo così divisi come da quando siamo uniti." Al netto delle "piccole vedette lombarde" e delle ricostruzioni storiche da sussidiario sabauda, Tomasi ha già in parte risposto a questo primo interrogativo.

Rispetto agli stati che acquisivano una struttura tendenzialmente moderna, attraverso l'opera di ministri geniali come il Tanucci a Napoli, si ponevano quasi in antitesi i domini pontifici e i governi aristocratici fatiscanti delle ex potenze marinare di Genova e Venezia, i cui traffici marittimi (che un tempo ne avevano garantita la prosperità) erano stati pressochè affossati dalle scoperte geografiche extramediterranee. In particolar modo i primi erano stati scossi dalla "nuova pentecoste" tridentina, cui era seguita l'ascesa al Soglio petrino di Pontefici la cui attività era tutta tesa alla propagazione della fede nelle terre ultramarine (con l'istituzione della S.C. *de propaganda Fide*, nel 1622)⁹⁰⁴ e che, nella lotta per la conservazione della antica religione⁹⁰⁵, avevano posto in secondo piano la loro potestà secolare di Principi italiani. Quella era infatti sempre più agitata dai conati giurisdizionalisti che, a partire dalla Francia e dalla Spagna, si erano diffusi in tutta l'Europa, raggiungendo il culmine con il giuseppinismo e la pretesa cesarea di intervento non solo in materia di *iura circa sacra* ma addirittura di una potestà *in sacris*⁹⁰⁶.

904«Il vero capolavoro di Gregorio [XV, Ludovisi, N.d.A.] consistette nella fondazione della Propaganda. Questo passo, progettato già dal suo omonimo Gregorio XIII equivale ad un faro luminoso che proietta la sua luce nelle regioni più lontane e caratterizza un indirizzo nel quale l'attività della Chiesa doveva muoversi per secoli con conseguenze straordinariamente feconde.» L. VON PASTOR, *Storia dei Papi...*, cit. XIII, pag. 225.

905Si pensi soltanto alla differenza tra l'attiva partecipazione di un Giulio II e di un Clemente VII alle leghe di Cambrai e di Cognac e il successivo divieto da parte di San Pio V contro la concessione di feudi ecclesiastici a familiari papali. Da un lato, l'esito disastroso della guerra di Napoli promossa da Paolo IV (per assurdo il primo vero pontefice riformatore, non avendo potuto mettersi alla prova Marcello II), aveva ammaestrato i Papi sulla convenienza di uno scontro militare impari con le potenze europee. Dall'altro l'opera dei Vescovi di Roma sarà sempre più tesa alla ricerca di un ruolo di mediazione tra belligeranti, piuttosto che di attiva partecipazione agli scontri. Lo attesta, ad esempio, la partecipazione di Fabio Chigi, futuro Alessandro VII, alle trattative per la firma della pace di Westfalia, su cui V. A. KOLLER, *Fabio Chigi – Nunzio e mediatore di pace in Germania*, in ISTITUTO STORICO DIOCESANO DI SIENA, *Annuario 2000-2001*, pag. 36 ss. Se anche il senese non raggiungerà gli obiettivi prefissi, tanto da costringere Innocenzo X alla protesta del breve "*Zelo domus Dei*", da qui in poi la Santa Sede si asterrà dal fare ingresso in questa o quella coalizione di potenze, certamente guadagnandone in termini di prestigio. Vale la pena sottolineare come il documento pontificio ultimo citato sia generalmente noto sotto il nome di "bolla"; tuttavia è stato inoppugnabilmente dimostrato da L. VON PASTOR, *Storia dei Papi...*, cit., XIV/1, pag. 100, nota 4, che di Breve trattasi in quanto, esaminatone l'originale, egli ha potuto verificare come esso fosse datato «*Roma..., sub annulo Piscatoris*», non facendosi alcun cenno al piombo, con cui si suggellava la Bolla.

906Se ne tratterà ampiamente, *infra*. Basterà qui rammentare come il vero iniziatore delle dottrine austriache sia stato Carlo Antonio Martini «il quale – almeno per i principi teorici – deve essere menzionato per primo luogo. Appena ventisettenne, il Martini ricevette nella primavera del 1754 l'incarico di insegnare nella università di Vienna il "diritto naturale", di recente istituzione. In tale posizione egli compì un passo decisivo al di là delle teorie del Riegger, tentando per primo in Austria di fondare la supremazia dello Stato in materia ecclesiastica sulla "natura di esso" ossia sulla concezione razionalistica dello Stato. Così dal potere legislativo dello Stato egli fa derivare la sua piena e libera disposizione dei beni e delle persone ecclesiastiche, la libertà di accogliere o di respingere le prescrizioni del diritto canonico, di tollerare o di sopprimere altre confessioni, analogamente fa derivare dal così detto potere di vigilanza il potere *illimitato* di prender visione degli affari ecclesiastici, di dirigere e convocare sinodi, di vietare voti religiosi che possano essere di pregiudizio per lo Stato; finalmente, dal potere esecutivo dello Stato, fa derivare la facoltà di deporre e punire gli ecclesiastici "ribelli" e di proteggere i membri del clero contro gli abusi di potere dei loro superiori.» Questo il

L'epopea del Buonaparte doveva travolgere questo "collaudato sistema", imponendo una dominazione francese, cui si è già fatto cenno, che portò con sé le grandi conquiste dell'epoca illuministica, tra le quali è il codice ad assumere ruolo di protagonista. Un breve ma denso e periodo che costituisce la seconda fase di storia italiana, che fa da sfondo a queste note. Conchiusa l'epopea napoleonica, i governi della c.d. "Restaurazione" non ebbero sempre la volontà di abbandonare le conquiste dell'età precedente, adottando spesso anch'essi la struttura codiciale, sui due modelli austriaco e francese, seppur con alcuni temperamenti (ad esempio circa il divorzio)⁹⁰⁷. I moti del '48 dovevano comunque cagionare lo sfaldamento dei paradigmi metternichiani e portare, con la Guerra di Crimea, alla fine della Santa Alleanza e alla creazione in Italia di uno stato unitario "dall'Alpe a Sicilia". E' questo il terzo e ultimo periodo che si affronterà a chiusura di questo lavoro.

Tornando ora al vero oggetto d'indagine, si è sopra anticipato come la formalizzazione del vincolo ad opera del tridentino venisse tendenzialmente apprezzata dagli ordinamenti secolari tanto che, anche dove questo non fu pubblicato come (seppur per ragioni diverse) Francia, Olanda e Inghilterra, ben presto si consolidò la concezione dello scambio dei consensi siccome negozio pubblico e solenne.

Diverse invece le reazioni in Italia; benchè, come detto, il Concilio di Trento ed in particolare il suo decreto di riforma sul matrimonio, siano stati pubblicati pressoché ovunque, la prassi del popolo minuto continuò a ritenere il negozio privo di qualsivoglia solennità, tanto che lo stesso Prospero Lambertini, ancora arcivescovo di Bologna, dovette rammaricarsene⁹⁰⁸. Nè deve essere dimenticato che alcune istituzioni parallele mantenevano vive nella coscienza collettiva del popolo più minuto le antiche tradizioni dei padri; tra queste spiccavano i sensali matrimoniali, previsti dagli statuti comunali del tardo medioevo⁹⁰⁹ e ancora attivi (seppur "privatamente") all'alba del XX secolo, soprattutto nelle regioni ad alta ruralità. Non deve quindi stupire che le disposizioni tridentine abbiano trovato ardua applicazione, ad opera tanto dei curati quanto degli ufficiali secolari, riscontrandosi una vera e propria «reazione della generalità dei "fedeli"» ritenutisi «lesi dalle nuove norme, forse poco conosciute, forse fraintese ed in ogni modo non ritenute necessarie.»⁹¹⁰ Gli storici del diritto hanno quindi avuto svariate

magistrale sunto di L. VON PASTOR, *Storia dei Papi...*, cit. XIV/3, pag. 329. Fondamentale, a rafforzare questi disegni, fu la sua decisione, nella sua qualità di consigliere aulico per la censura e gli studi, di procedere alla soppressione del corso di diritto ecclesiastico (in senso antico) nei corsi di teologia, mantenendolo invece in quelli giuridici.

907 Ai fini della chiarezza espositiva si utilizzerà come suddivisione politica tra gli Stati quella successiva al Congresso di Vienna.

908 V. *Supra*, Parte I, cap. IV.

909 Come Treviso (sec. XIV) e Pistoia (XIII). Cfr. G. TAMASSIA, *La famiglia italiana...*, cit., pag. 167.

910 P. RASI, *L'applicazione delle norme...*, cit., pag. 235-236. «E' un dramma giornaliero che fa rimanere molto perplesso lo storico come a suo tempo rendeva dubbioso il giudice che doveva applicare rigidamente le norme conciliari che molte volte determinavano situazioni moralmente deplorabili per l'opinione popolare che, ad es., non si capacitava come mai non si ritenesse valido un matrimonio celebrato con lo scambio del consenso, pel solo fatto che era mancata la presenza del parroco.» Bene fa G. TAMASSIA, *loc. ult. cit.*, a sottolineare che «diritto, cerimoniale, consuetudini, idee irrigidite nella cerchia di certi fatti, hanno virtù di resistere a mutazioni, anche audaci, sopravvenute nella coscienza

occasioni per dimostrare la veridicità di quanto sostenuto dal Rasi, anche alla luce della grande diffusione post-tridentina di pubblici concubinati, quasi tacitamente tollerati quali "mali minori" in confronto all'importante numero di seduzioni e bigamie contro le quali il Concilio aveva preso posizione⁹¹¹. In questo senso è stata recentemente presa posizione anche da chi ha curato alcuni degli studi più approfonditi circa il matrimonio in Italia⁹¹², non ritenendo «troppo ardua [...] la conclusione che le direttive tridentine avessero bisogno di più di un secolo per penetrare in quella fucina ideale, che elaborava casi giudiziari, sentenze e consulti legali, rifondendoli in una cultura giurisprudenziale di base e orientando in tal modo gli atteggiamenti dei fedeli nell'amore e nel matrimonio.» Ma un dato, in particolare, non deve sottovalutarsi: il mantenimento, fino a pressochè tutto il settecento, del foro ecclesiastico per le cause matrimoniali e la conseguente applicazione degli istituti particolari del diritto canonico, in cui la giustizia è equitativa nel senso attribuitole dall'Ostiense⁹¹³ - cioè «*dulcore misericordiae temperata*» - è forse una delle cause principali della lentezza di penetrazione dei decreti di riforma tridentini sul suolo italiano. In proposito, la nostra mentalità, ancora imbevuta di novecento giuridico (e/o religioso) potrebbe portare a due ragionamenti errati: da un lato, quello più diffuso, che in assenza dello strumento codiciale i tribunali ecclesiastici fossero liberi di dare le interpretazioni più fantasiose ai sacri canoni, atteso il fallimento dell'allargamento del *Corpus iuris canonici* sotto Gregorio XIII e Clemente VIII. Dall'altro, invece, che soltanto recentemente la Chiesa abbia riscoperto l'applicazione del proprio diritto secondo il consiglio della misericordia, irrigidita com'era dal culto delle proprie regole, in un vero e proprio positivissimo giuridistico, che certo aveva influenzato in parte la prima codificazione canonica ma che era stato sostanzialmente sconosciuto al diritto ecclesiale almeno fino ai primi anni dell'ottocento.

Per assurdo si riscontra un "maggiore impegno" dell'autorità secolare nell'attuare le prescrizioni tridentine, sulla scorta di quella scuola di pensiero che, di lì a non molto, avrebbe portato alla nascita di un nuovo concetto di matrimonio, per certi versi "altro" rispetto a quello fin lì conosciuto; problema colto da Arturo Carlo Jemolo⁹¹⁴, quando rilevava che «i principi giurisdizionalisti sul matrimonio rappresentano la parte meno conosciuta delle nostre teorie, per quanto ne formino uno dei capitoli più interessanti, costituendo il principale sforzo verificatosi dopo il Concilio di Trento per l'elaborazione di una nuova dottrina matrimoniale.» Ruolo non solo strettamente giuridico, quello di

popolare; e il modo stesso con cui le innovazioni si affermano tradisce lo stento e lo sforzo della vittoria.»

911 Cfr. S. SEIDEL MENCHI, *Percorsi variegati, percorsi obbligati...*, cit., pag. 56, laddove l'autrice compie il seguente rilievo: «Macroscopici casi di pubblico concubinato che si sottraggono alla repressione; giudici ecclesiastici che si dichiarano impotenti a mandare in esecuzione (nello Stato della Chiesa) sentenze intese a sanare convivenze extra-coniugali coronate dalla nascita di diversi figli; vicari che sposano il principio dell'autorità paterna nella stipulazione dei matrimoni: sono dati che impongono cautela nel valutare l'effettiva portata del passaggio delle direttive tridentine nella prassi del controllo sociale.»

912 *Ibidem*.

913 HOSTIENSIS, *Summa, de dispens.* § 1.

914 A.C. JEMOLO, *Stato e Chiesa negli scrittori politici italiani del seicento e del settecento*, Napoli, 1972, pag. 267.

questi pensatori e dei loro *danti causa*, ma anche sociale, dette teorie «rappresentando la giustificazione dell'ingerenza dello Stato anche nella materia dei Sacramenti, e pertanto la giustificazione del postulato teorico che nessuna azione esplicita dalla Chiesa in seno alla società può essere sottratta al controllo dello Stato, e che questo può rivendicare a sé gli atti di maggior importanza sociale, anche se rappresentino quanto di più sacro può darsi per un fedele, e se non possano per lui sussistere senza la benedizione della religione.»⁹¹⁵

Ma poco poterono anche le imposizioni dell'assolutismo contro questo sentire comune del popolo, dovendosi ricorrere ad una, già allora complicata, alleanza tra trono e altare per contrastare gli eccessi di familiarità tra giovani delle classi popolari: il rigorismo morale che permeerà la futura società borghese emerge già nel corso del settecento, rinforzato dagli strali ecclesiastici che dal secolo precedente, ad esempio con Paolo Segneri, avevano stigmatizzato l'eccessiva facilità di contatto tra i sessi, condannando come «insidie pericolosissime per la castità, istigazioni alla lussuria»⁹¹⁶ le usanze della gioventù di frequentarsi prima delle nozze. Con quale esito lo testimonia il Rasi, quando attorno al 1940 narra di «un episodio successo recentemente [per allora] in una vallata del Caorame. Una contadina si "sposò"⁹¹⁷ con un ragazzo la vigilia di Natale. Disgrazia volle che un incidente di montagna togliesse la vita allo sposo, impedendo la cerimonia a carnevale. La contadina ebbe un figliolo; lei però fu sempre considerata come "signora" e il figliolo come "legittimo". Quando due anni dopo si sposò, o meglio si risposò, le sue nozze furono considerate come quelle di una vedova, senza quindi formalità, banchetti, processione e successe un subbuglio perchè il parroco celebrò la messa consueta e benedisse le nozze come si trattasse di una nubile, anzichè una vedova. L'episodio, nella sua semplicità mette chiaramente in luce quale sia la mentalità del nostro popolo circa le formalità imposte dai canoni e dalle leggi civili dopo circa cinque secoli dal Concilio di Trento.»⁹¹⁸

Per quanto istruttivo non si può dare a questo esempio un valore assoluto, ma tutt'al più indicativo, dovendolo calare nel contesto di un isolato luogo di montagna, nel periodo in cui si addensavano sull'Italia le fosche nubi dell'immane tragedia. Tuttavia esso induce una riflessione spontanea: gli eventi storici hanno sempre dimostrato come, in Italia, il popolo minuto sia "sfuggente come la rena", per dirla con l'acuta locuzione di un ministro degli affari esteri, tuttavia, in campo matrimoniale, esso manifestò una capacità di resistenza a tutta prova. Lo testimonierà, come si vedrà poco oltre, l'aggressione contro Scipione de'Ricci e i canoni pistoiesi eterodossi, così come la lotta dei Sanfedisti contro le armate francesi o la resistenza (a grave costo) avverso il matrimonio civile all'epoca del codice Pisanelli. Non era tutta, e solo, farina versata dal pulpito; più probabilmente è da ritenersi che la popolazione italiana abbia manifestato, almeno fino agli anni '60 del secolo scorso, una certa tendenza al conservatorismo, se

⁹¹⁵*Ibidem*.

⁹¹⁶D. LOMBARDI, *Matrimoni...*, cit., pag. 365.

⁹¹⁷Evidentemente con *matrimonium praesumptum*, che per altro era stato abrogato espressamente da Leone XIII alla fine del secolo XIX.

⁹¹⁸P. RASI, *L'applicazione delle norme...*, cit., pag. 275.

non alla "reazione" vera e propria: rivoluzionari e tribuni sono riusciti a blandirla e sedurla, a scatenarne gli istinti più bestiali, come magistralmente narrato dalla "Libertà" di Giovanni Verga o da alcuni racconti di Giovannino Guareschi (per non citare immagini ancora più raccapriccianti), ma essa si è sempre conservata retriva, quasi sospettosa delle novità che il Potere gli proponeva, fosse esso rappresentato dai Sovrani assoluti, dai Francesi, dallo Stato unitario, financo dallo stesso Pontefice⁹¹⁹. Ancora al giorno d'oggi essa non è riuscita ad acquisire una mentalità, non dico "rivoluzionaria" ma quanto meno "dinamica", viaggiando sempre al traino di questo o quel materiale di importazione che, così come il vino secoli orsono, arriva a destinazione ormai "marsalato", venendo venduto in guisa sofisticata da un legislatore sempre timoroso delle proprie iniziative e delle reazioni che esse potrebbero suscitare⁹²⁰.

Dall'altra parte l'Autorità secolare (ma in parte anche ecclesiastica) del periodo oggetto d'indagine è sembrata costantemente prescindere da questo dato: essa ha proceduto applicando principi che alla gente o sono sconosciuti o poco interessano: la famiglia rimane, nella mentalità e nei fatti (fin dove riesce ad eludersi la legge), quella patriarcale di antico regime, riunente più nuclei attorno all'unico desco. Lo ben descrive Paolo Passaniti⁹²¹, trattando della famiglia precodificata, aggredita da uno Stato sempre più leviatano, e il cui destino «dipende dalla sopravvivenza del particolarismo giuridico, di tutti quegli ingranaggi collegati alle aggregazioni intermedie che indeboliscono i margini di azione dello Stato» aggredendo «tutto ciò che ostacola il disegno di rafforzamento statale, con una ventata "distruggitrice".»⁹²²

Che tra queste zeppe al diretto rapporto tra Stato e suddito stesse anche la Chiesa è fuor di dubbio. Non solo, come si è visto sopra, per la tendenziale "antimodernità" di un ordinamento che aveva volontariamente voluto restare fermo, nel suo corpo essenziale, a schemi di derivazione medievale, ma anche e soprattutto per l'alta capacità che essa aveva dimostrato di emendarsi nel proprio interno, con un clero che accanto ai "Don Abbondi" aveva anche i "Padri Cristofori" e, soprattutto, i "Federighi Borromei": non c'è ancora oggi, salvi alcuni soggetti ideologizzati, chi non ammira la maestà e la dignità che si riscontra, non dico nella Basilica vaticana ma in tante piccole chiese di campagna, costruite, edificate, ornate ed abbellite dalla devozione di una moltitudine di umili, che vedevano nella ricchezza e grandezza della propria pieve una fuga dalla propria miseria e un "punto di vantaggio" sul villaggio vicino. Si immagini quale effetto doveva fare su di una popolazione in massima parte analfabeta, un curato che se anche non si chiamava Marco Tullio Cicerone, conosceva quel po' di latino sufficiente sì a disorientare un Renzo Tramaglino, ma anche idoneo a tutelarlo dalle pretese di questo o di quel prepotente; ciò non poteva essere tollerato in un ottica "competitiva" nella quale, dietro ai richiami di comodo al popolo, si nascondeva l'eterna illusione del paradiso in terra,

919 Celebri le resistenze contro Benedetto XIV per la soppressione di alcune feste.

920 Senza citare le recenti innovazioni legislative nel campo del diritto di famiglia, basti ricordare l'incapacità, del legislatore post-unitario, di introdurre una legge che prevedesse la celebrazione civile anteriormente a quella religiosa, il che avrebbe forse fatto danno alla coscienza di qualche parroco (sul che sia concesso di dubitare) ma avrebbe salvato dalla miseria molte famiglie.

921 P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 68.

922 *Ibidem*.

costruita come una vera e propria fede religiosa "laica". Per realizzarla, o quanto meno per convertire al novello culto i semplici, era necessario agire perchè gli stessi non potessero più dire ai propri figli, con l'Apostolo, «*tradidi quod et accepi*»⁹²³, bisognava alterare il primo ambiente con cui l'Uomo, che per quanto "rudimentale" è sempre *sapiens*, viene a contatto: la famiglia. E se la famiglia era allora fondata sul matrimonio, non si poteva prescindere dall'avocarne la disciplina, onde attuare i dogmi del sedicente illuminismo, di marca francese o austriaca che fossero.

2 – *Lo Stato pontificio.*

Non deve stupire che, dopo quanto appena detto circa il movimento codificatorio, si cominci questa trattazione proprio dai domini pontifici, i quali codice non ebbero mai e il cui Sovrano mai avrebbe rinunciato (per ovvie ragioni) alla competenza ecclesiastica circa il contratto-sacramento matrimoniale. Trattasi di una contraddizione apparente, convenendo anzi trattarne in apertura per due ordini di motivi: il primo, quasi scontato, attiene al rapporto tra il diritto canonico strettamente inteso e il diritto statale pontificio a livello di gerarchia delle fonti; il secondo, concerne quei conati codificatori che coinvolsero anche lo Stato della Chiesa subito dopo la Restaurazione del potere papale ad opera del Congresso di Vienna e che si mostrarono, sul terreno matrimoniale, assai ambiziosi.

Tuttavia, per meglio comprendere la complessa situazione di questo Stato, che alla sua *debellatio* contava una storia più che millenaria e senza soffermarsi sulla nota diatriba inerente alla pseudodonazione di Costantino, conviene rimontare a quel Ducato romano che, rappresentante della signoria bizantina sull'antica Urbe redenta dalla dominazione gotica, scompariva ai tempi di Stefano II quando il suo predecessore Zaccaria aveva già cessato di chiedere la conferma della propria elezione a Costantinopoli, assumendo direttamente il governo delle terre attorno a Roma. Questo territorio, estesosi poi a pressoché tutta l'Italia centrale grazie alle concessioni dei Re franchi, fu sempre difeso dai Papi come una delle più importanti guarentigie per la loro indipendenza rispetto ai più potenti signori temporali. La sua struttura, all'apogeo del potere della Chiesa era quella tipica dell'Italia di allora⁹²⁴, con una situazione diversificata a seconda del grado di dipendenza dei singoli territori dalla Santa Sede: se alcuni erano ancora veri e propri feudi ecclesiastici, le città maggiori (Bologna, Perugia, Ancona) avevano quesito una struttura tipicamente comunale, con diritto di eleggersi il proprio podestà, il che (grazie anche alla cattività avignonese) favorì l'instaurarsi di Signorie locali (es.i Malatesta a Rimini o i Baglioni a Perugia), prossime alla tirannia. Emergeva dunque una grossa differenza tra la mediocrità del governo secolare pontificio e la capacità organizzativa e

9231 Cor, 15, 3.

924Cfr. G. MOLLAT, *Stato Pontificio*, in *Enciclopedia Cattolica*, XI, cit., pag.1274. «Gli Stati della Chiesa si suddivisero in sette provincie [...] L'amministrazione di ciascuna provincia apparteneva, salvo eccezione, ad un rettore nominato dal Papa o, incidentalmente, da un legato, sotto la cui presidenza si tenevano, ad intervalli regolari, secondo la necessità dell'ora, i parlamenti nei quali i delegati dei comuni discutevano gli affari interessanti la loro circoscrizione, ripartivano i sussidi straordinari richiesti per far fronte alle spese militari, contraevano obblighi e prendevano notizia delle decisioni pontificie.»

legislativa che la Chiesa aveva dimostrato di possedere sul terreno spirituale, soprattutto ripensando a quanto Paolo Prodi ha potuto assumere per dato quesito alla storiografia giuridica, cioè «la presentazione della Chiesa romana come prototipo dello Stato moderno», avendo essa «introdotta nell'Occidente la prima gerarchia di tribunali con leggi positive scritte e procedure uniformi, [...] razionalizzato il sistema di imposizione e riscossione delle tasse e iniziato la pratica di anticipare le entrate con la vendita degli uffici.»⁹²⁵ Vero è che all'epoca la Potestà pontificia era completamente protesa *ad extra*, nella mortale lotta per la supremazia rispetto al potere temporale e che, quindi, quasi per un fenomeno di "ipermetropia", la Curia romana (ma anche quella avignonese) aveva ben chiare le necessità remote mentre assai più le sfuggivano quelle geograficamente più prossime, tanto che fu solo la grande saggezza di un Sisto V⁹²⁶ ad ancorare al canonicamente eletto successore di San Pietro i riottosi capi delle baronie romane, loro assegnando funzioni altamente onorifiche ed ereditarie nella Famiglia Pontificia⁹²⁷, gettando le fondamenta di quella "nobiltà nera" che serrò le finestre dei propri palazzi per non vedere l'ingresso in Roma delle truppe di Cadorna. Nè può omettersi che, ad aumentare la frammentazione territoriale, contribuì la concessione di feudi ecclesiastici a dinasti topici (quali ad esempio gli Estensi a Ferrara) e, soprattutto, il nepotismo dei Pontefici rinascimentali, ansiosi di eternare le proprie armi familiari non solo come sormontate dalle chiavi decussate ma altresì dalla corona ducale, con diritto di successione: così fu per Urbino con i Della Rovere sotto Giulio II e Parma ai Farnese, ad opera di Paolo III⁹²⁸. Occorse la figura ascetica di un Pio V perchè venisse irrevocabilmente sancito che, nel caso di estinzione della linea diretta di queste dinastie, i feudi dovessero ritornare sotto il diretto dominio della Sede Apostolica, venendo interdetto al Romano Pontefice di alienare, sotto qualsiasi forma (cessione, infeudazione ecc.) parti dello Stato della Chiesa⁹²⁹ e consentendo così la riacquisizione di Ferrara sotto Clemente VIII e di Urbino al tempo di Papa Barberini (1631).

Con queste ultime riacquisizioni territoriali, lo Stato Pontificio acquistò definitivamente una continuità e sostanziale omogeneità territoriale⁹³⁰, che conserverà fino all'annessione

925 P. PRODI, *Il sovrano Pontefice*, Bologna, 1982, pag. 17.

926 L. VON PASTOR, *Storia dei Papi*, X, cit., pag. 4-5, in apertura della biografia di questo Pontefice, ha modo di rilevare, cosa che non fa per nessun altro dei Papi da lui trattati, che «Sisto V è uno dei più imponenti tra i molti importanti pontefici, che produsse il tempo della riforma e della restaurazione cattolica.» Affermando che «questo papa, pieno della fiducia in Dio guidò la navicella di Pietro in un tempo sommamente critico con energia e prudenza di antico romano», ritiene che la posterità gli abbia «ingiustamente negato il titolo di GRANDE.» [*Il maiuscoletto è dell'originale*].

927 Cfr. G. MORONI, *Dizionario di erudizione storico ecclesiastica*, LV, Venezia, 1843, pag. 240. Sisto V imparentò la sua umile famiglia con i Colonna e gli Orsini (eredi delle fazioni ghibellina e guelfa dell'Urbe), e «ad intuito di queste nozze, tanto il Colonna che l'Orsini (erano cugini e tenevano la maggioranza e il I [*sic*] luogo tra i baroni romani) furono fatti assistenti al Soglio.»

928 Sull'ecclesiasticità del ducato di Parma, Piacenza e Guastalla vi fu tuttavia una disputa (di non secondo rilievo) con Carlo V, che riteneva detti feudi siccome imperiali. Cfr. L. VON PASTOR, *Storia dei Papi...*, V, cit., pag. 483-503.

929 La bolla piana del 29 marzo 1567 comminava la scomunica per colui che avesse anche solo ardito proporre l'infeudazione di città e territori pontifici.

930 Vestigia del passato erano le "exclaves" di Avignone (più volte occupata dai francesi e definitivamente perduta all'epoca della rivoluzione), Pontecorvo e Benevento (annesse al Regno Unitario nel 1860).

delle legazioni nel 1861 e che permette di trattare della sua legislazione matrimoniale in linea generale, dovendosi comunque tener conto della sua cronica carenza «di uniformità amministrativa», in quanto «il potere giudiziale dipendeva da una quantità di tribunali particolari o privilegiati, le cui giurisdizioni si intralciavano e si contrastavano.»⁹³¹

Tuttavia, punti in comune dell'intero territorio, erano l'afferenza al diritto canonico della disciplina matrimoniale e la pubblicazione del Concilio di Trento, ivi avvenuta per mezzo della ratifica pontificia, data dalla bolla *Benedictus Deus* datata 26 gennaio 1564. Ma solo l'osservatore più disattento potrebbe accontentarsi di questa apparente semplicità, dovendo piuttosto porsi due quesiti: il primo inerente al diritto canonico (verrebbe da dire "quale diritto canonico" fosse) regolatore della materia, il secondo, in qualche maniera già anticipato dagli interrogativi di Prospero Lambertini, attiene alla reale applicazione dei decreti riformatori tridentini (financo del *Tametsi*)⁹³² nel territorio pontificio.

Andando per ordine, occorre innanzitutto valutare la differenza intercorrente tra la legge data dal Pontefice quale Capo dello Stato e quella invece derivante dalla sua *Plenitudo Potestatis*, potendosi allo scopo distinguere sul punto due tesi: quella «dualistica, secondo cui esisterebbero due enti separati, la Chiesa e lo Stato, e quindi due separati ordinamenti» e quella «monistica, ove lo Stato e la Chiesa si fonderebbero in un solo ente, dando luogo ad un unico ordinamento»⁹³³. Tra queste, anche alla luce degli avvenimenti storici successivi, con la *debellatio* dello Stato pontificio e la nascita dello Stato Città del Vaticano con il Trattato del 1929, quella che riesce più difficile sostenere è la seconda. Al netto di una considerazione di ordine meramente "empirico", cioè quella secondo la quale parrebbe di assai difficile giustificazione il fatto che l'ordinamento canonico, quale *societas iuridice perfecta*, abbia potuto perpetuarsi nel momento in cui veniva privato della sua esplicitazione territoriale, quasi in guisa di un corpo "segato in due", essa non appare tenere conto di quella funzione di garanzia dell'autonomia del Papato dai Sovrani temporali, che esso aveva rivestito e che ancora oggi lo Stato Città del Vaticano, ente "nuovo" e affatto diverso dallo Stato della Chiesa, continua a rivestire in maniera forse ancora più feconda⁹³⁴. E' questo il «rapporto teleologico» di cui parla il

931G. MOLLAT, *Stato Pontificio...*, cit., pag. 1278. Per M. MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile dello Stato pontificio*, I, *Il progetto Bartolucci del 1818*, Napoli, LXXII-LXXIII, «i motivi del malgoverno derivante dalla confusione amministrativa vanno piuttosto posti in relazione con la particolare essenza politico-giuridica e con la struttura organica dello Stato ecclesiastico, che non trovava vie di conciliazione con una concezione materialistica, ma efficiente, di amministrazione pubblica. Discorso questo che si ricollega, tra l'altro al problema dibattuto tra i sostenitori di due opposte tesi: quella della natura dualistica o di contro, della natura monistico-teocratica dello Stato ecclesiastico», delle quali ultime ci si occuperà tra breve.

932Si è visto *supra*, più volte, come il Lambertini (in pieno settecento) lamentasse che in Bologna, città dello stato ecclesiastico, molta gente continuasse a ritenersi sposata semplicemente "innanzi alla Vergine, a Dio e ai Santi", quali testimoni della loro promessa. Cfr. anche S. SEIDEL MENCHI, *Percorsi variegati, percorsi obbligati...*, cit., pag. 56.

933M. MOMBELLI CASTRACANE, *loc. ult. cit.*

934Si rammenti in proposito l'allocuzione ai parroci romani tenuta da Pio XI, l'11 febbraio 1929, giorno di firma dei Patti del Laterano, nella quale il Pontefice definì il novello Stato Città del Vaticano, parafrasando San Francesco, «quel tanto di corpo che bastava per tenersi unita l'anima.» V. AAS, XXI

D'Avack⁹³⁵, cioè di uno Stato posto a presidio della libertà ecclesiastica, ma nel cui «contesto la "sfera temporale", proprio perchè predisposta al raggiungimento di interessi mondani e quindi limitati e transeunti, si qualificava inevitabilmente inferiore rispetto alla "sfera spirituale", ove i principi del credo religioso ispiravano agli uomini speranze e attese concernenti la vita ultraterrena e il conseguimento del premio eterno.»⁹³⁶ Vero è altrettanto, però, che il Pontefice, al momento di legiferare siccome sovrano temporale, non dismetteva i panni di Pastore Supremo della Chiesa universale, ma «tendeva sempre a conservare questa doppia veste e a svolgere quindi una doppia funzione proprio in virtù di quell'inderogabile principio secondo il quale le azioni umane, di qualsiasi specie fossero, dovevano essere comunque subordinate alla realizzazione della suprema finalità trascendente.»⁹³⁷

Questo fatto portava ad una confusione anche terminologica, che sussume all'interno della categoria "diritto canonico" anche quella normazione che canonica in senso stretto non era, vincolando, come vincolava, non l'intero Popolo di Dio, e neanche una porzione particolare di esso, ma semplicemente una popolazione riunita dalla comune sudditanza ad un Sovrano temporale entro confini circoscritti "politicamente", che solo per ventura era quasi per l'interezza cattolica, non essendo tollerato alcun altro culto, salvo quello ebraico⁹³⁸, e anch'esso limitatamente alle città dove era permesso (es. Roma e Ancona). A chiarire questa complessa compenetrazione tra *jus canonicum* e *jus civile*, più specifica rispetto al sistema di *utrumque jus*, in virtù dei suoi risvolti "costituzionali"⁹³⁹, riesce di grande giovamento la spiegazione del Cardinale Giovanni Battista De Luca⁹⁴⁰, che «del

(1929), pag. 108.

935 P.A. D'AVACK, *Il rapporto giuridico fra lo Stato Città del Vaticano, la Santa Sede e la Chiesa Cattolica*, in A. GEMELLI (a cura di), *Chiesa e Stato, Studi storico-giuridici per il decennale della Conciliazione tra la S. Sede e l'Italia*, Milano, 1939, pag. 8.

936 M. MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile...*, I, cit., pag. LXXIV.

937 *Ibidem*.

938 Gli ebrei erano soggetti alla loro legge, e alle sue prescrizioni, anche civili. Essi ne ricevevano dal Pontefice il testo, all'atto della presa di possesso da parte di questo dell'Arcibasilica lateranense. Fatto che comunque denota una Sovranità del Pontefice anche sulla legge mosaica, il che dovrebbe esser approfondito a partire dalla narrazione di L. VON PASTOR, *Storia dei papi*, III, cit., e soprattutto di F. GREGOROVIVUS, *Ricordi storici e pittorici d'Italia*, I, Milano, 1872, pag. 69 ss., che la fa rimontare all'omaggio dato dalla comunità ebraica romana al novello Cesare. A modestissimo parere di chi scrive, la giustificazione si poteva porre anche in termini evangelici, e quindi giuridico-canonici, sulla base dello «*iota unum*» di Mt 5, 17-20. Dunque non sulla base della Sovranità temporale ma su quella spirituale.

939 «Le stesse leggi canoniche riconoscono ed ammettono il concorso delle civili, cioè delle romane, che formano il diritto comune: le ammettono nei propri tribunali, anche se talune circostanze potrebbero far prevalere la giurisdizione ecclesiastica.» Infatti, «al diritto comune è dato riconoscimento e valore nei territori della Chiesa dal sovrano di questi, dal pontefice, come nei propri è dato dagli altri sovrani. Ma quegli, per la congiunzione in sé delle due potestà, è anche l'autore dei canoni, che nel suo Stato sono leggi, come nel loro sono quelle dei principi; e il diritto comune, a fianco di esse, non è, qui, come altrove, che diritto sussidiario.» Così, C. CALISSE, *Il diritto comune con riguardo speciale agli stati della Chiesa*, in AA.VV. *Studi in onore di Enrico Besta*, cit., pag. 424-426.

940 «Giurista, nato a Venosa il 1614, morto a Roma il 5 febbraio 1683. Studiò giurisprudenza a Salerno e a Napoli ove conseguì la laurea a 21 anni ed esercitò a lungo l'avvocatura finchè passò a Roma nel 1645. fattosi ecclesiastico, fu uditore e segretario dei memoriali, ed il 1° settembre 1681 fu creato cardinale da

diritto pontificio era stato l'interprete più attento ed originale». Da autentico operatore del diritto, la testimonianza del protetto di Innocenzo XI, si rivela estremamente attendibile in merito alla gerarchia delle fonti⁹⁴¹ e sulla loro integrabilità da parte dell'una o dell'altra. Di questo interessante "scambio" tra l'una e l'altra branca del diritto è stata dato eccellente sunto da Mirella Mombelli Castracane, nella sua celebre monografia dedicata ai tentativi di codificazione pontificia, laddove viene esposto come, nella descrizione del De Luca, «il diritto civile e il canonico, congiunti nell'unico (se non unitario) *ius commune*, operanti nei rispettivi settori della vita associata, postula[ssero] la introduzione di ulteriori categorie classificatorie allo scopo di definire il ruolo dei due ordini ai vari possibili livelli di applicazione della legge», conseguendone che «l'*ius commune civile* si integrava con un *ius* detto *particulare*, per qualificarlo in modo specifico nel sistema delle fonti di produzione.»⁹⁴² E' stata quindi superata l'opinione del Calisse⁹⁴³, che parlava di un diritto comune pontificio di origine romanistica, corroborato da quello canonico generale, dovendosi piuttosto guardare ad un sistema di tipo "sussidiario", in cui il diritto romano comune veniva retrocesso a categoria «suppletiva»⁹⁴⁴ dello *ius particulare seu municipale* (rappresentato nella sua parte principale dagli Statuti) e del diritto dato dal Sovrano di un determinato territorio, sia in senso stretto (in questo caso il Papa) che in senso lato (feudatari con regalie maggiori, città con larga autonomia). Dal lato ecclesiale, invece, doveva distinguersi il diritto canonico generale - quello del *Corpus* -, quello "*particulare in spiritualibus*"⁹⁴⁵ dato dal Pontefice come vertice della Chiesa, seppur non in via definitiva⁹⁴⁶ e, infine, lo "*ius canonicum magis particulare*", cioè espressione della gerarchia periferica, quali le costituzioni delle sinodo diocesane e provinciali. Riassumendo questo invero complicato sistema, si giungeva alla conclusione che, nella soluzione pratica di un caso (ovviamente *in temporalibus*) andasse applicata in primo luogo la norma locale, se questa non fosse sufficiente quella sovrana, svolgendo funzione suppletoria ed ermeneutica prima il diritto romano comune e, infine, quello canonico generale. Ciò detto si possono quindi distinguere due "macrocategorie" di diritto papale: quello dato dal Pontefice *ut princeps*

Innocenzo XI. La sua opera principale è il *Theatrum veritatis et iustitiae, sive decisivi discursus per materias seu titulos distincti*, in 21 tomi. [...] Una riduzione di quest'opera in lingua italiana fu fatta dallo stesso De Luca, successivamente, sotto il titolo *Il dottor volgare ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale nelle cose più ricevute nella pratica*, in 15 ll.» A. ROTA, *Giovanni Battista De Luca*, in *Enciclopedia cattolica*, IV, cit., pag. 1388-1389. «Giurista veramente straordinario», lo chiama P. PRODI, *Il sovrano Pontefice*, cit., pag. 136.

941 «De Luca, enunciando i vari tipi o livelli del diritto (legge divina, legge naturale, diritto delle genti, diritto comune romano e canonico, legislazioni statali, statuti, consuetudini) afferma che per il giurista è molto più difficile operare nell'oggi che nella Roma antica», soprattutto negli Stati della Chiesa, a cagione della «doppia figura del papa-principe.» *Ibidem*, pag. 139.

942 M. MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile...*, I, cit., pag. LXXVII.

943 C. CALISSE, *loc. ult. cit.*, e *supra*, in nota. *Contra*, P. PRODI, *Il sovrano Pontefice*, cit., pag. 132-133.

944 M. MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile...*, I, cit., pag. LXXVIII.

945 «A questo [...] andava aggiunto un [diritto canonico] del pari *particulare*, ma *in temporalibus*, consistente sia nelle decretali sia nelle bolle attinenti alla materia profana, promulgato dal pontefice come sovrano temporale.» *Ibidem*.

946 «Come le regole della cancelleria pontificia, non di rado rinnovate da ogni nuovo pontefice.» *Ibidem*.

(detto dal De Luca, *jus pontificium*) e quello dallo stesso promulgato siccome Capo della Chiesa (*ut Papa*), denominato *jus canonicum commune*.⁹⁴⁷

Resta tuttavia da spiegare come e perchè il diritto matrimoniale, che in apertura si è qualificato come di competenza strettamente canonica, sia collegato con la gerarchia delle fonti dei negozi meramente temporali. Innanzitutto, seppure il fondamento dell'intera disciplina fosse strettamente canonico, non deve essere dimenticato come gli Statuti non si fossero astenuti dall'intervenire sul tema «non per la validità del sacramentale connubio, ma per gli effetti civili e pe'contratti delle donne maritate»⁹⁴⁸. Tra questi, ad esempio, quelli di Bologna, che dovevano collocarsi ai vertici della gerarchia, in quanto rappresentanti sia del diritto municipale che di quello sovrano, (rub. 112 § 27), laddove si rinforzava la prescrizione del foro ecclesiastico, sia per gli sponsali che per le nozze, stabilendo il divieto per la fidanzata di contrarre tanto sponsali quanto matrimonio, finchè i primi «sponsali non fossero sciolti o annullati *in iudicio Ecclesiae*»⁹⁴⁹. Nè gli stessi temevano di restringere il campo di applicazione alla libertà dei nubenti, sempre tutelata dal diritto delle decretali e dei canoni conciliari⁹⁵⁰, esigendo il consenso per le nozze di una fanciulla «di tutti i fratelli e zii, o di alcuno di essi col consenso di due o più congiunti della donzella»⁹⁵¹ o, per quelle di minori l'approvazione di genitori, tutori, prossimi congiunti⁹⁵², con gravi pene pecuniarie per i trasgressori che avessero contratto clandestinamente; pene che, per altro, potevano legittimamente essere irrogate dagli stessi familiari e non necessariamente dalla municipalità, come ad esempio nel caso della legittima diseredazione prevista dagli Statuti pesaresi (II, 107). Naturalmente un simile regime poteva prestarsi ad abusi, soprattutto nei confronti delle fanciulle, allo scopo di risparmiare la dote; non era infatti raro che lo stesso *jus municipale* prescrivesse temperamenti all'obbligatorietà del

947G.B. DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae*, XV, Roma, 1673, pag. 111, citato da P.PRODI, *Il sovrano Pontefice*, cit., pag. 140, il quale rileva che «per quanto riguarda lo Stato pontificio vi sono – e qui mi sembra sia il centro del nostro discorso – due tipi di diritto canonico, quello comune e quello stabilito dal Papa come principe di uno Stato secolare, anche se questi due diritti non si distinguono in base alla loro identica origine formale», come attestato dal De Luca: «*Alterum est jus canonicum, etiam registratum in Decretalibus vel in Bullario, quod conditum sit a Papa tamquam principe temporali Status ecclesiastici; ut (exempli gratia) prae caeteris est illud circa formam testandi etiam in prophanis coram parochia, et duobus testibus; sive est constitutio Aegidiana cum similibus. Et tunc istud dicitur jus canonicum, id est pontificium, eo quia pontifex illud ordinaverit, sed non est jus canonicum commune pro toto Orbe et Ecclesiae universali, ut est alterum factum a papa tanquam papa; et sic comparative dicitur ius particulare huius principatus. Sed non per hoc dicendum erit jus municipale, vel statutarium exorbitans a jure communi, adeo cum regulis statutorum metiri debeat. Ac propterea error esset manifestus, ita regulare Bullas et Constitutiones, ac ordinationes apostolicas editas pro temporali regimine Status ecclesiastici immediati, eo modo quo regulantur statuta particularia singulorum civitatum, quamvis ejus pontificis confirmationem habeant; ut pariter error est, ita regulare statuta particularia, vel consuetudines aliquarum vicinarum subditarum Regno Neapolitani vel magni Ducatus Hetruriae, eo modo quod pragmaticas, et constitutiones ipsius regis, vel magni ducis pro universo regno, vel ducato respective, cum similibus.*»

948V. LA MANTIA, *Storia della legislazione italiana*, I, Roma e stato romano, Torino, 1884, pag. 403.

949Ibidem.

950V. *supra*, Parte I, *passim*.

951V. LA MANTIA, *Storia della legislazione...*, cit., pag. 404.

952Statuti di Todi, Dist. III, rub. 183, Orvieto, II, 69, Faenza, IV, 26.

consenso genitoriale per le donne nubili ultraventenni⁹⁵³. Quanto alla prova dell'avvenuta celebrazione, anteriormente alle prescrizioni tridentine, già era testimoniato sempre dagli Statuti bolognesi (rub. 63), ferraresi (II, 50), ravennati (IV, 10) e tuderti (23), un sistema di registrazione affidato ai notari o ai parroci⁹⁵⁴, contro la quale non prevaleva la prescrizione generale, secondo la quale la prova delle nozze, fosse essa pro o contro le medesime, poteva essere data con qualsiasi mezzo. Non deve quindi sorprendere che i tribunali ecclesiastici, non ultima la Rota Romana, decidessero contemporaneamente questioni attinenti alla validità o meno di un determinato matrimonio (con annessa legittimità della prole) secondo quella normativa canonica sulla quale ci si è ampiamente soffermati⁹⁵⁵ e, contemporaneamente, questioni che oggi si chiamerebbero "meramente civili" quali, ad esempio, la delazione ereditaria o i fedecommissi.

Il fatto che dette normative fossero da applicarsi nei domini direttamente soggetti alla Potestà pontificia, dovrebbe far ritenere che le stesse fossero rigorosissimamente applicate, con la più estrema fedeltà ai decreti di riforma del Concilio tridentino. In realtà, come si è già avuto modo di accennare, gli stessi giudici (oltre che il basso clero), dimostravano una tendenziale tolleranza, riguardo aspetti non secondari della vita matrimoniale, come concubinati derivanti da matrimoni privi di forma canonica: e ciò non solo per il radicamento delle consuetudini popolari di cui si è trattato⁹⁵⁶, ma anche e soprattutto allo scopo di tutelare la parte debole di questi rapporti (la donna sedotta e la prole) in virtù di quell'equità che del diritto canonico è vero e proprio vessillo.

Al netto degli interventi di Benedetto XIV, già trattati, perchè un simile consolidato sistema potesse venire sovvertito, occorre un rivolgimento generale della situazione politica, attraverso l'invasione napoleonica dell'Italia e l'instaurazione dell'effimera Repubblica Romana del 1798, della cui costituzione si è accennato nel paragrafo precedente.

Ciò che meno è noto, dell'esperimento giacobino romano, è il tentativo di codificazione riportato alla luce alla metà degli anni settanta da Filippo Ranieri «tra le carte di Pierre-Claude-François Daunou conservate nella sezione manoscritti della Biblioteca nazionale di Parigi.»⁹⁵⁷ L'autore della bozza, probabilmente lo stesso nelle cui carte esso

953Es. Statuti di Faenza (IV, 26).

954Si ricordi che la presenza, meramente *ad probationem*, di un notaio alla celebrazione degli sponsali (*de futuro* o *de praesenti* che fossero) era stata canonizzata da Alessandro III. Cfr. *supra*, Parte I, cap. II. «In Bologna era prescritto che per la certezza di età, nascita e morti dei cittadini, e per conoscersi le mutazioni della popolazione, il vescovo ogni anno eligesse un notaio, che in libri di papiro e distinti *per capellas et per villas*, scrivesse tutti i nomi de'nascituri e morituri, ordinando che i sacerdoti deputati per battesimi, e gli altri aventi cura danime fornissero ogni mese i nomi, prenomi, cognomi de'nati e de'morti. Quel libro faceva piena fede di nascita o morte; e contro tale scrittura non si ammettevano prove per testimonii. *In simil modo dovevano essere denunciati e scritti i matrimoni.*» V. LA MANTIA, *Storia della legislazione...*, cit., pag. 404, nota 1.

955Cfr. *supra*, Parte I.

956Cfr. *supra*, parte II, cap. I e S. SEIDEL MENCHI, *Percorsi variegati, percorsi obbligati...*, cit., pag. 56.

957F. RANIERI (a cura di), *Projet du Code Civil de la Republique Romaine (1798)*, in *Ius commune Sonderhefte*, 5, Frankfurt am Main, 1976, riproduttivo di Paris, Bibl. Nat. - Nouv. Acq. fr. 21892. «Si tratta di un complesso di 578 schede in carta grossa a mano, delle dimensioni ciascuna di circa 10 cm.

era custodito⁹⁵⁸, era stato incaricato della redazione dai Commissari civili inviati a Roma dal Direttorio⁹⁵⁹ e, operando sulla base del terzo progetto Cambacerès, dedicò alla materia matrimoniale il I libro, intitolato "des Personnes", suddiviso in 4 titoli, dei quali appaiono qui rilevanti il n. 1, "de l'état civil" e il n. 4, "des époux", che spiccano rispetto al progetto francese, da un lato una solenne avocazione allo stato della celebrazione nuziale (di cui si tratta quasi *incidenter*), dall'altro l'assenza dello scioglimento del matrimonio per ragioni diverse dalla morte, con la soppressione di ogni riferimento al divorzio e alla morte civile.

Andando per ordine nell'esame di queste norme occorre innanzitutto sottolineare come non vi sia un titolo espressamente rubricato "de mariage", ma le disposizioni ad esso attinenti siano sparse per i quattro titoli del primo libro: in apertura, trattando dello stato civile, all'art. 1 viene imposta la costituzione in ogni comune di un registro pubblico annuale tripartito, nel quale la seconda parte è dedicata «aux acts de Mariage»: dal che discende la prescrizione di cui all'art. 16, per la quale «les ministres du culte ne seront aucunement empêchés de continuer à tenir registre des cérémonies religieuses relatives au naissances, mariages et décès. Mais les actes qui seront inscrits sur les Registres des Eglises postérieurement au dernier jour complémentaire de l'an 6, ne serviront plus à constater l'état Civil des personnes.»⁹⁶⁰

Nessuna confisca dei registri parrocchiali dunque, nè ordine di consegna degli stessi, ma una dichiarazione di stretto separatismo, apparentemente priva di intenti persecutori nei confronti di quell'Autorità che fino a poco prima era in quei territori sovrana. Va infatti rammentato come fossero gli strati infimi della società romana dell'epoca ad agitarsi contro l'occupazione francese e, sulla base di questa esperienza il Daunou, redigendo il progetto, tenne ben presenti «le abitudini e le credenze religiose della gran maggioranza della popolazione della nuova repubblica giacobina.» Allo stesso modo si procedette cautamente nel tentare di introdurre il matrimonio civile, trattandone diffusamente negli artt. 28 e seguenti, senza però dedicarvi un titolo *ad hoc*, che avrebbe potuto aizzare immediatamente il clero contro la legislazione repubblicana, dando non pochi pensieri all'occupante. Ecco dunque che manca qualsivoglia definizione del matrimonio come contratto meramente civile, ma la dottrina laicizzatrice resta comunque la fonte d'ispirazione della bozza, disponendosi impedimenti dirimenti al titolo IV «des époux» (artt. 142-146)⁹⁶¹ e, soprattutto, disciplinandosi la celebrazione

Per 15 c. Esse risultano scritte tutte su una sola facciata con una scrittura minuta e fitta in inchiostro indelebile nero. Il testo, redatto in lingua francese, data la calligrafia minuta e trascurata e le moltissime cancellature e correzioni, non è sempre facilmente leggibile.» *Ibidem*, pag. 7.

958«A questa conclusione conduca innanzitutto un esame comparativo della scrittura, con cui sono redatte le schede del nostro manoscritto con la calligrafia delle altre carte del Daunou [...]» *Ibidem*, pag. 27.

959«Già prima dell'occupazione militare, il 4 pluvioso (23 gennaio 1798) il Talleyrand, ministro per gli affari esteri del direttorio, aveva proposto di inviare a Roma in qualità di commissari Daunou, Cabanis, Florent e Monge. Il 12 pluvioso (31 gennaio) il Direttorio nominò definitivamente Daunou, Florent e Monge.» *Ibidem*, pag. 11.

960*Ibidem*, pag. 44 e pag. 46.

961Veniva proibito l'accesso alle nozze ai minori di 15 e 13 anni (rispettivamente maschi e femmine), agli interdetti, ai parenti e affini in linea retta, a genitori e figli adottivi, a fratelli e sorelle, a pupilli e rispettivi tutori, esigendosi in ogni caso il consenso genitoriale per le nozze dei minori. Si vietava

avanti all'ufficiale dello stato civile all'art. 32, il quale stabiliva che «l'acte de mariage est reçu par l'officier civil du domicile de l'une des parties, en son bureau et les portes ouvertes.» Nessuna scappatoia dunque, nessuna celebrazione ecclesiastica, seppur in presenza di ufficiali civili compiacenti era consentita, dovendo anzi questi ultimi dar lettura, nel luogo stabilito dalla legge, «en présence de parties, de leur acte de naissance, de leur promesse de mariage⁹⁶², du consentement de leur père et mère, ou tuteurs, s'il y a lieu à ce consentement; des oppositions et de jugemens de main levée, s'il y en a eu⁹⁶³.» Una volta compiute queste prime formalità, il matrimonio veniva contratto attraverso lo scambio dei consensi, successivamente al quale l'ufficiale avrebbe pronunciato che i nubenti «aux yeux de la loi» sarebbero stati uniti «par le mariage». Una formula ben diversa da quella, successiva, secondo la quale l'ufficiale avrebbe dichiarato uniti in matrimonio i nubenti in nome della legge. A ben vedere, infatti, la collocazione della celebrazione nel titolo dedicato allo stato civile, sembrerebbe far propendere l'interprete per una chiara e precisa intenzione del redattore di evitare eccessive agevolazioni alla critica ecclesiastica nei confronti del matrimonio civile, cercando di dare un'apparenza di forma *ad probationem* alla celebrazione *ex art. 32* progetto. Ciò ancor di più alla luce del ricordato art. 16, con il quale si consentiva ai ministri di culto di conservare i propri registri, privandoli tuttavia di valore probatorio.

Nella stessa ottica deve leggersi altresì la citata omissione del divorzio e della morte civile quali cause di scioglimento del vincolo, che è vista dal Ranieri⁹⁶⁴ come «una fondamentale innovazione, dalla quale è chiaramente desumibile l'intenzione del redattore del progetto romano di evitare l'introduzione di due istituti giuridici emananti dalla legislazione rivoluzionaria, che avrebbero suscitato le resistenze più vive in una popolazione della quasi totalità legata alle tradizionali credenze religiose.» In tal guisa, mentre il primo dei due istituti viene del tutto soppresso, il secondo viene attenuato, con una soluzione che anticiperà quelle delle codificazioni unitarie italiane del 1865 e del 1939. Si tenta infatti di introdurre l'istituto della separazione personale giudiziale (chiamata "séparation des corps et de biens", artt. 174 ss., tit. 4), concedibile dal potere giudiziario su istanza di entrambi i coniugi o di anche uno solo di essi. Nel primo caso essa non abbisogna di alcuna motivazione, dovendosi tuttavia (con uno spirito estremamente "contemporaneo") stabilire a margine della stessa, con atto *ad hoc*, quale dei due coniugi si assumesse la responsabilità della custodia dei figli minori⁹⁶⁵. E' appena il caso di accennare come detta separazione non fosse sostanzialmente *ad nutum*, salvo

inoltre, sembra quasi scontato, la bigamia. *Ibidem*, pag. 64-65.

962Disciplinata questa all'art. 27. Anche gli sponsali erano affare civile: da esso discendevano le pubblicazioni, affisse sulla porta principale della casa comunale. Il matrimonio poteva avere luogo 80 giorni dopo la pubblicazione della promessa, perdendo valore se nei due mesi successivi a detta data non avesse avuto luogo la celebrazione (art. 27). *Ibidem*, pag. 48.

963Cfr. Le opposizioni erano disciplinate dagli artt. 29 e 30 del progetto.

964F. RANIERI (a cura di), *Projet...*, cit., pag. 37.

965«Art. 176. La demande en séparation formée, de consentement mutuel par les 2 [*sic*] époux, n'a pas besoin d'être motivée. Mais elle n'est recevable qu'autant qu'elle est accompagnée d'un acte où ils aient déterminé de concert pour chacun de leurs enfans mineurs, celui des 2 époux sous la surveillance dequel il doit demeurer.»

l'intervento del pretore, ma fosse previsto il tentativo di conciliazione semestrale da parte del consiglio di famiglia, composto da 14 membri (i sette parenti più prossimi per ciascuno dei coniugi), il quale aveva il dovere di sottoporre ai "separandi" «tous les moyens d'instructions qui seront en son pouvoir» (art. 178, primo comma), allo scopo di favorire la loro riconciliazione; solo nel caso di fallimento il pretore avrebbe pronunciato «en dernier ressort la séparation.»

Diverso il caso della separazione unilaterale, consentita solo per l'interdizione del coniuge, la sua condanna a pene afflittive o infamanti, l'assenza quinquennale, crimini, sevizie, gravi ingiurie e, notevole, «l'incompatibilité d'humeur et de caractère»⁹⁶⁶. Anche in questi casi il percorso era tutto fuorchè agevole: nei primi tre casi era necessario un vero e proprio processo contenzioso (art. 180), mentre negli ultimi due (art. 181) si prescriveva la formazione del citato consiglio di famiglia allo scopo di un altro tentativo di conciliazione semestrale, in esito alla quale una votazione, da trasmettersi al tribunale, avrebbe dato parere pro o contro la separazione. Premesso che nel caso di parità il voto sarebbe stato da intendersi negativo, il parere del consiglio non era vicolante per il pretore (o il tribunale, in grado di appello), salvo il caso della separazione per incompatibilità caratteriale (artt. 182-183).

La singolare modernità di questo codice, e la sua attenzione alla sensibilità religiosa della popolazione, non ebbero tuttavia modo di essere sperimentate, atteso il repentino crollo (17 settembre 1799) dell'esperimento repubblicano nei domini pontifici, dovuto all'invasione napoletana. La successiva occupazione napoleonica (1805) e l'annessione formale di Roma all'Impero francese (1809), portarono ad una separazione territoriale: le legazione romagnole e le Marche divennero parte del Regno d'Italia e, quindi, il Codice Napoleone fu stato loro esteso con il decreto di Monaco del 16 gennaio 1806, con il quale gli si dava vigenza nella traduzione italiana dal 1° aprile dello stesso anno, mentre la Codificazione veniva estesa soltanto nel 1812 all'Umbria e al Lazio, direttamente annessi all'Impero francese tre anni prima. In materia matrimoniale sono note le novità importate⁹⁶⁷: vincolo civile, i cui rapporti con quello religioso erano altresì disciplinati dagli articoli organici attuativi del Concordato (o dal Concordato stesso per l'Italia), con annessi divorzio per motivata causa, scioglimento del vincolo per morte civile, etc.

Seppure breve, queste vigenza non doveva trascorrere invano, atteso che all'atto della Restaurazione (1814) nonostante il messo pontificio Rivarola avesse esplicitamente "abolito" la legislazione codiciale napoleonica in tutti i territori pontifici⁹⁶⁸, Pio VII

966Per azionare quest'ultima causa era necessario che entrambi i coniugi fossero maggiorenni (art. 179 ult. co.).

967Senza rinviare alla sterminata bibliografia sul tema, basti l'eccellente sunto datone da J. GAUDEMET, *Il matrimonio...*, cit.

968«Il prelado Rivarola, delegato a precedere il papa Pio VII^o nel prendere possesso degli Stati romani, con editto 13 maggio 1814 dichiarava i codici francesi essere perpetuamente aboliti; richiamava in osservanza l'antica legislazione civile e criminale e la pratica giudiziaria vigente all'epoca della cessazione del governo pontificio. Vennero così soppressi dal Rivarola lo stato civile, i diritti di registro, la carta bollata e il demanio che si qualificava *sacrilego*.» G. FORCHIELLI, *Un progetto di codice civile del 1818 nello Stato pontificio (visto da un canonista)*, in AA.VV., *Studi bolognesi in onore di U. Borsi*,

dovette riconoscere che soprattutto nei territori romagnoli e marchigiani, i quali erano la parte economicamente più sviluppata dei suoi domini, essi avevano avuto effetti tutto fuorché perniciosi. Ecco dunque che con *motu proprio* in data 6 luglio 1816, dedicato alla "organizzazione dell'amministrazione pubblica", il Pontefice esplicitò la propria volontà di pubblicare «un sistema universale di Legislazione», da pubblicarsi «colla maggior speditezza compatibile con la maturità necessaria.»⁹⁶⁹ Allo scopo erano «deputate tre commissioni composte di Soggetti forniti dei lumi più estesi», le quali avrebbero dovuto «occuparsi indefessamente della dormazione di altrettanti codici legislativi», dedicati alla «intera legislazione da osservarsi nei giudizi Civili, Criminali e Commerciali, e i metodi di attivazione e tutela giudiziaria.»⁹⁷⁰

Non potendosi conservare la legislazione napoleonica (specie in materia matrimoniale e familiare condannata dal Magistero), una commissione di cinque membri si sarebbe dedicata alla materiale redazione del codice civile e di quello di rito. Non si trattava comunque di un mandato in bianco, atteso che poco prima il Papa aveva lodato la superiorità dell'ordinamento giuridico pontificio rispetto a quelli degli altri Stati italiani ed Europei, proprio per la sua fondazione «sulle invariabili regole della Religione e Morale evangelica, e sulla canonica giurisprudenza» la quale, e questo interessa all'ecclesiasticista, «è regolata dalla solida equità e dal verace diritto della natura.» Un ordinamento, quello che nelle intenzioni di Pio VII doveva sorgere, tutto fuorché laico, nel senso moderno della parola, bensì proponentesi come un'edizione aggiornata di quello *jus pontificium*, cui abbiamo accennato sopra e, per l'effetto, anche soggetto ai criteri di *rationabilitas* informanti la legge canonica, come interpretata dalla giurisprudenza, in particolar modo rotale. Benchè la «laicizzazione» fosse divenuta «un'aspirazione viva di ceti numerosi»⁹⁷¹, è chiaro che il potere papale non voleva (nè forse poteva), a pena di mettere in discussione la sua stessa sopravvivenza, concedere una separazione radicale dell'ordinamento civile da quello canonico, pur accettando «novità, anche repubblicane o napoleoniche che apparissero compatibili con l'essenza religiosa dello Stato.»⁹⁷² Spinto su questa strada dal suo esperto ed acuto Segretario di Stato Consalvi⁹⁷³, che scelse per la presidenza della commissione redattrice l'avvocato concistoriale Vincenzo Bartolucci il quale, pur non essendo stato un esempio di totale

Padova, 1955, pag. 95.

969M. MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile...*, I, cit., pag. XX, nota 15, che cita direttamente PIUS P.P. VII, *Motu proprio della Santità di Nostro Signore Papa Pio VII in data 6 luglio 1816 sulla organizzazione della amministrazione pubblica*, Roma, 1816, art. 75.

970Ibidem.

971G. FORCHIELLI, *Un progetto...*, cit., pag. 91.

972Ibidem, pag. 93.

973«Cardinale, nato a Roma il 7 giugno 1757, morto ad Anzio il 24 gennaio 1824. Studiò al seminario di Frascati; diacono, non fu mai sacerdote. Per la sua mobile intelligenza e per il suo fascino percorse brillantemente la carriera curiale [...], coadiuvò, anzi, si può dire, guidò Pio VII nella restaurazione politica dello Stato della Chiesa in quelle provincie di "prima ricupera" restituite alla S. Sede in seguito alla pace di Lunéville. Non tutta l'eredità dell'amministrazione giacobina fu cancellata dall'abile e accorta politica del Consalvi, ben consapevole dell'impossibilità o per lo meno dell'inopportunità di una riedificazione che volesse far *tabula rasa* di tutto il recente passato. [...]» M. PETROCCHI, *Ercole Consalvi*, in *Enciclopedia cattolica*, IV, cit., pag. 394.

dedizione alla causa della Santa Sede durante l'occupazione napoleonica, proprio per il tempo trascorso in Francia come membro del Consiglio di Stato transalpino⁹⁷⁴, dava le massime garanzie di esperienza circa l'individuazione di un giusto mezzo tra lo strumento codiciale e i principi fondamentali dello *ius publicum ecclesiasticum externum*. Non è questa la sede per operare una completa ricostruzione dei lavori della commissione, che è stata comunque approfonditamente operata da Mirella Mombelli Castracane nella sua più volte citata monografia; sarà sufficiente rammentare come il progetto, in materia matrimoniale, tenesse per «indiscussa la competenza ecclesiastica»⁹⁷⁵, in guisa tuttavia particolare e in qualche modo rivoluzionaria. Infatti, il progetto dedicava un titolo intero (il V del I libro) al matrimonio, cosa che nemmeno i giacobini della repubblica romana, come si è sopra visto, ebbero l'ardire di fare. In particolar modo l'art. 88⁹⁷⁶ poteva considerarsi una vera e propria norma di diritto ecclesiastico dello Stato, in quanto disponeva che «il matrimonio, in ordine alla sua validità, nullità, impedimenti, requisiti, è regolato intieramente dalle disposizioni del diritto canonico, e dalle altre leggi ecclesiastiche a ciò relative.» Nessun riferimento, dunque, al diritto divino positivo e ai canoni tridentini, ma una scarna norma che, nella sua costruzione giuridico-semanticamente, ricorda più una disposizione concordataria che una legge pontificia. Ma la normativa codiciale, ancorchè breve, non si limitava a questo: tralasciando la normativa di "stato civile" vera e propria, affidata dall'art. 89 ai libri parrocchiali, senza possibilità di prova contraria (ivi compreso il possesso di stato, art. 90)⁹⁷⁷, il titolo successivo (VI, libro I), intitolato "dei doveri dei coniugi, e genitori", di fatto spodestava il diritto canonico sul punto, sancendo all'art. 94 che «la legge impone degli obblighi e dei doveri ai coniugi.» Questi obblighi e doveri, che l'art. 96 esplicitava nella «fedeltà, soccorso ed assistenza», nella formulazione spodestavano il diritto canonico, ma fors'anche quello divino naturale e positivo, di un importante campo di espansione, quello relativo al *matrimonium in facto*. Se infatti, allora come oggi, la positiva esclusione di uno di questi obblighi all'atto dello scambio dei consensi, cagionava la nullità del vincolo simulato, ciò era dovuto non ad una normativa meramente ecclesiastica ma alla stessa Volontà divina, che aveva voluto il vincolo come monogamico, indissolubile e, altresì, quale forma di *mutuum adiutorium*. Il far risalire questi obblighi al solo imperio della legge positiva statale, ancorchè pontificia, si poneva in contrasto palese ed irriducibile con la costituzione della Chiesa oltre che con il costante magistero Pontificio sul punto. Quanto agli articoli 98 ss., dedicati ai doveri genitoriali, salvo uno scarno accenno all'educazione religiosa nell'art. 100, facevano chiaramente trasparire la concezione del matrimonio come *seminarium reipublicae*,

974«Sta di fatto che il Consalvi, probabilmente proprio in ragione della sua esperienza del diritto francese e quindi del *code civil*, lo ritenne il più qualificato tra i giuristi per coordinare e presiedere i lavori per la codificazione civile negli Stati della Chiesa.» Così M. MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile...*, I, cit., pag. XXI e G. FORCHIELLI, *Un progetto...*, cit., pag. 100. V. anche G. MORONI, *Dizionario...*, XLVII, cit., pag. 97, laddove l'autore lo qualifica «celebre giureconsulto».

975M. MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile...*, I, cit., pag. XVIII.

976Per il testo di tutti gli articoli del progetto Bartolucci citati si rinvia ad *Ibidem*, pag. 22-23.

977Solo nel caso di mancanza dei libri era ammessa la prova documentale e, solo quale *extrema ratio*, il possesso di stato (art. 91).

parlando di istruzione «nei doveri d'uomo e di cittadino», con un chiaro riferimento ideologico agli "immortali principi" del 1789. Quanto alla "separazione legale", di cui agli artt. 101-104, non veniva fatta alcuna menzione della competenza circa la stessa del giudice ecclesiastico, il che venne fatto notare dal futuro Segretario di Stato di Leone XII, cardinale Giulio Maria Della Somaglia, quando il progetto gli venne sottoposto nella sua qualità di membro della S. Congregazione economica⁹⁷⁸.

L'avversione, dimostrata reiteratamente dai cardinali c.d. "zelanti" nei confronti non tanto delle singole norme quanto dello strumento codiciale nel suo complesso, sostanzialmente per ragioni "ideologiche" (e quindi pretestuose)⁹⁷⁹, portò al celere naufragio del progetto codificatorio, favorito altresì dal trapasso di Pio VII (1823), avvenuto comunque quando già dal 1819-1820 il progetto era stato "insabbiato" dalla Congregazione cardinalizia deputata agli affari economici e alla supervisione sui lavori codificatori⁹⁸⁰. L'elezione al Soglio del Cardinale Della Genga, campione della fazione "zelante", avversa a quella c.d. "politicante" capitanata dal Consalvi, pose la pietra tombale sui lavori del Bartolucci, tanto che lo stesso Pontefice nella sua allocuzione del 17 dicembre 1823 propose il ripristino di tutti i diritti feudali, ricevendo un garbato quanto secco rifiuto dalle stesse famiglie aristocratiche⁹⁸¹. Ciò non comportò tuttavia un'inanità del pontificato leonino dal punto di vista legislativo, dedicandosi tuttavia il Della Genga alla emendazione delle leggi procedurali, piuttosto che di quelle civili, sulle quali non venne anzi nulla aggiunto⁹⁸², dovendosi attendere solo il *Regolamento generale per gli affari civili* di Gregorio XVI (1834), per avere un nuovo tentativo di riorganizzazione del diritto pontificio. Benchè detto intervento legislativo assomigliasse più ad una «legge stralcio»⁹⁸³, pur dovendo essere, nelle intenzioni, un vero e proprio codice, non si può negare la sua importanza nella storia dello *jus pontificium* in senso lato: tripartito e composto di ben 1806 articoli, del quale la prima parte era dedicata «allo stato delle persone, all'attribuzione della dote, agli atti di ultima volontà, ai contratti delle donne e dei minori»⁹⁸⁴. Per meglio comprendere questa scelta intermedia del legislatore pontificio, occorrerà brevemente rammentare come l'elezione del

978V. G. FORCHIELLI, *Un progetto...*, cit., pag. 152.

979Prima difficoltà generale e primo rilievo fu la contrarietà alla codificazione. Questi i voti degli Eminentissimi Pacca e Litta, riportati da G. FORCHIELLI, *Un progetto...*, cit., pag. 126: «Gli E.mi Pacca e Litta, quantunque dichiarino di esser pronti ad uniformarsi ai voleri di Sua Santità sulla formazione de' nuovi codici, non dissimulano però di essere nella loro privata opinione di avviso contrario, 1° perchè si può con nuove Costituzioni Apostoliche, come si è fatto in addietro, supplire alle mancanze, ed alle riforme, che necessitassero; 2° perchè un nuovo codice eccita delle liti, come ne' paesi, ove ciò è seguito, 3° perchè i codici sono stati messi in moda dalla rivoluzione di Francia; 4° poichè le leggi precedenti sono ottime; 5° perchè col farne delle nuove si toglie la venerazione alle antiche.» Se il primo motivo può in qualche maniera reggersi, i successivi dimostrano il vero e proprio zelo reazionario della maggioranza del Sacro Collegio. Si giunse addirittura a proporre una redazione dello stesso in latino, «essendo questa la lingua della S. Sede.» *Ibidem*, pag. 131.

980V. M. MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile...*, I, cit., pag. XXVI.

981*Ibidem*, nota 34.

982V. LA MANTIA, *Storia della legislazione...*, cit., pag. 601.

983M. MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile...*, I, cit., pag. XXVIII.

984*Ibidem*.

camaldolese Cappellari (2 febbraio 1831) avvenisse dopo un conclave lungo e difficoltoso⁹⁸⁵, segnato dalla repentina morte del predecessore Pio VIII e, soprattutto, dai moti che avevano agitato in particolar modo le Romagne già durante gli ultimi anni del pontificato di Leone XII. Improntato quest'ultimo regno alla massima rigidità, si ritenne di individuare nel bellunese una personalità che sapesse contemperare da un lato un'ortodossia dottrinale a tutta prova, dall'altro la capacità di "limare" gli angolosi tratti di governo che avevano caratterizzato il pontefice marchigiano.

Il principio della sua attività di governo sembrò confermare questa valutazione: un'amnistia pressochè generale dei reati politici venne concessa, senza però porre un freno ai continui torbidi, che obbligarono il Segretario di Stato Bernetti a richiedere al Metternich l'invio di un contingente austriaco nei territori pontifici. Di qui la china fu quella di sempre maggiore chiusura rispetto alle "novità", in particolar modo sul terreno strettamente ecclesiastico, culminata nella condanna del "cattolicesimo liberale" propugnato dal Lamennais⁹⁸⁶. Sostanzialmente conforme a quanto anticipato è anche l'attività di Gregorio XVI quale legislatore civile: il nuovo Pontefice cercò di richiamarsi ai principi esposti dal citato *motu proprio* 6 luglio 1816 di Pio VII, tentando di ordinare il diritto civile e quello processuale. Con il *motu proprio* 10 novembre 1834, con cui si emanava il predetto regolamento, il lavoro fu compiuto sostanzialmente a mezzo: la disciplina processuale venne riorganizzata attraverso una minuziosa disciplina delle competenze e dei giudizi⁹⁸⁷ mentre, per quanto attiene al diritto civile solo i temi ipotecario, successorio e fedecommissario vennero affrontato con dovizia di particolari (essendo del resto strettamente collegati alla tutela giurisdizionale dei diritti), mentre il § 1 stabiliva che, comunque, «le leggi del diritto comune, moderate secondo il diritto canonico e le costituzioni apostoliche, continueranno ad essere la norma dei giudizi civili in tutto ciò che non viene altrimenti disposto in questo Regolamento», abrogandosi tuttavia (al § 2)⁹⁸⁸ gli statuti locali per tutto quello che non concernesse diritti rurali⁹⁸⁹. In materia matrimoniale, di stretta competenza ecclesiastica, non c'era dunque da aspettarsi che venisse introdotta alcuna novità sostanziale, limitandosi il § 6 ad emancipare il figlio maggiorenne che contraesse matrimonio vivendo già separato dal padre.

Questa era, in estremo riassunto, la disciplina matrimoniale che lo Stato unitario trovò vigente nei domini pontifici annessi rispettivamente nel 1861 e nel 1870: non avevano infatti avuto esito positivo nemmeno i tentativi di codificazione intrapresi da Pio IX,

985L'"*extra omnes*" era stato intimato il 14 dicembre dell'anno precedente.

986Per un eccellente sunto delle sue teorie vedasi I. VITTORIO, *Felicità-Robert Lamennais*, in *Enciclopedia cattolica*, VII, cit., pag. 850 ss.

987Cfr. U. PETRONIO – N. PICARDI, *Introduzione a N. PICARDI (a cura di), Regolamento giudiziario per gli affari civili di Gregorio Papa XVI*, Milano, 2004, pag. IX-XXX.

988Per i paragrafi citati vedasi G. VACCARINO (a cura di), *Collezione completa dei moderni codici civili degli stati d'Italia secondo l'ordine cronologico della loro pubblicazione*, Torino, 1845, pag. 875 ss.

989Sostanzialmente una ripetizione di quanto era già stato stabilito dai *motu proprio* di Pio VII citato e di Leone XII del 5 ottobre 1824. Cfr. V. LA MANTIA, *Storia della legislazione...*, cit., pag. 595, nota 1.

rispettivamente nel 1846 e nel 1860⁹⁹⁰. Ammaestrati dal fallimento del Bartolucci⁹⁹¹, i membri della commissione redattrice piana, all'art. 40 del progetto "1846", riconosceva nell'ambito matrimoniale «la prevalenza del diritto canonico, affidando alla sua competenza la determinazione delle condizioni di validità e di nullità, quindi anche di eventuale separazione tra i coniugi» (cfr. art. 104)⁹⁹², disciplina questa che veniva irrigidita rispetto alla bozza del 1818. Il progetto, quindi, perseguiva piuttosto l'armonizzazione tra i due diritti anzichè una loro netta separazione, in ciò attuando *ad intra* (si conceda l'ossimoro) i dettami allora imperanti dello *jus publicum ecclesiasticum externum*.⁹⁹³ La linea di demarcazione tra i due, restava tuttavia incerta: lo attesta, ad esempio, il Titolo III del Libro I, dedicato agli sponsali, materia tradizionalmente avocata al diritto canonico, ma disciplinata dall'art. 98 dalla «legge» [civile], sancendo che «la promessa reciproca di contrarre matrimonio secondo le prescrizioni» di questa, «costituisce gli sponsali»⁹⁹⁴. Ma non solo: nonostante in tema di prova della celebrazione ci si continuasse ad affidare ai registri parrocchiali, l'art. 108 non rinunciava a disciplinare il *matrimonium in facto* sancendo che il vincolo stabilisse «un consorzio individuo fra i coniugi e loro attribuis[se] il diritto reciproco di esigere l'omissione di tutto ciò che p[otesse] detrarre all'onore ed alla dignità del vincolo matrimoniale», con ciò riaprendo la *vexata quaestio* circa il contenuto del contratto matrimoniale.

I lavori della commissione dovettero venire sospesi a cagione dei fatti del 1848 e della fuga di Pio IX, la notte sul 25 novembre di quell'anno: la Commissione provvisoria di governo, insediatasi il giorno successivo, con le *Disposizioni sulla legge civile*, del 3 febbraio 1849, diede inizio, nell'attesa della promulgazione di un vero codice, alla separazione tra il diritto civile e quello canonico, stabilendo (art. 2) che la tenuta degli atti dello stato civile dovesse essere affidata a funzionari statali operanti in uffici da costituirsi prontamente⁹⁹⁵; sei giorni dopo veniva proclamata l'effimera Repubblica Romana, la cui breve durata non permetterà ai mazziniani di trasporre le proprie idee politiche in una organica normativa matrimoniale.

Operata la Restaurazione dalle armi austriache, Pio IX, con *motu proprio* 12 settembre

990 Sul punto la ricerca più approfondita è ancora quella di M. MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile dello Stato pontificio*, II, *Dal progetto del 1846 ai lavori del 1859-63*, Napoli, 1988.

991 Vero è che il Bartolucci non aveva spinto alle estreme conseguenze in senso "laicizzante" la disciplina matrimoniale ma, allo stesso tempo, essa presentava evidenti segnali di novità.

992 Interessante notare come detto articolo fosse stato sostituito, nella seduta della Commissione 17 gennaio 1849 con il seguente: «La legge attribuisce gli effetti civili al matrimonio celebrato secondo le regole della religione che professano i coniugi», tenendo così presente anche l'esistenza di una minoranza religiosa ebraica sul suolo dello Stato pontificio, ancora priva di diritti civili pieni.

993 «Ancora una volta, dunque, la Chiesa risultava vincente sulla importante questione dell'intervento ecclesiastico nell'ambito del matrimonio, riaffermando a proposito di questi ultimi non certo un principio burocratico, ma l'esercizio geloso di un diritto di controllo sull'intero istituto matrimoniale.» M. MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile...*, II, cit., pag. XXXIX.

994 *Ibidem*, pag. 15.

995 «2. Gli atti dello stato civile, cioè nascita, matrimonio e morte per gli effetti della legge, appena istituiti gli uffici relativi, non potranno farsi costare che mediante i registri de' medesimo, a riserva di casi straordinarij, come viaggi marittimi, assenza, atti presso lo straniero, ed altri casi simili. 3. Una legge particolare al più presto regolerà questa importante materia.»

1850 (art. 5), nominava una nuova commissione per le riforme (tra le quali quella della disciplina civile), confermando i membri che avevano redatto la bozza del 1846. Anche la vita di questo organismo fu tormentata: le continue sommosse portarono il potere papale a concentrarsi sulla propria sopravvivenza, piuttosto che sulle (pur necessarie) riforme di diritto privato, tanto che al 1859 i lavori non erano stati ancora completati e il trauma della perdita delle Romagne, dell'Umbria e delle Marche, suonava come campana a morto per il millenario Stato ecclesiastico. Ciò non ostante il 18 agosto 1859, il cardinale Teodolfo Mertel⁹⁹⁶, celebre giureconsulto e futuro maestro del Gasparri, presentava una relazione sulla codificazione che, per quel che inerisce alle presenti note, si limitava a riproporre «il problema della gestione dei registri parrocchiali e quello concernente la normativa del matrimonio»⁹⁹⁷, che il progetto del 1863, studiato da un'apposita Congregazione cardinalizia, rese ancor meno "laica" rispetto ai precedenti. Deve infatti essere premesso che la codificazione era stata garantita dalla Santa Sede alla Francia, Potenza che allora aveva assunto la tutela dei residui domini pontifici, allo scopo di scongiurare un'introduzione forzata del Codice Napoleone. Tuttavia la Congregazione desiderava proceder con la dovuta calma e, soprattutto, non aveva alcuna intenzione di scindere radicalmente il diritto confessionale da quello civile, in particolar modo in tema matrimoniale: così si volevano sopprimere gli articoli dedicati alla prova legale del matrimonio (artt. 89, 90,91), laddove disponevano che essa potesse essere data, non solo dai registri parrocchiali (comunque controllati da laici *ex art.* 131), ma anche da «altra documentazione»⁹⁹⁸, volendosi invece mantenere la riserva canonica di cui all'art. 98. Su questa scia si auspicava l'eliminazione della disciplina dei "diritti e doveri dei coniugi", in quanto costituente un'abusiva «intromissione della legge in un'area strettamente appartenente alla sfera privata, e piuttosto di competenza esclusiva della morale e della religione, quindi della giurisdizione canonica»⁹⁹⁹, e della disciplina civile degli sponsali, anch'essi da ricondursi alla disciplina strettamente ecclesiastica.

Il fallimento anche di questo tentativo, affidato questa volta solo ad ecclesiastici, dimostra che lo Stato pontificio non aveva alcuna possibilità di "modernizzare" la propria legislazione, in un senso non tanto separatista ma, quanto meno, "laico". La confusione tra il ruolo temporale e spirituale del Pontefice, unita ad una dimensione ancillare della potestà secolare rispetto a quella spirituale, non potevano che frenare qualsivoglia tentativo di adeguamento dell'ordinamento ai concetti positivistici.

996 Il Mertel è altresì celebre per essere stato l'ultimo laico ad essere innalzato alla dignità di Principe della Chiesa.

997 M. MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile...*, II, cit., pag. LXIX. «Principiando dai registri dello stato civile, non si è posto nel codice attuale un titolo apposito per stabilire quali siano questi registri, ma si è ritenuto essere questi i libri parrocchiali, prescrivendone la forma, il modo di tenerli etc. [sembra che tali disposizioni siano da ponderarsi in genere ed ispecie. In ispecie saranno da esaminarsi le varie disposizioni date sul matrimonio, per esempio, se indirettamente siasi portata qualche variazione al disposto da Benedetto XIV sui matrimoni di coscienza [...]. Così T. MERTEL, *Relazione per la udienza a Sua Santità*, in M. MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile...*, II, cit., pag. 236»

998 M. MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile...*, II, cit., pag. LXXII»

999 *Ibidem*.

Probabilmente per questo l'introduzione del matrimonio civile, con l'Unità, fu a Roma e nel Lazio più traumatica che nel resto d'Italia.

3.1 - *Il Granducato di Toscana.*

Vista l'evoluzione (o meglio i tentativi di evoluzione) della disciplina matrimoniale nei domini direttamente soggetti alla potestà temporale del Romano Pontefice, conviene proseguire nello stesso solco, andando ad esporre la situazione della vicina Toscana. Non è però solo un criterio di contiguità geografica quello che ispira questa scelta: è in primo luogo un contatto di disciplina giuridica, atteso che i domini, medicei prima e lorenese poi, furono l'unico altro stato preunitario a non cedere alle "lusinghe" della codificazione o, per dirla con il Passaniti, che non compirono «il salto nella codificazione civilistica, proseguendo un cammino che potrebbe anche far pensare ad una felice e pacifica continuità nel solco della tradizione lorenese, se non vi fosse un discorso giuridico mai accantonato intorno alla codificazione.»¹⁰⁰⁰ Ma il discorso non è (e non può essere per l'ecclesiasticista) soltanto giuridico, nel senso di legato al diritto positivo di matrice statutale: esso diviene anche "religioso" nel momento in cui è il Potere temporale, nella persona del Granduca e futuro imperatore Pietro Leopoldo, a favorire l'adunanza della Sinodo di Pistoia, cioè dell'unica sinodo (canonicamente) diocesana, convocata con l'intenzione palese di produrre effetti a livello nazionale e, quindi, anche mondiale¹⁰⁰¹, atteso che decisioni di livello dommatico come quelle ivi assunte, se tollerate dal Vertice, non potevano che produrre un sovvertimento completo, non solo dello *jus publicum ecclesiasticum externum*, ma anche della stessa costituzione gerarchica della Chiesa¹⁰⁰². Senza tuttavia precorrere le tappe, occorre in primissimo luogo rammentare come il Granducato di Toscana, che al fatidico 1859 ricomprendeva grosso modo i territori oggi assegnati all'omonimo Ente regionale¹⁰⁰³, traesse origine dalla Repubblica fiorentina, che già nell'ultimo medioevo aveva assoggettate Pistoia, Arezzo, Pisa e Volterra. Tradizionalmente vicini agli Absburgo, i Medici, dopo avere instaurato una signoria

1000P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 189.

1001Come si vedrà agli atti verrà data la massima pubblicità, con il chiaro intento di produrre una "reazione a cascata"; basti pensare che «in un codice latino della biblioteca vaticana si legge: "uno stampatore di Livorno ne ha obbligate 18.000 copie per mandarle in Spagna e in Francia", e dalla Spagna il card. Lorenzana e il nunzio avvertivano di non potere più a lungo impedire la ristampa degli atti in lingua spagnola senza una previa e formale condanna.» B. MATTEUCCI, *Pistoia, Sinodo di*, in *Enciclopedia cattolica*, IX, cit., pag. 1579.

1002Nota correttamente G.H. JOYCE, *Matrimonio cristiano*, cit., pag. 245, che quello della Sinodo di Pistoia fu «un esempio, unico nella storia ecclesiastica, di un sinodo diocesano che pretendesse di insegnare alla Chiesa universale il modo di riformare i suoi dogmi, la teologia morale e la disciplina ecclesiastica.»

1003Con l'eccezione della provincia di Massa e Carrara, che era stata divisa (con il Trattato di Firenze del 1844) tra la fascia strettamente apuana (Massa, Carrara, Montignoso, oltre a Fivizzano e le altre cittadine ergentisi lungo la strada del Cerreto fino ad Aulla) assegnata a Modena, e quella propriamente lunense (Pontremoli, Mulazzo lungo la strada della Cisa), ceduta dalla Toscana a Parma. In cambio di queste ultime cessioni il Granducato annetteva il ducato di Lucca, il cui ultimo sovrano sarebbe divenuto Duca di Parma alla morte di Maria Luigia, vedova del Buonaparte (1854).

spesso contestata¹⁰⁰⁴, riuscirono da Carlo V ad ottenere l'infeudazione imperiale con il titolo ducale fiorentino (1530), ma solo con la conquista di Siena (1555, definitivamente con la Pace di Cateau-Cambresis del 1559) ad opera di Cosimo I de' Medici, la sovranità della dinastia di ex banchieri verrà definitivamente consacrata con l'elevazione al Granducato (1569), sancita dal Pontefice San Pio V e ulteriormente corroborata dal riconoscimento del "trattamento regio" a Cosimo III sulla fine del XVII secolo.

Estintosi il ramo principale della famiglia con il debosciato Gian Gastone (1737), la successione toscana venne stabilita dalle potenze europee (Austria e Francia in particolare) all'esito della guerra di successione polacca (1735): onde compensare Stanislao Leczinski (suocero di Luigi XV) della perdita del trono patrio in favore del sassone Augusto III, veniva lui concessa la Lorena (da annettersi alla Francia alla sua morte), il cui Duca Francesco Stefano (futuro marito di Maria Teresa e Imperatore) avrebbe acquisito in cambio la Toscana. Dal 1737, dunque, sarà la dinastia Absburgica a guidare le sorti dell'Etruria, prima tramite una Reggenza, in quanto il Lorena non aveva alcuna intenzione di lasciare Vienna, poi (1762) direttamente, essendo divenuto Granduca, alla morte del padre, il suo terzogenito Pietro Leopoldo, che avrebbe guidato la Toscana fino alla propria elevazione imperiale (1790). Cacciati gli Absburgo dal Buonaparte nel 1801, dopo l'effimero Regno d'Etruria (1801-1807) e la diretta annessione alla Francia (1807-1814), la sovranità lorenese venne restaurata dal Congresso di Vienna e, arricchita prima dello Stato dei Presidi poi di quello lucchese, mantenuta fino all'annessione al Regno sabauda¹⁰⁰⁵.

Dopo il conflitto rinascimentale tra Lorenzo de' Medici e Sisto IV e quello, forse ancor più drammatico, tra il Savonarola e Alessandro VI, la definitiva restaurazione medicea del 1530 aveva portato ad una distensione nei rapporti tra la Santa Sede e la Toscana (salvo qualche screzio all'epoca della repressione del brigantaggio ad opera di Sisto V¹⁰⁰⁶), permettendo al Ruffini di sostenere che «niuna dinastia forse fu più che quella dei Medici incondizionatamente ligia alla Santa Sede»¹⁰⁰⁷, essendo divenuta la devozione verso quest'ultima quasi «tradizionale». Il Concilio di Trento (e soprattutto i suoi decreti di riforma) erano stati accettati dal rappresentante fiorentino presso l'Assise ecumenica già in data 6 dicembre 1563¹⁰⁰⁸, mentre per la rapidissima attuazione degli stessi la repubblica lucchese veniva insignita nel 1565 della Rosa d'oro della

1004 Basti citare i celebri episodi della congiura de' Pazzi (1478), l'effimero esperimento teocratico del Savonarola (1494-1498), la seconda cacciata dei Medici al tempo della guerra della Lega di Cognac (1527-1530).

1005 Per questa cronologia si è seguita la sintetica ed utile descrizione degli eventi fatta da R. PALMAROCCHI, *Toscana, Storia*, in *Enciclopedia cattolica*, XII, cit., pag. 345-347.

1006 Cfr. L. VON PASTOR, *Storia dei Papi...*, X, cit., pag. 56 ss.

1007 F. RUFFINI, *Relazioni...*, cit., pag. 227. V. Anche E. FRIEDBERG – F. RUFFINI, *Trattato...*, cit., pag. 93 ss.

1008 «Fra gli oratori dei principi civili rappresentati al sinodo dichiararono mediante sottoscrizione al 6 di dicembre 1563, l'accettazione dei decreti i rappresentanti dell'imperatore Ferdinando I, dei re di Polonia e Portogallo, dei duchi di Savoia e Firenze, della Repubblica di Venezia e dei Cantoni svizzeri cattolici. Mancavano quindi quelle due grandi potenze cattoliche, nelle quali l'ecclesiasticismo statale aveva raggiunto uno sviluppo particolarmente pericoloso: Francia e Spagna.» Così, L. VON PASTOR, *Storia dei Papi...*, VII, cit., pag. 342. Ufficialmente il Concilio fu pubblicato il 24 novembre 1564.

cristianità¹⁰⁰⁹. Ma la dinastia dei bisanti non doveva rimanere priva di guiderdone per il proprio zelo in favore della riforma cattolica: fu infatti la pubblicazione dei decreti «senza restrizioni»¹⁰¹⁰ a spingere il Santo pontefice domenicano ad attribuire a Cosimo il titolo granducale, mantenendosi sulla stessa linea i suoi successori, in guisa sì ligia che lo Scaduto, nella sua opera elogiativa delle riforme leopoldine, poté criticarla acerbamente, affermando essere stati i Medici «generalmente uomini troppo pii», che «facevano concessioni al Papa, e ne ottenevano in ricambio delle altre nell'interesse loro personale; ne ricevevano il titolo di Granduca e così si rendevano cointeressati nel sostenere l'autorità del Papa nel concedere patenti di sovranità; passavano come i Principi più addentro nelle grazie di Roma, e dispensavano agli altri Sovrani i loro buoni uffici presso questa Corte.»¹⁰¹¹ Non deve quindi stupire che, in materia matrimoniale, in epoca di sviluppo del giurisdizionalismo, la legislazione ecclesiastica toscana rassomigliasse all'ideale della Santa Sede: in campo giurisdizionale la competenza del foro ecclesiastico non venne mai messa in dubbio, facilitata del resto dalla precoce istituzione della nunziatura (breve del 22 luglio 1560)¹⁰¹², che risparmiava l'invio a Roma delle impugnazioni di cause decise dai Tribunali diocesani e da quello metropolitano fiorentino. Nemmeno il *Tametsi* fu in alcun modo ostacolato ma anche qui, come nel resto d'Italia, nonostante l'interesse dell'Autorità (ecclesiastica e secolare) alla sua applicazione, esso impiegò non poco a far breccia nelle radicate consuetudini popolari e, cosa anche più rilevante, nel basso clero, cioè proprio in quei parroci che, nelle intenzioni tridentine, dovevano essere i primi garanti di pubblicità e validità del vincolo. Ne conseguì un' "ibridazione", dove «i nuovi riti si aggiunsero a quelli di più antica data senza sostituirsi ad essi», tanto che «ancora nel 1571, un procuratore pisano dichiarò, in difesa del suo cliente, che "li matrimoni si contraseno con li publicationi in la chiesa e con il toccar la mano la sposa e consumarlo"»¹⁰¹³, perciò ancora con le forme del *matrimonium praesumptum*, che in teoria la riforma tridentina (laddove, come in Toscana, fosse stata pubblicata) doveva aver reso inoperante. Sembra essere stata invece più agevole la ricezione dell'obbligo delle pubblicazioni¹⁰¹⁴, da effettuarsi in tre giorni festivi consecutivi, alla prima delle quali solitamente seguiva la celebrazione degli sponsali.

Sostanzialmente occorre tutto il XVII secolo perchè la Toscana recepisce la forma tridentina, facendola prevalere sulle antiche costumanze delle "fidanze" e della *deductio in domum*, delle quali si è trattato sopra¹⁰¹⁵ analizzando le consuetudini romane, dalle

1009 *Ibidem*, pag. 343, nota 5.

1010E. FRIEDBERG – F. RUFFINI, *Trattato...*, cit., pag. 95. Nè impedita fu la pubblicazione della bolla proscrittiva "*In coena domini*".

1011F. SCADUTO, *Stato e Chiesa sotto Leopoldo I Granduca di Toscana (1765-1790)*, Firenze, 1885, pag. 82-83.

1012Cfr. E. FRIEDBERG, *Die Grenzen zwischen Staat und Kirche*, Tübingen, 1872, pag. 680.

1013D. LOMBARDI, *Matrimoni...*, cit., pag. 233. «Nessun accenno della celebrazione davanti al parroco, che era certo la novità più rilevante dei decreti tridentini, capace di trasformare il matrimonio in una cerimonia sacra gestita da un uomo di chiesa.»

1014 *Ibidem*, pag. 233-235.

1015Cfr. *Supra*, Parte II, cap. I.

quali le fiorentine non troppo divergevano se non su aspetti tendenzialmente secondari, come la presenza fisica della donna alla celebrazione sponsalicia. Solo negli ultimi tempi della dinastia medicea si poté assistere ad una certa iniziale divergenza tra gli interessi perseguiti dall'autorità temporale e da quella spirituale, seppure, stranamente, con una concordanza di intenti iniziale: quella di "moralizzare" il comportamento troppo disinvolto della popolazione, del quale numerosi teologi moralisti avevano denunciato la perniciosità rispetto alla *salus animarum*; se già nel 1687 è attestata una legge di Cosimo III¹⁰¹⁶ che inibiva il ballo nelle pertinenze delle chiese in giorno festivo¹⁰¹⁷, è nel corso del settecento che la società chiede con forza, venendo assecondata anche dalle dottrine di alcuni ecclesiastici, il rafforzamento del controllo parentale sulle nozze dei figli di famiglia, permettendo la risoluzione di sponsali che si fossero rivelati inadeguati rispetto al rango e al censo del casato. Un esempio, relativo ad una delle più eminenti famiglie fiorentine, è dato dalla «persecuzione del cavaliere Roberto Acciaiuoli e della vedova Elisabetta Marmorai»¹⁰¹⁸, fatti arrestare all'estero ed incarcerati dal Granduca, i quali avevano segretamente contratto matrimonio «per sfuggire all'opposizione dei parenti e specie del cardinale Acciaiuoli.»¹⁰¹⁹ Probabilmente per rispondere a queste pressioni, nel 1732 (regnante Gian Gastone), l'arcivescovo fiorentino Della Gherardesca aveva dovuto ribadire, sulla scia di tutte le costituzioni sinodali del XVII secolo, che solo il libero consenso era causa efficiente del vincolo, non bastando all'uopo quello parentale¹⁰²⁰. Quella espressa dalla Curia fiorentina era del resto la posizione ufficiale della Santa Sede che, «ancora sul principio del XVIII secolo aveva dichiarato essere una violazione della libertà ecclesiastica il volersi da parte degli Stati imporre il consenso dei genitori come condizione essenziale per la validità degli sponsali dei *filiifamilias*.»¹⁰²¹

Ma, salva questa piccola nube, l'alleanza tra Trono e Altare era ai tempi di Cosimo III saldissima. Infatti, non erano solo nobili come l'Acciaiuoli ad essere oggetto delle "premurose" attenzioni moralizzatrici del Sovrano, coadiuvato nella sua opera da numerosi religiosi. Vennero incaricati vari frati di percorrere lo stato allo scopo di vigilare sulla condotta del popolo, con un'invadenza (e violenza), che si spingeva fino all'

1016 Deve notarsi come la religiosità di Cosimo, spinta fino al bigottismo, discendesse dalla severa educazione religiosa fattagli impartire dalla madre Vittoria della Rovere. Questa doveva avere ripercussioni tragiche per la casa medicea, in quanto i due figli maschi del Granduca, probabilmente per reazione all'opprimente educazione paterna, svilupparono caratteri piuttosto libertini: il maggiore, Ferdinando, morì folle a causa della sifilide contratta a Venezia, il terzogenito Gian Gastone, ultimo granduca mediceo, è celebre per l'alcolismo e la condotta sessuale disinvolta nei confronti di alcuni garzoncelli (che al tempo venivano denominati "ruspanti") procuratigli dal suo *commis* Giuliano Dami.

1017 D. LOMBARDI, *Matrimoni...*, cit., pag. 370, trascrive il testo del preambolo della legge in questione: «Havendo considerato con somma pietà e prudenza che il Demonio, invidioso della gloria di Dio e insidiatore della salute delle anime, habbia indotti gli huomini a convertire le feste principali destinate ad adorare e lodare Sua Divina Maestà in trattenimenti di balli, nei quali si occupa la gioventù con detrimento della pudicizia e con cagionare spesso tumulti e risse e talvolta homicidij [...]» si proibiva ogni sorta di divertimento anche nei giorni di Sabato, siccome dedicati alla Vergine. *Ora et labora* era divenuto pressochè il motto dello Stato.

1018 F. SCADUTO, *Stato e Chiesa sotto Leopoldo...*, cit., pag. 158.

1019 *Ibidem*.

1020 D. LOMBARDI, *Matrimoni...*, cit., pag. 385.

1021 A.C. JEMOLO, *Stato e Chiesa negli scrittori...*, cit., pag. 271.

imposizione di matrimoni, «sotto il pretesto di conciliare le famiglie»¹⁰²², mentre al contempo veniva proibito per bando granducale 9 ottobre 1691, «a giovani et alle fanciulle, ma anche a padri, madri, o altri loro parenti huomini o donne, capi di casa l'entrare e l'ammettere rispettivamente i Giovani in dette case, e il fare o il permettere che si faccia l'amore su gli usci, o di notte alle finestre basse sotto pena a ciascuno o ciascuna che contravverrà di scudi dieci, e della cattura»¹⁰²³. A guardare queste norme, non si può che concordare con lo Scaduto quando dice che «la bacchettoneria superava ogni limite.»¹⁰²⁴

Allo stesso modo, dando sfogo ad una sua pregiudiziale antiggiudaica, Cosimo III imponeva una legislazione fortemente restrittiva per la relativamente numerosa comunità ebraica toscana, che il suo avo Ferdinando aveva anzi favorito per la sua industriosità, attraverso provvedimenti sì rigidi da ricordarne altri, posteriori e ben più drammatici. Tra questi spiccava l'inibizione agli Ebrei di qualsiasi contatto con il resto della popolazione e, soprattutto, la proibizione di contrarre matrimonio non solo con i cristiani, il che era all'epoca pacifico, ma financo con Turchi e Mori.

L'ascesa al trono di Gian Gastone, pur portando all'eliminazione degli eccessi paterni, non potè, per la necessaria transitorietà, apportare alcuna significativa innovazione nello *Staatskirchenrecht* granducale, dovendosi all'uopo attendere l'ascesa al trono della dinastia lorenese. Già Francesco II¹⁰²⁵ prese alcuni provvedimenti tesi a dissolvere la cappa clericale che gravava sui territori granducali, seppur con una cautela probabilmente dovuta alla volontà di evitare tumulti¹⁰²⁶ contro la Reggenza appena insediata. Timore del resto fondato, come dimostrò la reazione popolare all'arresto del Vescovo di Pienza, Piccolomini il quale, avendo esorbitato dalla propria giurisdizione, aveva scomunicato i funzionari pubblici che gli si erano opposti ed era stato arrestato

1022Emblematico il racconto di L. CONTINI, *Legislazione toscana raccolta e illustrata*, Firenze, XVIII, 1800-1808, pag. 396-397: «Un frate domenicano da Volterra scorreva ogni anno in equipaggio di corte per la Provincia [fratesca pare] ad oggetto d'informarsi dei costumi, dell'osservanza della religione e dello stato di quiete e tranquillità di ciaschedun luogo. Questo inquisitore ambulante proponeva al G. Duca delle riforme secondo che giudicava opportuno, e qualora giudicava essere delle discordie tra famiglie e famiglie, credeva che il mezzo più sicuro di riconciliarle fosse quello di ordire dei matrimoni fra loro. Le proposizioni del frate dovevano a viva forza eseguirsi con l'autorità dei Giudicanti, e questo compenso senza estinguere l'odio radicale fra quelle famiglie le conciliava solo nel sentimento di detestare la violenza che li era fatta e gli autori di essa. Quindi è che i Frati divenuti gli arbitri dei matrimoni e delle famiglie esercitavano sopra i popoli un'autorità senza limiti dispensando fortune ai loro aderenti, e perseguitando tutti quelli che mostravano qualche resistenza a sottomettersi al loro arbitrio.»

1023L. CONTINI, *Legislazione...*, XX, cit., pag. 252.

1024F. SCADUTO, *Stato e Chiesa sotto Leopoldo...*, cit., pag. 160.

1025Tale secondo la numerazione toscana. Primo quale Sacro Romano Imperatore.

1026«Adelante con juicio» verrebbe da dire, parafrasando il Manzoni. Lo attesta anche E. FRIEDBERG, *Die Gränzen...*, cit., pag. 685: «Schon Kaiser Franz I erliess ein Amortisationsgesetz, übertrug die Büchercensur lediglich weltlichen Behörden, schloss die Gefängnisse der Inquisition, und unterdrückte einiger Klöster. Ja er trat sogar den jurisdictionellen Uebergriffen der Geistlichen mit allerdings zögernder Energie entgegen.» [Già l'Imperatore Francesco I emise una "legge di recupero", trasferì la censura libraria ad autorità puramente laiche, chiuse le carceri dell'Inquisizione e sopresse alcuni monasteri. Si oppose addirittura alle usurpazioni giurisdizionali del clero, seppur con energia esitante. Traduzione propria.]

tra il biasimo della plebe (1763-1764); esiliato quello, il clero non si trattene dal reagire, ad esempio «negando la testimoniale di stato libero ad uno degli amministratori scomunicati, acciocchè egli non po[tesse] sposarsi.» Queste scaramucce, non avevano assunto maggiore dimensione grazie anche all'abile mediazione di Giulio Rucellai, cui erano affidati gli affari di «polizia ecclesiastica» che, pur non essendo un curialista, aveva saputo trovare un *modus vivendi* tra le due potestà¹⁰²⁷, mantenendo l'incarico anche nei primi anni di regno del secondo granduca lorenese sin quando, nel 1778 gli succedette Stefano Bertolini e, alla morte di questo nel 1782, il Marmorai.

Più saldo del padre alla guida dello Stato, avendo ereditato come il fratello Giuseppe un certo dinamismo politico dalla gigantesca figura della Regina d'Ungheria, Pietro Leopoldo è da guardarsi come il primo vero Sovrano "illuminato" toscano¹⁰²⁸. Questa sua qualità emerge nettamente dalla sua politica ecclesiastica, improntata al più stretto giurisdizionalismo, conformemente ai principi che oltralpe e nel milanese avevano mosso prima Maria Teresa e poi suo fratello Giuseppe II¹⁰²⁹, per il quale l'obiettivo era stato «addirittura ridurre la Chiesa nei domini degli Absburgo ad un semplice dipartimento dell'ordine pubblico, interamente soggetto al potere civile.»¹⁰³⁰

La fine di un'epoca, come quella teresiana, improntata alla ricerca dell'equilibrio tra la potestà secolare e quella ecclesiastica, permise che anche in Toscana, sulla scia delle patenti matrimoniali giuseppine del 1783¹⁰³¹, si passasse «da una moderata politica giurisdizionalista ad un deciso interventismo statale nelle materie ecclesiastiche»¹⁰³², che anche in tema matrimoniale ebbe modo di esprimersi, in particolare dietro gli impulsi di Scipione de'Ricci, Vescovo di Pistoia e Prato e dei soli altri membri dell'episcopato toscano che condivisero le opinioni di questo, Sciarelli di Colle Val d'Elsa e Panilini di Chiusi-Pienza¹⁰³³. Già poco dopo l'entrata in vigore nel Milanese delle patenti matrimoniali imperiali il Granduca, con proprio editto, completava la riforma di un foro

1027Lo stesso L. VON PASTOR, *Storia dei Papi...*, XVI/3, cit., pag. 99, non certo tenero con i ministri giurisdizionalisti, lo qualifica siccome «imparziale».

1028Divenuto Granduca nel 1765 «con l'aiuto di consiglieri capaci come Pompeo Neri, Francesco Maria Gianni ed altri, iniziò un'ardita politica di riforme. La riconsione delle imposte non fu più data in appalto, ma passò nelle mani dello Stato; il sistema doganale fu assai semplificato con l'eliminazione di quasi tutti i dazi interni e l'economia del paese ne trasse non pochi vantaggi; le opere di risanamento e bonifica in Val di Chiana, nel piano di pisa, nei paduli di Bientina e di Fucecchio, in Valdnievole, in Maremma diedero nuovo incremento all'agricoltura. Ai comuni fu inoltre garantita l'amministrazione autonoma. Il granduca intendeva inoltre pubblicare una vera costituzione ed incaricò nel 1779 il Gianni della redazione di un piano "per l'erezione di un corpo di rappresentanza, ma la Costituzione approntata nel 1782, non entrò mai in vigore.» Così S. FURLANI – A. SAIITA, *Leopoldo II imperatore (I come granduca di Toscana)*, in *Enciclopedia cattolica*, VII, cit., pag. 1179-1180.

1029Ibidem. V. anche G.H. JOYCE, *Matrimonio cristiano*, cit., pag. 245. E. FRIEDBERG, *Die Gränzen...*, cit., pag. 685, è addirittura lapidario: «Sein System war das iosephinische.» [*Il suo sistema fu quello giuseppino*. Traduzione propria.]

1030G.H. JOYCE, *Matrimonio cristiano*, cit., pag. 240.

1031V. *Infra*, parte I, cap. III, par. 6.

1032C. FANTAPPIÈ, *Promozione, controllo del clero nell'età leopoldina*, in Z. CIUFFOLETTI – L. ROMBAI (a cura di), *La Toscana dei Lorena. Riforme, territorio e società. Atti del convegno di studi. Grosseto 27-29 novembre 1987*, Firenze, 1989, pag. 237-238.

1033G.H. JOYCE, *Matrimonio cristiano*, cit., pag. 245.

ecclesiastico già estremamente ridotto rispetto ai tempi della dominazione medicea, avocando alla competenza secolare le cause di validità degli sponsali, considerati materia di competenza civile, priva di qualsivoglia riflesso spirituale¹⁰³⁴. La piena adesione alla dottrina "civilistica", attraverso il grimaldello sponsalicio, emerge chiaramente dal § III dell'Editto, sancente l'avocazione ai tribunali secolari «di tutte le cause matrimoniali in quanto all'esistenza o alla validità degli sponsali *per verba de futuro*», i quali erano da tenersi «per un contratto civile preparatorio agli atti che costituiscono un Sacramento, ed in quanto agli impedimenti e divorzio perciò che riguarda i soli effetti civili.»¹⁰³⁵ L'osservatore più disattento potrebbe certamente contestare che questa fosse un'esplicita adesione alle dottrine gallicano-giurisdizionaliste, che miravano a scindere la dimensione contrattuale da quella sacramentale del vincolo *inter baptizatos*. Ma la contraddizione è solo apparente: nel momento in cui si interveniva sulla materia relativa agli "impedimenti" sponsalici, si capisce come si agisse, seppur indirettamente, anche su quelli matrimoniali, con tutte le conseguenze del caso. Non a caso nei canoni matrimoniali della Sinodo pistoiese, proprio queste dottrine saranno propugnate anche in sede ecclesiastica e all'uopo converrà fare un breve passo indietro, per meglio giustificare il rilievo suddetto.

Scipione de'Ricci, sulla cui figura ci si soffermerà più ampiamente nel paragrafo seguente, fu certo il "mentore" della riforma sponsalicia leopoldina¹⁰³⁶: dal 1776 al 1780, infatti, questo nipote dell'ultimo generale dei Gesuiti aveva ricoperto l'ufficio vicario del metropolita fiorentino Incontri, dedicandosi anche a cause matrimoniali, che nella stragrande parte portarono a sentenze affermative in merito alla nullità degli sponsali¹⁰³⁷, superando la rigidità che i Sacri Canoni avevano col tempo attribuito ai *verba de futuro*. Tradotte in legge civile le proprie precomprensioni, il presule pistoiese ebbe tuttavia il dispiacere di vedere che le stesse venivano accolte dal popolo e dal ceto dirigente con le più aspre resistenze, dato che l'intervento, se approvato nella sua interezza, avrebbe inciso più sui rapporti interfamiliari che sull'«ordinamento matrimoniale visto dal suo interno.»¹⁰³⁸

Se l'intento dichiarato era quello di evitare promesse date alla leggera, come attestano sia la proposta formulata al Granduca, sia le sentenze rese come vicario dal Ricci, ha certo ragione il Passaniti nell'individuare, dietro a questo schermo, «l'ottica tipica del giansenismo giurisdizionale», che «cerca di separare i mercanti dal tempio, di scindere la

1034F. SCADUTO, *Stato e Chiesa sotto Leopoldo...*, cit., pag. 236-237.

1035Riportato da P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 98.

1036A.C. JEMOLO, *Stato e Chiesa negli scrittori...*, cit., pag. 274.

1037Lo hanno dimostrato le ricerche archivistiche di D. LOMBARDI, *Matrimoni...*, cit., pag. 422: «su trenta cause giudicate tra il luglio 1776 e il marzo 1780 venti si conclusero con una sentenza di nullità degli sponsali, tre con un accordo tra le parti allo scioglimento della promessa data e altre tre senza sentenza. Solo in quattro casi Scipione de'Ricci giudicò che era stata scambiata una promessa valida e di conseguenza obbligò la coppia a celebrare il matrimonio.» Di queste ultime «tre erano domande di riconoscimento, tutte su istanza della donna e 1 domanda di nullità da parte del partner maschile.» *Ibidem*, nota 129.

1038P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 99.

socialità del matrimonio dal sacramento»¹⁰³⁹, allo scopo di pervenire alla completa esautorazione della giurisdizione ecclesiastica sul punto. Nello stesso senso anche gli altri aspetti del progetto di riforma, cioè il divieto di nozze segrete¹⁰⁴⁰, di quelle per sorpresa e i controlli irrigiditi per le unioni dei *vagi* ma soprattutto l'abolizione, per il foro esterno civile, degli impedimenti di pubblica onestà e *cognatio spiritualis*, che sostanzialmente portavano all'instaurazione (seppur residuale) di un matrimonio civile presunto: benchè il vincolo fosse canonicamente nullo per carenza della necessaria dispensa, esso continuava a produrre effetti civili per volontà della legge data dal Sovrano. L'opposizione della stragrande maggioranza dell'episcopato, anche in sede sinodale, portò a sensibili emendamenti della riforma, in particolar modo circa la materia degli impedimenti, tanto che il *motu proprio* del Consiglio di reggenza, in data 9 novembre 1790, si limitava solo all'intervento in materia di sponsali, vietando ogni coazione e negando tutela giurisdizionale ad un'eventuale "esecuzione forzata" degli stessi, salva l'azione per i danni e le spese. Era questo il primo serio intervento "modernizzatore" di una legislazione che, fin lì, era rimasta vincolata ai canoni tridentini, seppure in essa non si possa vedere un "matrimonio civile", ma tutt'al più un intervento «secondario», come rilevava rammaricato lo Scaduto affermando che l'introduzione di quello sarebbe stata l'unica riforma «essenziale, [...] non fu fatta perchè la coscienza di Leopoldo non era ancora probabilmente laicizzata sino a tal punto.»¹⁰⁴¹

Se l'intima opinione del regnante era titubante, quella popolare decisamente contraria, quella ecclesiastica (nella quasi totalità) irriducibilmente ostile, non deve stupire che già il 30 gennaio 1793, prima ancora dunque della *Auctorem fidei*, che avrebbe comunque colpito anche questa (moderata) legge, il nuovo Granduca Ferdinando III emendasse profondamente la legislazione leopoldina, stabilendo la validità degli sponsali e la loro soggezione alla giurisdizione ecclesiastica «purchè stipulati in forma scritta in presenza di tre testimoni e con il consenso espresso del padre e dei tutori», mentre «per gli individui non soggetti alla patria potestà e fuori dall'età pupillare, fissata a ventuno anni, il *motu proprio* rimanda alle leggi anteriori alla riforma del 1790.»

Tuttavia anche questo ritorno all'antico doveva avere vita effimera, atteso che con la costituzione del Regno d'Etruria (1801) e poi con la diretta annessione della Toscana alla Francia (nonostante il governo puramente nominale di Elisa Baciocchi -1807-), la legislazione francese doveva anche in quei luoghi trovare vigenza fino alla Restaurazione e più precisamente alla legge 15 novembre 1814, con cui si ripristinava la legislazione precedente a quella imperiale francese, abrogando quest'ultima¹⁰⁴².

La novella granducale appare dedicata più al diritto di famiglia che a quello matrimoniale strettamente inteso, con disposizioni in tema di patria potestà che si limitano (art. 1) a fare riferimento al legittimo matrimonio, con ciò intendendo quello

1039 *Ibidem*, pag. 100.

1040 Cfr. leggi 22 giugno 1796 e 5 settembre 1788 «gegen matrimonia clandestina». E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 612.

1041 F. SCADUTO, *Stato e Chiesa sotto Leopoldo...*, cit., pag. 378.

1042 Restavano in vigore il codice di commercio, nè si ripristinavano feudi, sostituzioni fedecommissarie, commende e altri oneri reali su beni immobili (§ II e IV), v. G. VACCARINO (a cura di), *Collezione...*, cit., pag. 934.

contratto secondo le forme del Concilio di Trento; fatto testimoniato anche dagli accordi con la Santa Sede, non trovandosi alcuna disposizione in materia matrimoniale nel Concordato 4 dicembre 1815, con il quale ci si limitò a stabilire che venisse adunata una commissione nella Capitale, allo scopo di sovrintendere alla ricostituzione degli ordini regolari, tanto maschili quanto femminili, nei limiti dati dalle possibilità patrimoniali¹⁰⁴³.

La stessa linea di ritorno al passato veniva adottata nel Ducato di Lucca (che nel 1844, come si è detto, verrà annesso alla Toscana), ove il decreto del Senato 7 maggio 1814, al suo art. 1, «in nome di Dio e delle Potenze alleate»¹⁰⁴⁴, abrogava «tutti gli articoli dell'attuale codice civile che concernono i divorzi e le separazioni tra conjugi, per le quali materie non avranno più luogo, che le leggi canoniche e civili veglianti nello Stato prima della pubblicazione del suddetto codice»¹⁰⁴⁵; con ciò il Codice veniva mantenuto in vigore, seppur "purgato" degli elementi più schiettamente rivoluzionari. Questo disegno è attestato altresì dal decreto 21 luglio 1814, con il quale si restituiva ai parroci il compito di custodi e ufficiali dello stato civile (art. 1), essendo «nel più grande interesse dello Stato civile delle persone nate, morte o unite in matrimonio dal giorno primo gennaio del corrente anno, sino al giorno in cui la legge del Senato non ha abolito la forma di questi Registri civili, e richiamare alla loro ossevanza le forme preesistenti, e prescritte dal Sinodo diocesano.»¹⁰⁴⁶ Ancora, nello stesso senso, con il decreto della Reggente Maria Luisa 5 marzo 1818, con il quale si ripristinava *in toto* il regime dotale, anche in mancanza di apposita convenzione.¹⁰⁴⁷

In senso, più elastico e modernizzatore si mosse invece il successore di Ferdinando, e ultimo granduca, Leopoldo II utilmente coadiuvato dal suo ministro Vittorio Fossombroni. Di questa tendenza è interessante esempio il "*Sovrano motuproprio sulla capacità delle donne specialmente in quanto concerne l'esercizio dei loro diritti e la costituzione delle loro obbligazioni*". Con questa normativa si sposava integralmente la nuova concezione familiare borghese, nella quale il marito aveva poteri pressochè assoluti: infatti, nonostante si sciogliesse la donna dai vincoli con la famiglia di origine, allo stesso tempo la coniugata di qualsiasi età, non poteva «nè alienare, nè obbligarsi, nè promuovere giudizi», relativamente ai propri beni e diritti stradotali, nè accettare donazioni da estranei, senza il consenso del marito, con l'eccezione (significativa ma residuale), di colei che esercitasse il commercio per le obbligazioni contratte nell'esercizio di questo (art. XXV)¹⁰⁴⁸.

Ciò non ostante, i fatti del 1848 dovevano lasciare il segno anche nella mentalità di un Sovrano tendenzialmente giusto ed aperto alle novità, come Leopoldo secondo di questo nome. Già nel gennaio di quell'anno, infatti, egli dava disposizione a Monsignor Giulio Boninsegni, provveditore dell'Ateneo pisano, di recarsi a Roma allo scopo dichiarato di

1043F. CONCI, *La Chiesa e i vari Stati. Rapporti – Concordati – Trattati*, Napoli, 1954, pag. 72.

1044Interessante parificazione atteso che, di dette Potenze, la sola Austria era cattolica.

1045G. VACCARINO (a cura di), *Collezione...*, cit., pag. 934.

1046Ibidem, pag. 934-936.

1047Ibidem, pag. 938.

1048P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 194.

trattare la costituzione di una lega di carattere difensivo tra la Toscana, il Piemonte e lo Stato pontificio e a quello, tenuto per il momento occulto, di valutare se vi fossero possibilità di addivenire alla stipula di un concordato che potesse dare soddisfazione alle lamentele della Santa Sede circa la legislazione ecclesiastica toscana, in molti punti ancorata alle disposizioni giuseppiniste di Pietro Leopoldo¹⁰⁴⁹, cui pochi mesi dopo si aggiunsero le disposizioni in tema di libertà religiosa della costituzione ottriata del 17 febbraio 1848 (artt. 1,2,4,5)¹⁰⁵⁰. In tema matrimoniale le lagnanze non potevano che concernere le disposizioni in materia di sponsali; il governo aveva tentato una debole difesa, affermando «non poter ammettersi che le autorità laiche dovessero rimanere estranee alle questioni sulla validità o invalidità del contratto sponsalizio per la ragione che "non può non considerarsi interessata la pubblica morale", e che poteva avvenire come effettivamente era avvenuto che "il consenso espresso in tale occasione dai contraenti o di uno di essi piuttosto che effetto di una positiva e tranquilla deliberazione, [fosse] conseguenza invece dell'altrui callidità e di quelle fraudolente macchinazioni delle quali possono essere vittima i malcauti ed inesperti.»¹⁰⁵¹ Al foro ecclesiastico, con le riforme ferdinandee, si aggiungeva il riconoscimento della competenza *in spiritualibus* e in tema di impedimenti, lasciandosi al giudizio secolare i soli "effetti civili", affatto diversi e separati. In tal guisa si ripetevano le motivazioni che aveva espresso Scipione de'Ricci alla fine del secolo passato: troppo poco per gli esperti negoziatori della Segreteria di Stato, i quali ebbero giuoco facile nel rintuzzare come fosse completamente inutile mantenere una competenza civile, per quanto residuale, in quanto «lasciando impregiudicata la questione dottrinale sul fondamento della competenza ecclesiastica in materia di validità di sponsali, senza dubbio in quelle osservazioni questa competenza era riconosciuta almeno agli effetti del canonico impedimento che sarebbe sorto dal vincolo sponsalizio. Ora per stabilire se questo esisteva o meno, l'autorità ecclesiastica doveva usare tutte le cautele prescritte dal diritto canonico per il quale la promessa di matrimonio, per essere giuridicamente valida, doveva essere *deliberate ac libere facta signoque sensibili expressa.*»¹⁰⁵² Era quindi lo stesso diritto canonico a fornire tutte le guarentigie richieste dalla potestà secolare, facendo perdere di significato le obiezioni granducali; del resto gli effetti sponsalici (civili o spirituali che fossero) dovevano giuocoforza derivare da un negozio valido e, poichè detta validità era, per stessa ammissione toscana, derivante dalla legge canonica, sarebbe stata all'uopo sufficiente una sola sentenza, quella ecclesiastica, direttamente efficace nel territorio dello Stato al di là di qualsivoglia delibazione o controllo secolare, in virtù del confessionalismo propugnato dalla stessa legge temporale. Tuttavia alla Segreteria di Stato erano anche sufficientemente esperti da saper bene quando fosse

1049 Sulla stessa linea si muoverà l'Austria, con il concordato del 1855. Circa le proteste della Santa Sede si veda l'Enciclica di Gregorio XVI del 28 giugno 1845.

1050 L'art. 1 dello Statuto del Granducato di Toscana, sanciva il principio confessionista, salva la parificazione dei cittadini, indipendentemente dal credo loro professato. L'art. 4 stabiliva invece: «nessuno può essere chiamato ad altro foro, che a quello espressamente determinato dalla legge.» V. A. ACQUARONE – M. D'ADDIO – G. NEGRI (a cura di), *Le costituzioni italiane...*, cit., pag. 635.

1051 A.M. BETTANINI, *Il Concordato di Toscana. 25 aprile 1851*, Milano, 1933, pag. 24.

1052 *Ibidem*. Per la dottrina cfr. F. WERNZ, *Ius canonicum...*, V, cit., pag. 104.

opportuno "lasciare andare la fune", quel tanto che bastasse per avviluppare la controparte nei propri lacci, accettandosi il principio «che conosceranno della sussistenza o insussistenza degli sponsali i tribunali ecclesiastici, e la di loro pronunzia, facendo stato a tutti gli effetti, darà norma anche ai tribunali laici per quella successiva pronunzia che da loro venga impetrata sulle conseguenze di quell'antecedente, emessa dai tribunali ecclesiastici, che sarà da considerarsi irretrattabili.»¹⁰⁵³ Successivamente a queste (ed altre) trattative si perveniva alla firma, in data 30 marzo 1848, di un protocollo in quindici articoli, che i contraenti avrebbero dovuto al più presto ratificare, il cui art. VIII stabiliva che, «nelle cause matrimoniali, comprese quelle di sponsali, dopo le sentenze emanate a norma dei Sacri Canonici dalla Ecclesiastica Autorità, potranno i Tribunali laici giudicare degli effetti civili che da esse derivano.»¹⁰⁵⁴

Il messo granducale doveva tuttavia restare sorpreso, al suo rientro a Firenze, del diniego opposto dal governo (ancora dominato dai liberali) circa la promessa ratifica, che venne rifiutata sulla base di una deviazione del legato dalle indicazioni originariamente ricevute: circa l'articolo concernente gli sponsali ci si oppose addirittura contraddicendo le indicazioni originarie, dubitando «che convenisse subordinare alle Curie ecclesiastiche l'azione dei tribunali laici quanto agli effetti civili» e sembrando «molto difficile attuare questa subordinazione delle controversie matrimoniali nelle quali non [poteva] attendersi la sentenza del coniuge avente diritto alle anticipazioni per le spese della lite, per gli alimenti provvisori e simili.»¹⁰⁵⁵ Così il medesimo Boninsegni veniva inviato nuovamente a Roma, onde trattare con il novello Segretario di Stato Ciacchi i necessari emendamenti al protocollo già sottoscritto, trovando tuttavia, nonostante la buona predisposizione di Pio IX, maggiori resistenze del previsto in merito alla materia sponsalicia, in quanto la Curia pretendeva che i tribunali laici attribuissero valore di giudicato alla sentenza ecclesiastica pronunciata anteriormente a quella civile; ciò non ostante anche questo scoglio venne superato, in quanto «il Boninsegni trattò la delicatissima questione con grande abilità», riuscendo a «dimostrare che nessuna difficoltà poteva sorgere per applicazione di leggi dello Stato», la cui competenza, ancorchè residuale, non era stata negata dalla stessa delegazione della Santa Sede.¹⁰⁵⁶

Le speranze di accordo dovevano nuovamente venire frustrate dalla crisi di governo del 1° agosto 1848, in esito alla quale assunse la carica di Ministro di Grazia e Giustizia con delega agli affari ecclesiastici Jacopo Mazzei, «fiorentino di illustre casato, assertore magnifico delle libertà costituzionali, devoto e fedele al principe senza servilità, leale e franco, animato dal solo intendimento di cooperare alla grandezza della Patria»¹⁰⁵⁷. Conformemente alle idee liberali del nuovo gabinetto, egli non esitò a riaffermare con chiarezza la natura meramente civile degli sponsali, che nel suo pensiero erano

1053 A.M. BETTANINI, *Il Concordato...*, cit., pag. 25.

1054 *Ibidem*, Tavola IV.

1055 *Ibidem*, pag. 35.

1056 *Ibidem*, pag. 46.

1057 *Ibidem*, pag. 57. Primo ministro era il liberale-monarchico marchese Gino Capponi, il cui pregevole palazzo ancora insiste sull'omonima via.

conseguentemente assoggettati alla sola civile potestà (e alla sola civile giurisdizione). Anche dette proposte non ebbero tuttavia il tempo di concretizzarsi, in quanto già il 12 ottobre il Montanelli rovesciava il governo granducale nel nome della "democrazia", costringendo il Sovrano ad abbandonare la capitale e a trovare rifugio a Napoli.

Una volta restaurato sul trono dalla stessa volontà popolare, Leopoldo II richiamò lo stesso Mazzei nel ruolo di ministro degli affari ecclesiastici (27 maggio 1849); affinché potesse portare a termine quanto lasciato incompiuto a causa degli eventi dell'anno precedente; la situazione era comunque ancora più complicata, attesa la perdurante vigenza della legislazione leopoldina e l'inacerbimento dell'animo di Pio IX e della Curia in seguito ai fatti della Repubblica romana, che li aveva convinti del pericolo di ogni cedimento e concessione ai fautori del nuovo ordine democratico. Il ministro ritenne dunque di affidarsi a collaboratori competenti i quali, anche per il loro *status* clericale, potevano ben predisporre l'interlocutore, onde portare il più celermente possibile alla stipula di un concordato. Tra questi l'abate Fausto Mazzuoli, cui venne assegnato l'arduo compito di «riordinare il diritto ecclesiastico toscano»¹⁰⁵⁸, esprimendo delle proposte di emendamento all'ultimo progetto concordatario.

Tralasciando ciò che non compete all'oggetto del presente studio, sarà sufficiente ricordare come il progetto redatto dall'ecclesiastico toscano si distaccasse dalle opinioni del Mazzei circa il diritto matrimoniale, ritenendo che gli sponsali non potessero essere considerati un semplice contratto civile, ma ad essi fosse necessario approcciare conformemente al Magistero della Chiesa. In tal guisa, la citata legge 30 ottobre 1784, con cui si erano stabilite particolari forme per lo scambio dei *verba de futuro* tra minori, non doveva tuttavia essere stralciata, potendo la stessa collocarsi all'interno della dottrina della Chiesa; con essa, infatti, non si regolavano materie pertinenti al diritto canonico ma esclusivamente dei caratteri esteriori, esplicativi di quelli interni regolati dalle norme ecclesiali¹⁰⁵⁹.

Trasmesse le note al governo, era inevitabile che questo, nel quale permaneva la figura del Mazzei, non potesse contraddirsi completamente con l'abbandono della concezione civilista in materia sponsalicia, venendo tuttavia espresse diverse opinioni: ad esempio, quella del Giannini, per la quale la norma doveva essere riformulata in modo da lasciare la competenza per le cause sul punto all'autorità ecclesiastica ma solo «per gli effetti religiosi che, dalla loro già riconosciuta esistenza possono derivare, e vale a dire per decidere *unicamente* quale canonico impedimento po[tesse] sorgere dai medesimi»¹⁰⁶⁰, essendo competenza dei tribunali secolari quella di giudicare sui loro effetti civili. Naturalmente anche una formulazione così "annacquata" non avrebbe potuto essere accettata dalla Santa Sede, che sul punto aveva dimostrato già da decenni la sua ferrea rigidità, in questo caso corroborata dal parere unanimemente contrario dell'episcopato

1058 *Ibidem*, pag. 102.

1059 L'art. 5 del progetto Mazzuoli così recitava: «Le cause di sponsali saranno di esclusiva competenza dell'autorità ecclesiastica per gli effetti spirituali, ossia per risolvere se possa o no sorgere il canonico impedimento: e resteranno in vigore le disposizioni della Legge Toscana relativa alle norme degli sponsali dei minori e dei figli di famiglia.» *Ibidem*, tavola IV.

1060 *Ibidem*, pag. 122.

toscano, il quale aveva più volte rivendicato innanzi al Trono i propri pretesi diritti. Al netto delle già più volte citate ragioni di opposizione basate su di un'interpretazione estensiva dei canoni tridentini, lo scontro non era soltanto teologico ma propriamente giuridico: se per i canonisti gli sponsali erano atto incoativo del matrimonio, con ciò legati a doppio filo al Sacramento, per i giuristi fiorentini dovevano distinguersi l'atto sponsalicio e le sue conseguenze: solo queste ultime (nella parte in cui avessero un risvolto esclusivamente spirituale) potevano essere avocate dall'autorità ecclesiastica, mentre l'atto in sè nulla aveva di sacro e, comunque, era suscettibile di produrre altresì effetti meramente civili, in merito ai quali il foro ecclesiastico non aveva non solo competenza ma nemmeno interesse a conoscere. Il progetto venne quindi emendato, anche su ispirazione dello stesso Mazzei, in modo da adottare questa teoria, sancendo che «nelle cause di sponsali apparterrà ai tribunali civili decidere se esista o non esista l'obbligazione. E nel primo caso soltanto spetterà esclusivamente alle Curie ecclesiastiche il giudicare se dalla obbligazione stessa nasca e quale canonico impedimento.»¹⁰⁶¹

Il fatto che anche la "monarchia madre" austriaca movesse sempre più verso una soluzione concordataria di tipo neoguelfo¹⁰⁶², doveva imprimere una significativa accelerazione delle trattative: alla risposta della Santa Sede, che non gradiva le proposte toscane sul tema in quanto già condannate dalla *Auctorem fidei* (prop. 58), addolcita dalla lettera autografa di Pio IX a Leopoldo II del dicembre 1850, nella quale si auspicava una celere conclusione delle trattative sulla base della bozza del 1848. Allo scopo venne scelto il Baldasseroni, che raggiunta Roma, cercò di mediare con le reiterate affermazioni escludenti della Santa Sede, in due direzioni: con la prima si «stava a dimostrare che la disposizione tridentina si riferiva letteralmente alle cause matrimoniali e che la Bolla citata [*Auctorem fidei*] non stabiliva già che le cause di sponsali fossero di esclusiva competenza del foro ecclesiastico, ma solamente condannava la proposizione inversa che fossero di esclusiva competenza del foro civile¹⁰⁶³», mentre la seconda si poneva nel senso di una difesa tenace di una «netta separazione tra le due giurisdizioni, laica ed ecclesiastica in materia di sponsali, così da riconoscere che i tribunali laici [avrebbero potuto] conoscere in "libero e separato giudizio" degli effetti civili.»¹⁰⁶⁴ Non avendo nemmeno tali argomentazioni fatto breccia, egli decise di giocare d'astuzia: propose che nella redazione dell'articolo si facesse espressa menzione tanto del canone tridentino quanto della bolla, in riferimento il primo alle cause matrimoniali, a quelle sponsalicio la seconda. Tale soluzione non poteva essere respinta, in quanto mutuata dal Concordato napoletano del 1818¹⁰⁶⁵. Si riusciva così,

1061 *Ibidem*, pag. 127 e Tavola IV. «Art. 8. Le cause di sponsali saranno di esclusiva competenza del Tribunale Ecclesiastico soltanto per gli effetti religiosi, che dalla già riconosciuta loro esistenza possono derivare e vale a dire per decidere unicamente se e a quale canonico impedimento possa sorgere dai medesimi, ed ai meri effetti civili si limiterà in questo rapporto la giurisdizione del Tribunale laico.»

1062 V. Concordato austriaco del 1855 e *Infra*, Parte II, cap. III, par. 6.

1063 Il che, come si è visto, altro non era che la pura verità.

1064 A.M. BETTANINI, *Il Concordato...*, cit., pag. 157.

1065 «Ai colleghi che da Firenze invocavano che fosse evitata una citazione che ritenevano tanto pericolosa e che sarebbe dispiaciuta, il Baldasseroni rispondeva che " la Bolla è citata *retento themate* nella

dimostrando non poca sagacia, ad eliminare la parificazione delle cause matrimoniali a quelle in materia di sponsali, proprio attraverso gli strumenti invocati dall'Autorità ecclesiastica a tutela dei propri privilegi. L'art. 9 della redazione definitiva sanciva dunque che «i tribunali ecclesiastici giudicano delle cause matrimoniali, giusta il Canone XII, Sessione XXIV del Sacro Concilio di Trento. Quanto agli sponsali, ritenuto il disposto del citato Decreto tridentino e della bolla *Auctorem fidei*, l'autorità ecclesiastica giudica della loro esistenza e valore, all'effetto del vincolo che ne deriva, e degli impedimenti che ne potrebbero nascere. Per gli effetti meramente civili, i tribunali laici conosceranno in separato giudizio le cause degli Sponsali.»¹⁰⁶⁶ Firmato il 25 aprile 1851 l'atto definitivo, si chiudeva una disputa quasi sessantennale, sostituendo alla regolamentazione unilaterale di tipo giurisdizionalista quella bilaterale concordataria. Effimera conquista: solo dieci anni dopo verrà proclamato il Regno unitario.

3.2 – *La Sinodo pistoiese e l'assemblea dell'episcopato fiorentina.*

Si è più volte fatto cenno, tanto nella prima quanto nella seconda parte del presente studio, alla Sinodo pistoiese del 1786, ma su di essa non ci si è diffusi in particolari proprio per la sua importanza storica, che ne consigliava una trattazione unitaria e differenziata. Infatti, dando per pienamente rispondente al vero la definizione del Joyce¹⁰⁶⁷, secondo cui essa fu «un esempio, unico nella storia ecclesiastica, di un sinodo diocesano che pretendesse di insegnare alla Chiesa universale il modo di riformare i suoi dogmi, la teologia morale e la disciplina ecclesiastica», non rappresentò soltanto un punto di svolta per la storia ecclesiastica universale, fu altresì una tappa essenziale per le vicende della Chiesa che è in Italia, in quanto costituì l'unico tentativo di creare una vera e propria "Chiesa nazionale" sul suolo della penisola¹⁰⁶⁸, attraverso il perfezionamento delle dottrine giuseppinistico-febroniane; in tal guisa le norme *in sacris* non sarebbero più state dettate unilateralmente, abusando della potestà temporale ma avrebbero ricevuto una sanzione ecclesiastica da parte della stessa Chiesa nazionale, in tutto dipendente dal potere politico, quasi si trattasse di un organo dello stesso.

Ciò premesso, e ancor prima di trattare dei lavori e delle risoluzioni assunte, è appena il caso di accennare alle teorie eterodosse che ispirarono l'azione del Ricci, promotore dell'Assise. Senza scendere troppo nei dettagli teologici dell'eresia giansenista, si può dire

subietta materia e qui si tiene a condannare appunto la relativa proposizione del Sinodo di Pistoia.»

Ibidem. Cfr. anche il testo del concordato austriaco del 1855. V. *Infra*.

1066 *Ibidem*, tavola IV.

1067 G.H. JOYCE, *Matrimonio cristiano*, cit., pag. 245.

1068 Ad onor del vero un altro conato in questo senso, di rilevanza infinitamente più modesta, si ebbe nel tragico periodo della guerra civile 1943-45, quando il parroco della cattedrale di Terni don Tullio Calcagno, cercò di propagandare un movimento (denominato "Crociata italiana"), costitutivo di una "chiesa nazionale", svincolata dal proprio Primate e legata a doppio filo all'autorità politica fascista della RSI. La conclusione fu tragica in quanto il Calcagno, già scomunicato a febbraio del 1945, fu assassinato a Milano il 29 aprile.

che essa, in Italia, sembrò «assumere un aspetto di continuità»¹⁰⁶⁹, rispetto alla "casa-madre" di Port-Royal e al concilibaolo scismatico di Utrecht, anche grazie alla scarsa diffusione (il fenomeno era infatti limitato a circoli intellettuali e aristocratici, anziché diffuso anche in quelli popolari) e la frammentazione, che distingueva diverse correnti a seconda della realtà politico-geografica. Così, se esso assume caratteri regalistici a Milano, rivoluzionari a Genova, in Toscana si caratterizza per essere accentrato sulla dimensione «ecclesiastico-liturgica»¹⁰⁷⁰ che ebbe modo di coniugarsi con gli interessi politici leopoldini, per certi versi più vicini al febronianismo e alla sua concezione dell'Autorità pontificia privata del suo primato di giurisdizione¹⁰⁷¹.

L'unione di simili intenti doveva trovare un interessante incremento nella convocazione della Sinodo diocesana in oggetto, i cui lavori si svilupparono "a tutto campo". L'adunanza era chiaramente propedeutica alla convocazione di un Concilio nazionale¹⁰⁷², che non si sarebbe mai celebrato per l'irriducibile opposizione dei presuli curialisti, espressa all'Assemblea degli Arcivescovi e Vescovi della Toscana riunita a Firenze nel 1787¹⁰⁷³. Perchè fossero fornite le necessarie *positiones* era infatti fondamentale che venissero precedentemente celebrate le Sinodo diocesane, delle quali fu riunita la sola pistoiese, le cui proposizioni eterodosse, favorite dalla partecipazione ai lavori di celebri studiosi critici nei confronti del primato giurisdizionale papale (come il Tamburini di Pavia), riuscirono ad irrigidire la maggioranza dell'episcopato, ancora strettamente legato alla Santa Sede come nell'epoca medicea.

La stessa figura di Scipione de'Ricci era densa di contraddizioni¹⁰⁷⁴: nipote dell'ultimo generale della Compagnia di Gesù, prima dello scioglimento disposto da Clemente XIV su istanza dei sovrani borbonici, era stato educato a Roma presso quest'ordine; nel 1766 aveva ricevuto l'ordinazione presbiterale divenendo collaboratore (e poi vicario) dell'arcivescovo fiorentino Incontri¹⁰⁷⁵, coadiuvandolo nella sua battaglia per un catechismo sostitutivo di quello bellarminiano. L'apprezzamento del metropolita, e soprattutto quello del Sovrano, gli valsero l'elevazione alla cattedra episcopale pistoiese il 24 giugno 1780, nella quale succedeva al Vescovo Ippoliti, le cui simpatie per i maestri di Port-Royal erano note¹⁰⁷⁶; la sua azione pastorale fu volta principalmente all'estirpare la superstizione (allora molto diffusa nel basso popolo) e a riordinare la vita dei regolari, presso i quali la disciplina era allora molto scaduta. Sebbene sia da riconoscere che egli ebbe molto coraggio nello sfidare l'impopolarità e la contestazione di una parte del suo

1069B. MATTEUCCI, *Giansenismo*, in *Enciclopedia cattolica*, VI, cit., pag. 357.

1070 *Ibidem*, pag. 358.

1071M. MACCARONE, *Johann Nikolaus Von Hontheim*, in *Enciclopedia cattolica*, VI, cit., pag. 1474

1072F. SCADUTO, *Stato e Chiesa sotto Leopoldo...*, cit., pag. 203.

1073 Per un sunto delle quali, si veda ANONIMO, *Istoria dell'assemblea degli Arcivescovi e Vescovi della Toscana*, Firenze, 1788.

1074 Per un'agile biografia, basata sulle Memorie del Ricci, si veda E. PASSERIN D'ENTÈVES, *Scipione de'Ricci dalla formazione giovanile all'esperienza sinodale*, in C. LAMIONI (a cura di), *Il Sinodo di Pistoia del 1786. Atti del convegno internazionale per il secondo centenario. Pistoia-Prato, 25-27 settembre 1786*, Roma, 1991, pag. 65.

1075V. *supra*.

1076E. PASSERIN D'ENTÈVES, *Scipione de'Ricci...*, cit., pag. 86-87.

stesso clero, tuttavia non può evitare di notarsi come anche agisse nella piena consapevolezza di avere le spalle coperte dal proprio Sovrano, il quale «era pervenuto a un suo specifico programma di riforma religiosa sul finire degli anni '70, con interventi che poi agli storici sarebbero apparsi come indovinati della "grande svolta" nella politica globale del riformismo toscano.»¹⁰⁷⁷ Tra questi vanno citati i "cinquantasette punti" proposti da Leopoldo al Ricci a dicembre del 1785, in merito alla riforma ecclesiastica, cui il Presule rispose il 6 gennaio del 1786, rielaborandoli ai fini della trasmissione all'episcopato l'11 giugno successivo. «Trattavasi di due testi piuttosto stringati, in cui comunque spiccavano gli accenti di premurosa fedeltà al Granduca, la netta, quasi perentoria proposta di provvedimenti in consonanza con i disegni del principe, il suggerimento ulteriore di libri giansenistici, l'impazienza di passare all'azione con il proprio Sinodo al più presto possibile, l'insistenza sul fatto che "i gravi sconcerti che turbano la Chiesa e lo Stato nascono tutti dalla confusione delle idee sulla potestà ecclesiastica [*puramente spirituale per la salute delle anime*].»¹⁰⁷⁸

Il 20 settembre 1786 fu su queste basi aperta la sinodo diocesana e il Ricci si premurò subito che i lavori si svolgessero sui binari da lui tracciati onde pervenire alle proposizioni che egli aveva già prospettato nelle risposte al Sovrano: allo scopo si costituirono due commissioni ristrette per procedere singolarmente allo studio dei decreti, i quali venivano trasmessi all'assemblea generale il giorno successivo per l'approvazione.

Il tema matrimoniale venne approcciato con un decreto *ad hoc*, che riprendeva le più note dottrine giurisdizionaliste sul punto, in Pistoia già espresse qualche tempo prima dall'Avvocato Nesti, canonista chiamato a collaborare ai lavori e autore del "*De dirimentibus matrimonium impedimentis*", (dedicata per altro alla memoria del Sarpi)¹⁰⁷⁹. Se della dottrina concernente gli sponsali si è già ampiamente parlato, circa il matrimonio vero e proprio conviene soffermarsi sul § VII del decreto sinodale, il quale aveva affermato che «certamente Gesù Cristo non meno vero Dio, che vero Uomo aveva in sua mano tutti i diritti de'Regni: ma essendo venuto nel mondo per istabilirvi un Regno tutto spirituale, e per meritare agli Uomini colla sua morte il diritto al regno de'Cieli, e non già per rapire i caduchi e i mortali; così volle lasciare liberissimo l'esercizio di quei diritti ai regnanti: ed ingiunse a tutti i viventi una soggezione perfetta alla

1077P. STELLA, *Saggio introduttivo* a Id. (a cura di), *La bolla Auctorem fidei nella storia dell'ultramontanismo (1794). Saggio introduttivo e documenti*, Roma, 1995, pag. XXXIV.

1078Ibidem, pag. XXXVII.

1079G.A. RASIER, *Analisi del Concilio diocesano di Pistoja celebrato nel mese di settembre dell'anno 1786 dall'Ill.mo e R.mo Monsig. Scipione de Ricci vescovo di Pistoia e Prato ossia Saggio de'molti errori contro la Fede contenuti nello stesso Concilio*, Assisi, 1790, pag. 196, "anatemizza" l'opera del giuriconsulto con parole di fuoco: «Tra le molte Operacce moderne sul proposito scritte con penna ardita, e degna di essere consegnata alla piena giurisdizion del Boja; due sono a giudizio le più perniciosi, ed audaci: quella cioè dell'Avvocato Nesti di Pistoja *De dirimentibus matrimonium impedimentis* all'Apostata Fr. Paolo Sarpi dedicata, e sul gusto suo distesa: Opera infame e diabolica, che meritò all'infelice Autore l'onore del seggio tra i canonisti del Sinodo Pistoiese; e il Sinodo stesso, che ha onorato incoparabilmente più codesto prode suo Giuriconsulto, adottando nel Decreto del matrimonio le medesime orribili empietà da esso lui scritte prima e pubblicate con scandalo della Chiesa.»

Sovranità della terra in tutto ciò che irguarda la pubblica exterior disciplinasenza distinzione veruna, come insegna il Crisostomo, tra laico, ed Evangelista, o Profeta, ed Apostolo o qualunque altro si voglia.» Da questa affermazione non poteva che derivare il diritto «alla suprema civil Podestà» di «prescrivere quelle leggi a tutti i contratti, ed in modo più singolare al contratto matrimoniale, le quali giudica spedienti per la tranquillità, per il vantaggio, e per il decoro delle famiglie nei propri Dominj», deducendosi ulteriormente da ciò che «ad essa soltanto *originariamente* spett[asse] l'apporre al contratto del matrimonio quella sorta di impedimenti, che lo rendono nullo e si dicono dirimenti.»¹⁰⁸⁰ E fin qui non si trattava che della ripresa delle più celebri definizioni gallicane; ma il decreto andava oltre, protestando «di non riconoscere un Sacramento nel Sacro rito destinato alla santificazione del matrimonio in quei casi, nei quali esso contratto fosse dichiarato nullo dalle Leggi sovrane; ma sivvero un attentato, ed una sacrilega profanazione», con ciò adottando la teoria espressa pochi anni prima dal Pothier, secondo la quale alla civile potestà sarebbe spettato un potere, ancorchè indiretto, anche sul sacramento, attesa la sua derivazione dal contratto civile. Si appellavano a testi di questa dottrina tutte le già ampiamente trattate opinioni patristiche e, soprattutto, la legislazione imperiale romana; il che non sorprende quanto il fatto che il decreto venisse approvato pressochè all'unanimità. Da esso derivò una supplica al Granduca perchè eliminasse l'azionabilità del foro degli sponsali, abrogasse gli *impedimenta publicae honestatis et cognationis spiritualis*, riducesse quello di affinità e cognazione al quarto grado (indipendentemente che derivasse da un'unione illecita), legiferasse sui matrimoni per sorpresa o tumulto popolare, comandasse ai parroci di non procedere alle pubblicazioni matrimoniali dei girovaghi, inaudito il magistrato civile competente. Ad essa Leopoldo faceva rispondere per mezzo del suo consigliere Seratti, il 4 novembre 1786, che «sopra la prima trova[va] giusto, che la promessa di sponsali non dia azione alcuna nel foro per obbligare i promittenti ad effettuare il matrimonio, ma dia soltanto l'azione civile per i danni e spese; e qualora sopra tale articolo conven[isse] formarne una Legge, questa [sarebbe stata] pubblicata. Rispetto agli articoli, che riguarda[va]no gli impedimenti di Pubblica onestà e di Cognazione spirituale, ed il limitare quelli di Affinità e Cognazione, [...] per avere un sistema uniforme ed eguale in tutta la Toscana,» si sarebbe rimesso «*alla cognizione e parere del Sinodo nazionale*»¹⁰⁸¹, *rilasciando frattanto ai vescovi la facoltà di provvedervi di mano in mano*¹⁰⁸², secondo quello che crederanno più conveniente. Stabilirà una pena per i Matrimonj fatti per sorpresa. E darà gli ordini perchè non possano farsi le denunzie de'Vaganti senza la permissione del Giusdicente.»¹⁰⁸³

La dottrina giurisdizionalista, che per la prima volta in Italia veniva fatta propria da un'assemblea del clero, uscendo così dal novero delle opinioni ereticali private, con la sanzione granducale venne trasmessa all'Assemblea dei Vescovi della Toscana, che

1080 *Ibidem*, pag. 198-199.

1081 In ciò l'influsso giansenistico era di tutta evidenza, spogliandosi la Sede Apostolica di una prerogativa rivendicata costantemente da quasi un millennio.

1082 Il che era indice di febronianismo.

1083 ANONIMO, *Istoria dell'assemblea...*, cit., pag. 91.

Leopoldo aveva adunata sotto la presidenza del Serristori con *motu proprio* del 14 marzo 1787, perchè discutesse dei celebri cinquantasette punti: del matrimonio si trattò alla sessione XVI (riunita il 28 maggio 1787 in Palazzo Pitti) partendo proprio dai *dicta* pistoiesi e dalla loro pentapartizione: ma fu in merito al foro degli sponsali che la "pugna" si fece più dura. Per il Vescovo di Soana la riforma era necessaria, in particolare a causa delle difficoltà date dalla stipula di sponsali occulti, oltre che la prassi delle Curie di dar valore financo a promesse verbali, le quali venivano utilizzate dalle giovani al fine di "accalappiare" partiti appassionati. Nonostante le problematiche venissero rilevate da pressochè tutto l'episcopato riunito, gli Arcivescovi metropolitani di Firenze e Pisa, strenui oppositori del Ricci, dal quale si ritenevano in qualche modo scavalcati, obiettarono non essere quella battuta dalla Sinodo la strada corretta, dovendosi piuttosto intervenire circa una maggiore solennità da attribuire al negozio sponsalicio, prevedendosi *ad validitatem*, la presenza di due testi oltre che dell'espresso consenso dei genitori. Altri, come il Vescovo di San Miniato, furono ancora più rigidi, affermando la nocività della legge granducale sugli sponsali, *enutritiva peccati*. Il Pastore aretino «sposò come un disordine irreparabile l'abbandono delle zittelle [*sic*], dopo avere lungamente conversato con lo sposo, ed il pregiudizio all'onore, e allo stabilimento delle medesime, quando fosse mancata una Legge che tenesse i giovani in dovere e frenasse la leggierezza delle loro voglie.»¹⁰⁸⁴

A queste obiezioni il Ricci oppose che l'eliminazione dell'azionabilità della promessa non dovesse essere intesa come tolleranza nei confronti dei seduttori di ragazze oneste ma fosse anzi posta a garanzia della sacralità del matrimonio, in quanto interveniva sulle unioni forzate rendendole impossibili, e comunque essendovi garanzia sufficiente nell'azione per i danni e le spese. Il Paribeni, canonista di corte, confermò la conformità di quest'ultimo rimedio al diritto naturale e alle norme tanto civili quanto canoniche, essendo già provate dalle leggi romane, senza che i Sacri canoni avessero mai disposto alcunchè in contrario sul punto. Pur fondate esse non convinsero un altro perito, il Lampredi che non si trattenne «dal reclamare altamente i diritti della buona fede, ch'egli volle rappresentare come lesi nella proposizione di togliere agli sponsali l'azione del foro per obbligare al matrimonio»¹⁰⁸⁵, sposando la proposta dei metropolitani quale l'unica adeguata alla necessità e che facesse altresì salva la giustizia sostanziale. Opinione non condivisa dal Canonico Palmieri, che da parte sua riaffermò la bontà della proposta pistoiese, in quanto l'obiezione dal perito sarebbe stata frutto di un equivoco tra la fedeltà alla parola data (questione di foro interno) e l'azionabilità del preteso diritto alla celebrazione; la questione fu chiusa dallo stesso Ricci, che diede la parola ai canonisti di corte perchè esprimessero il loro parere, unanimemente schierato accanto alle risoluzioni sovrane.

Meno compatto l'episcopato: come accennato da una parte si trovavano schierati i tre metropolitani (Firenze, Pisa e Siena) sostenuti dai presuli grossetano, cortonese, montepoliziano, i quali proposero una risoluzione, da "umiliare" al Granduca, onde convincerlo che fosse «abbastanza efficace rimedio a prevenire i disordini il comandare

1084Sul modello di quella di Cosimo III, detestata ed irrisa dalla popolazione.

1085ANONIMO, *Istoria dell'assemblea...*, cit., pag. 97.

che gli Sponsali non [dessero] azione nel foro, quando non [fossero fatti] col consenso dei Genitori di ambe le parti ed in presenza di due testimonj.»¹⁰⁸⁶ All'opposto otto vescovi¹⁰⁸⁷, in guisa quasi pilatesca, si rimettevano completamente alle risoluzioni sovrane, ed in particolare con tutti «quei provvedimenti che S.A.R. [avesse giudicato] più espedienti al miglior bene dei suoi Sudditi e si dichiararono di non avere da rilevare altro che i pregiudizj che ne deriverebbero alle fanciulle nell'essere abbandonate da un giovane che avesse contratti gli Sponsali»¹⁰⁸⁸; ciò avrebbe disonorato le giovani, inducendo a sospettare la presenza di difetti (fisici, caratteriali, economici) che le avrebbero costrette al nubilato vita natural durante.

Terzo ed ultimo "partito" era quello "capitanato" dallo stesso Ricci, coadiuvato dai confratelli nell'episcopato di Chiusi, Soana, Colle Val d'Elsa: le loro obiezioni furono "giuridiche" ancor prima che pastorali, in quanto partivano dall'assunto, già espresso dal Palmieri e ripreso ora dal Vescovo di Chiusi, secondo cui il diritto canonico non aveva potestà coattiva sulle persone, potendo soltanto irrogare (tramite la competente autorità) delle censure¹⁰⁸⁹; ne derivava la piena razionalità della norma abrogante l'azione sponsalicia, coniugata con il *favor* sovrano (cioè "ricciano") circa la «libertà del contratto matrimoniale», così i presuli di Soana e Colle. Queste posizioni furono ricapitolate dal Ricci, che si mantenne comunque assai defilato, limitandosi ad esprimere la sua approvazione circa la legislazione leopoldina, in modo da evitare che la diatriba degenerasse in una sorta di *referendum* sulla sua persona e, soprattutto, sul suo ruolo di consigliere spirituale del Sovrano.

Risolta in senso strettamente giurisdizionalista la *vexata quaestio* degli sponsali, l'Assise fu assai più celere nel determinarsi circa gli altri quattro problemi, i quali avevano (soprattutto quello sugli impedimenti), un peso teologico ben maggiore. Eppure su di essi la concordanza fu maggiore: addirittura l'arcivescovo di Pisa, una della guide dell'"opposizione" alla riforma degli sponsali, «distinse correttamente il contratto dal Sacramento»¹⁰⁹⁰, riconoscendo la potestà temporale sul primo e limitando i propri scrupoli al suggerimento di non agire *inconsulta Sede Apostolica*. Tuttavia il desiderio era quello che la questione fosse rinviata, per così dire, "alle calende greche", in quanto la risposta pontificia non avrebbe potuto che essere negativa e comunque sarebbe stata resa secondo le convenienze diplomatiche rilevate dalla Segreteria di Stato. Alla questione posta dal Granduca, il Primate di Sardegna e Corsica propose così di rispondere anfibologicamente con una *positio* che è un capolavoro di ambiguità: infatti «riconoscendo i diritti Sovrani sopra gli impedimenti del Matrimonio riguardato come Contratto, e ponendo mente dall'altra parte ai riflessi che merita il Sacramento unito al Contratto; nè credendo che l'Assemblea fu autorizzata a interpretare i Canoni del Concilio di Trento, ed avendo in vista la quiete delle coscienze, e di prevenire i dubbj

1086 *Ibidem*, pag. 99.

1087 Cioè quelli di Arezzo, Pescia, Fiesole, Montalcino, Massa, San Miniato, Volterra e San Sepolcro.

1088 ANONIMO, *Istoria dell'assemblea...*, cit., pag. 100.

1089 Pressochè la posizione si Occam e Marsilio, della quale si è trattato *Supra*.

1090 ANONIMO, *Istoria dell'assemblea...*, cit., pag. 102. Essendo l'anonimo autore espressamente schierato a favore delle riforme leopoldine, ben si capisce quale fosse la "correttezza" della distinzione.

sulla legittimità rispetto agli Stati esteri; i Vescovi sarebbero di sentimento, che si supplicasse il piissimo e religiosissimo Sovrano, che quando stimi conveniente al pubblico bene di eseguire in tutto o in parte il progetto, voglia che in affare così geloso si proceda con intelligenza e concerto del Capo della Chiesa.»¹⁰⁹¹

Il disegno del pisano era tuttavia troppo scoperto per non sollevare lo sdegno di quella parte di assemblea che concordava con le proposizioni giurisdizionaliste: all'opinione favorevole del vescovo di San Sepolcro, il perito Longinelli asserì che il potere di dispensa era proprio del vescovo, come avrebbe riconosciuto lo stesso Pio IV, soltanto che gli stessi non l'avrebbero esercitato per libera scelta. Il partito metropolitano, maggioritario, approvò la proposta pisana senza emendamenti, e ciò nonostante la posizione del Ricci, che si era espressamente richiamato a quanto approvato sul punto nella propria sinodo diocesana. Collegata a questa era la questione circa l'indispensabilità dei gradi più stretti, questione che fu tuttavia rigettata in quanto di estremo rigore e non conforme ai *dicta* tridentini; la fazione "leopoldina" propose di aggirare l'ostacolo gravando di pesanti tasse le procedure dispensatorie, in modo da rarefarle, proposta che venne tuttavia respinta in quanto direttamente contraria al decreto riformatorio tridentino che ne sanciva la gratuità.

In conclusione l'assemblea dimostrò la netta spaccatura dell'episcopato toscano, diviso tra una maggioranza curialista e un'audace minoranza riformatrice, paralizzata tuttavia dalla propria marginalità: questa la ragione per la quale, nonostante la circolare del 17 marzo avesse programmato l'apertura del concilio nazionale, esso non ebbe mai luogo: «il Granduca aveva infatti la prova evidente che la maggioranza dei vescovi avrebbe imposto nel concilio una linea diversa da quella ch'egli avrebbe voluto.»¹⁰⁹²

Il fallimento delle riforme leopoldine portò altresì la Santa Sede a non temere eccessivamente una propagazione del fenomeno "pistoiese": non a caso la bolla *Auctorem fidei* vide la luce in un contesto storico radicalmente mutato, quando il vero avversario era già divenuto il matrimonio civile e non più l'estremizzazione della dicotomia contratto-sacramento: la condanna come eretica della proposizione circa la potestà civile di porre impedimenti dirimenti, contenuta al n. LIX era sostanzialmente anticipatoria dei ripetuti anatemi contro le nozze laicizzate, piuttosto che integrativa della condanna della riforma sponsalicia leopoldina¹⁰⁹³.

4 – *I ducati emiliani.*

Passando ora a trattare di quegli stati, nei quali lo strumento codiciale "importato" dal Buonaparte fu conservato, si ritiene opportuno iniziare la trattazione dai due Ducati di Modena e Parma i quali, ad onta delle loro ristrette dimensioni e pur trattandosi di «due entità statali, per così dire, di provincia, nel lacerato universo religioso del tardo

¹⁰⁹¹*Ibidem*, pag. 102-103.

¹⁰⁹²P. STELLA, *Saggio introduttivo...*, cit., pag. XLIX.

¹⁰⁹³La quale fu definita "falsa" ma non eretica. Contrariamente a quella successiva, passata più in secondo piano tanto a Pistoia quanto a Firenze, che avocava al Principe secolare la facoltà di porre impedimenti dirimenti il matrimonio.

Settecento italiano»¹⁰⁹⁴. Entrambe infatti furono coinvolte nelle dispute di stampo giansenistico che accompagnarono il tentativo di completa "nazionalizzazione" della Chiesa toscana da parte di Pietro Leopoldo e, allo stesso tempo, trascorsa la bufera dell'invasione francese, ebbero il coraggio di non respingere completamente le novità dell'epoca dei lumi, dotandosi entrambe di una codificazione civile.

Partendo, nell'esposizione dal **Ducato di Modena**¹⁰⁹⁵, è appena il caso di ricordare come esso traesse origine dai domini estensi che, fino al 12 gennaio 1598, avevano quale capitale Ferrara, in detta data restituita alla Santa Sede (di cui era feudo) da parte di Cesare d'Este, che a ciò si era dovuto piegare a causa dell'estinzione del ramo principale della sua famiglia¹⁰⁹⁶. Trasferita la capitale a Modena, che era d'infedazione imperiale e non pontificia, lo stato pur non rivivendo i fasti dell'epoca della Rinascenza, in cui, per la propria vicinanza politica alla Francia, aveva più volte avuto un ruolo di primo piano nelle vicende italiane (e anche europee), lo Stato si pose sul binario di una serena decadenza: definitivamente scomparso il ramo maschile della casa ducale nel 1804, la successione venne acquisita dal ramo cadetto della Casa d'Austria che, da lì in poi, sarebbe stato noto come Austria-Este o Absburgo Este.

Procedendo per ordine, nel valutare quali fossero i rapporti tra gli estensi e la Chiesa, occorre rifarsi a quanto rilevato dallo Spinelli, secondo il quale essi «segnarono, invero, aspetti di rilievo, pur rimandando ispirati per lo più a principi di collaborazione per volere dell'una e dell'altra parte.»¹⁰⁹⁷ Quello che più è importante da rilevare è che, già dal 1771, il ducato estense si era dotato di una legislazione "protocodificiale" per iniziativa di Francesco III, che cercava di dare organicità alla tradizione del diritto comune, ispirandosi all'opera del Muratori "sui difetti della giurisprudenza" e alle Costituzioni piemontesi del 1723 e del 1729 (non mutuando però il forte giurisdizionalismo di queste).

In materia matrimoniale l'influenza del regalismo era più evidente che in altri campi del diritto¹⁰⁹⁸: pur lasciando la celebrazione alle forme stabilite dal Concilio di Trento il libro II, Tit. XXII, pgff. X e XIV del codice di Francesco III non esitò ad avocare alla giurisdizione statale tutte le cause circa la separazione dei coniugi, foss'essa temporanea o perpetua, e ai pgff. I e IV, invece, in controtendenza rispetto alle altre legislazioni europee, ammise i minori alla celebrazione nuziale, anche in assenza del consenso dei genitori, purchè vi fosse omogeneità di censo e ceto tra le coppie, prevedendo sanzioni in caso contrario (pgf. VII)¹⁰⁹⁹. Si trattava in sostanza della "razionalizzazione" delle gride

1094S. DA CAMPAGNOLA, *Echi e riflessi del sinodo di Pistoia nei Ducati di Parma e di Modena*, in C. LAMIONI (a cura di), *Il Sinodo di Pistoia...*, cit., pag. 371.

1095Per la precisione era Ducato di Modena, Reggio e Mirandola.

1096V. L. VON PASTOR, *Storia dei Papi...*, cit., XI, pag. 596 ss.

1097L. SPINELLI, *La regolamentazione del matrimonio nel ducato di Modena nei secoli XVIII e XIX*, in *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, 175, 1968, pag. 568. Si veda anche E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 614, il quale riassume con la consueta efficacia l'evoluzione legislativa modenese.

1098Anche qui in opposizione al "modello piemontese". Nella legislazione subalpina la completa regolamentazione e giurisdizione in materia matrimoniale sarà sempre riconosciuta alla Chiesa, fino all'unità d'Italia. In compenso lo Stato riceveva numerose concessioni in materia di patronato.

1099L. SPINELLI, *La regolamentazione...*, cit., pag. 565.

che il Duca aveva emanato nel 1755, contro i "matrimoni clandestini" (*rectius* "per sorpresa") e i ratti: erano infatti frequenti sia il caso di giovani nobili che contraessero illecitamente con popolane, ignorando tanto i divieti dei familiari quanto la condanna di una simile forma celebrativa da parte della Chiesa sia i ratti a fine di matrimonio, che spesso poi coincidevano a livello formale con i primi, trattandosi spesso di sequestri consensuali più che coatti. Erano comunque aspetti secondari: Francesco III non ritenne mai di sottrarre la competenza (e la giurisdizione) in materia matrimoniale alla Chiesa, tuttavia anche questi piccoli interventi, suscitarono la reazione di Pio VI, il quale si dimostrò già dal principio del proprio Pontificato geloso difensore dell'Autorità della Chiesa circa il contratto-sacramento nuziale *inter baptizatos*. Erano in particolar modo i paragrafi che si sono ricordati poco sopra a suscitare le ire di Roma, tuttavia il Papa, proprio allo scopo di non suscitare un irrigidimento assoluto, come quello che si era visto ai tempi del Tanucci a Napoli e che si sarebbe ripetuto con Giuseppe II di lì a poco, propose la stipula di un Concordato, ponendo però una condizione per l'avvio delle trattative, e cioè che lo strumento codiciale non potesse essere oggetto di censure in sede di accordo, dovendosi piuttosto realizzare una raccolta agile ed organica di tutte le norme di "polizia ecclesiastica". Con simili premesse non bisogna stupirsi che gli sforzi per la realizzazione del concordato fossero destinati a restare vani, in particolare per la presenza di ministri ducali di tendenza rigorosamente giurisdizionalista e che ebbero modo di accusare il proprio Signore di essere troppo accomodante con la "Corte di Roma".

Con il tempo questo partito "filo-imperiale" ebbe modo di svilupparsi e di diventare egemone, tanto da potersi rilevare come «all'epoca del Sinodo di Pistoia, nel Ducato estense le principali istanze giurisdizionaliste erano già state raggiunte; compresa quella di creare una Chiesa nazionale, lottando contro Roma in qualità di "sovrani cattolici".»¹¹⁰⁰ Non si trattava tuttavia, come in Toscana, di una singolare alleanza tra un Trono giurisdizionalista ed un Altare giansenista-febroniano; a Modena questo rapporto discendeva direttamente dall'ideologia di tipo muratoriano che aveva mosso il legislatore di quegli anni e, comunque, se in alcune materie essa si pose "di traverso agli interessi ecclesiastici", fu certo tra le più "moderate" dell'epoca (e ciò non solo in materia matrimoniale¹¹⁰¹), dandosi luogo all'introduzione del matrimonio civile soltanto con il Codice Napoleone e con il coevo concordato italiano. Seguita la Restaurazione, non più degli atestini ma degli Absburgo sul trono ducale, il potere ducale rinnovato fu più coraggioso di quello toscano o di quello pontificio: se infatti «i principi restauratori si

1100S. DA CAMPAGNOLA, *Echi e riflessi...*, cit., pag. 373 e pag. 375: «In diversi e ben documentati studi è stato del resto osservato come, nella diocesi di Modena, la cultura giansenistica abbia esercitato un'incidenza assai scarsa, soprattutto tra i parroci della campagna. Il caso di aderenza ad alcuni canoni pistoiesi nelle funzioni liturgiche e nelle pratiche di devozione popolare da parte di un parroco della bassa modenese costituisce un episodio che non dovette essere unico.»

1101L. SPINELLI, *La regolamentazione...*, cit., pag. 567: «Ciò non ostante nel Ducato estense, tanto sotto Francesco III, quanto sotto il suo successore, il figlio Ercole III, i rapporti tra Stato e Chiesa rimasero improntati ad un senso di equilibrio che non dette luogo a forti attriti tra i due poteri: in altri termini si ebbe l'affermarsi del giurisdizionalismo in senso confessionale, senza però avvertirsi atteggiamenti di ostilità dell'una o dell'altra parte, tali da creare seri motivi di frizione tra Stato e Chiesa.»

preoccuparono di riaffermare la validità civile del solo matrimonio religioso, in quanto ritenevano nocivo alla saldezza dello Stato e soprattutto alla ricostituzione cristiana della società il sostituire al matrimonio religioso il matrimonio esclusivamente civile»¹¹⁰², allo stesso tempo la forza penetrativa del disposto codiciale napoleonico era stata tale da rendere «assurdo pensare di poter tornare alle norme del Concilio di Trento, con il ripristino puro e semplice del matrimonio religioso, in quanto era convinzione comune che nel tempo la materia matrimoniale non dovesse e non potesse sfuggire alla competenza dello Stato, la cui presenza in qualunque manifestazione importante del cittadino era ormai avvertita come una viva esigenza.»¹¹⁰³

Comunque, come in Toscana e nei domini Pontifici, anche a Modena uno dei primi atti del governo restaurato del Duca Francesco IV (notificazione 2 maggio 1814), fu l'intervenire abrogando l'art. 75 del codice civile, così sancendo che «il contratto di matrimonio fra i cattolici non sarà valido, nè legittima la prole, se non dal momento in cui sarà celebrato secondo i riti prescritti dalla Chiesa per questo Sacramento» e facendo salva la legislazione in materia di stato civile (art.2)¹¹⁰⁴. Era un intervento che sarebbe stato confermato dall'editto 28 agosto 1814¹¹⁰⁵, con il quale il Duca nell'atto di riassumere il potere nel proprio Stato invocava in primo luogo la protezione dell'Altissimo, affinché gli accordasse «la grazia di conservare un inviolabile attaccamento ai principj della Santa Religione Cattolica, e di osservar fedelmente i suoi precetti, come la base», sulla quale egli riteneva fondarsi l'umana società.¹¹⁰⁶

Questi primi provvedimenti erano stati subito concretizzati, per quel che attiene al presente studio, con il decreto 28 maggio 1814, «che abrogava in pieno la "legislazione straniera ai costumi" e "contraria in alcune parti al pubblico interesse dello stato ed al benessere delle private famiglie, nonchè alle massime della nostra Santa Religione Cattolica»¹¹⁰⁷, ripristinando la vigenza del codice estense. Il ripristino non avvenne tuttavia in modo assoluto: si è già detto come, nel ritorno al diritto matrimoniale canonico quale unico diritto vigente per i matrimoni tra cattolici nello stato modenese, la notificazione 2 maggio 1814 mantenesse in vigore le disposizioni attinenti allo stato civile: in tal guisa si limitava l'autonomia dei parroci¹¹⁰⁸ giacché non era possibile che uno di questi celebrasse le nozze senza avere ricevuto il "nullaosta" dell'ufficiale di stato civile, venendo al contempo obbligato a trasmettere notizia dell'avvenuta unione all'ufficiale competente entro tre giorni da essa, a pena di sanzioni economiche nel caso

1102 *Amplius* O. GIACCHI, *La giurisdizione ecclesiastica nel diritto italiano*, Milano, 1937, pag. 6.

1103 L. SPINELLI, *La regolamentazione...*, cit., pag. 568.

1104 Si veda la *Collezione delle leggi, costituzioni, editti, proclami, ec. per gli Stati estensi*, I, Modena, 1814, pag. 2.

1105 *Ibidem*, pag. 4 ss.

1106 *Ibidem*, pag. 3.

1107 L. SPINELLI, *La regolamentazione...*, cit., pag. 570-571. Tra queste, ovviamente, il divorzio, stabilendosi che «la sola morte naturale di uno dei coniugi può sciogliere il vincolo del matrimonio validamente contratto.»

1108 Lo stesso era previsto per i "Ministri degli altri culti". Cfr. V. DEL GIUDICE, *La validità civile del matrimonio religioso negli stati italiani dopo la restaurazione*, in AA.VV., *Studi in onore di Enrico Besta*, IV, Milano, 1939, pag. 452.

di inadempienza. Ha pienamente ragione quindi Vincenzo Del Giudice quando rileva che la notificazione del 1814 ha un'importanza grandissima nella storia della legislazione italiana «per avere stabilito per prima la specifica forma di raccordo tra l'ufficio dello stato civile e il parroco assistente alla celebrazione del matrimonio, in modo che l'efficacia del matrimonio religioso di fronte alla legge civile fosse, se non proprio (almeno per allora) condizionata a determinati adempimenti civili precedenti o susseguenti alla celebrazione, con questi strettamente collegata.»¹¹⁰⁹ In sostanza lo Stato riusciva, senza traumi, ad assumere la preminenza nella celebrazione delle nozze dei sudditi, non solo di quelli cattolici, inserendosi non nella celebrazione ma in quella fase che oggi si chiamerebbe di "trascrizione", la quale ha importanza essenziale per rendere efficace ai sensi della legge civile il consenso scambiato nella prima. Bisogna limitarsi a prenderne atto, ma non è da escludere a priori che i paciscenti del 1929, nell'edificare il grandioso edificio giuridico del matrimonio concordatario, ormai ridotto ad un rudere, abbiano tenuto presente l'audace soluzione modenese di un secolo prima.

Tornando al ducato atestino, se la fine del XVIII secolo era stata caratterizzata dalla presenza in Modena di una classe dirigente più giurisdizionalista (e quindi, in qualche maniera, più moderna) del proprio Sovrano, il secondo decennio del secolo XIX si caratterizzò all'opposto per una prevalenza non di quei "cattolici-riformisti", che come Francesco IV non volevano "gettare via il bambino con l'acqua sporca", salvando gli istituti del cessato regime bonapartista la cui utilità era acclarata; «Il Ducato di Modena, infatti, fu uno tra i centri dei vari Stati italiani preunitari, ove dominarono un diffuso fermento di reazione ai principi della Rivoluzione francese e la tendenza di un ritorno alle vecchie tradizioni»¹¹¹⁰, non limitandosi la classe dirigente a riaffermare un generico legittimismo, quanto incaponendosi a rifiutare qualsivoglia esperienza post rivoluzionaria, in particolar modo con il rifiuto del principio di eguaglianza e financo tramite la speranza del ripristino di quei diritti feudali, che gli stessi Principi romani avevano ricusato a Leone XII. Frutto di queste pressioni fu il reale dispaccio 29 settembre 1814, seguito dal regolamento 2 dicembre, con il quale «venivano aboliti gli attuali uffici del registro di nascite, morti e matrimoni e istituiti dei nuovi uffici con compiti semplicemente statistici, in quanto dovevano formare dei libri delle nascite, morti e matrimoni sui "rapporti mensuali dei parrochi" e compilare su questi lo "stato della popolazione".»¹¹¹¹ In materia matrimoniale questo orientamento si esplicitò nella legge 8 maggio 1841, con cui si escludeva «ogni ingerenza dei magistrati secolari nelle cause matrimoniali, tranne ciò che si riferisca ai soli effetti civili e alle temporalità del matrimonio»¹¹¹²; si trattava di una legge dello Stato, non della ratifica di un accordo di

1109 *Ibidem*, pag. 453.

1110 L. SPINELLI, *La regolamentazione...*, cit., pag. 572.

1111 V. DEL GIUDICE, *La validità civile...*, cit., pag. 454.

1112 V. A. MERCATI (a cura di), *Raccolta di concordati in materia ecclesiastica tra la Santa Sede e le Autorità civili*, I, Città del Vaticano, 1954, pag. 740 ss. F. CONCI, *La Chiesa e i vari Stati...*, cit., pag. 74, lo chiama «Concordato di limitata importanza. Esso prese forma in un Breve del Papa del 30 aprile 1841 e di un decreto del Duca dell'8 maggio stesso anno e di due documenti complementari. Si stabiliva che le cause meramente civili fra ecclesiastici e laici erano di competenza dei tribunali ordinari, ma con l'intervento di un deputato ecclesiastico; le cause di materia ecclesiastica fra chierico e laico erano di

natura internazionale¹¹¹³ ma il Duca, nel preambolo, affermava di avere agito dopo essersi consultato con il Pontefice¹¹¹⁴, dunque la *mens* dei supremi legislatori era concordataria, ancorchè la forma fosse quella della legge interna. Queste prime innovazioni legislative erano da includersi, ai sensi del decreto 20 dicembre 1827, nel codice del 1771, senza però grande fortuna, in quanto il modesto aggiornamento venne frustrato dalle sommosse carbonare del 1831 e dalla morte del duca nel 1846.

A questo primo riconoscimento di Francesco IV, il successore omonimo, doveva dar seguito con la riforma codiciale del 1851¹¹¹⁵, eseguita «sulla base di un lungo lavoro legislativo»¹¹¹⁶, che porterà all'emanazione del decreto 25 ottobre dello stesso anno, con il quale si fissava l'entrata in vigore del nuovo strumento legislativo al 1° gennaio 1852. Il matrimonio era disciplinato al libro I, titolo I, secondo una collocazione ormai tradizionale, e costituiva un interessante esperimento di commistione tra i modelli napoletano e parmense, che a loro volta si erano ispirati alla notificazione modenese del 1814; così, il legislatore modenese, «tenendo presente quanto aveva disposto Francesco IV con la citata notificazione, codificò un sistema nuovo che in parte si avvicinava a quello detto propriamente misto, perché se da un lato disponeva la celebrazione del matrimonio secondo le leggi canoniche, dall'altro richiedeva condizioni e formalità cui le parti dovevano attenersi [...], però non indispensabili per la validità civile del vincolo, in quanto, in caso di omissione, determinavano soltanto responsabilità civili e penali a carico dei contraenti.»¹¹¹⁷ Particolarmente interessanti per gli scopi del presente lavoro sono gli artt. 73 e 74, ai sensi dei quali «la legge limita le sue disposizioni intorno agli effetti civili; a questo fine determina le formalità che devono precedere la celebrazione, la loro validità, i diritti e doveri che ne risultano.» La celebrazione, per i cattolici, avveniva «secondo le regole e colle solennità della Chiesa cattolica», disposizione che il capoverso dell'art. 74, estendeva anche agli altri culti tollerati, riguardo ai loro «riti». Lo Spinelli¹¹¹⁸, che più approfonditamente degli altri ha analizzato la legislazione estense, ha acutamente notato come «siffatta disposizione ci dia modo di osservare come il legislatore, per quanto riguarda il matrimonio canonico, abbia voluto sottolineare che l'istituto debba essere regolato nella sua essenza e nella sua sostanza dalla legge della Chiesa, giacchè fa richiamo alle "regole" dell'istituto medesimo, oltre che alla formale; al contrario per quanto concerne il matrimonio dei culti tollerati, il legislatore si limita a

competenza dei tribunali ordinari limitatamente al "possessorio". Veniva poi istituita una commissione composta di due canonici della cattedrale e di un procuratore statale per l'amministrazione dei benefici vacanti. Non mancavano altre disposizioni di minore importanza.» Più diffusamente si sofferma sul contenuto degli accordi P. FORNI, *I concordati estensi del 1841 e del 1851*, in *Rivista di Storia della Chiesa in Italia*, VIII, 1954, pag. 356-382.

1113Cfr. E. FRIEDBERG – F. RUFFINI, *Trattato...*, cit., pag. 99.

1114V. la *Raccolta di alcune leggi aventi stretta relazione col codice civile degli stati estensi*, Modena, 1852, pag. 5.

1115Cfr. P. VACCARI, *Corso di storia del diritto italiano. Parte speciale. Il diritto di famiglia nei codici italiani del XIX secolo*, Milano, 1956, pag. 46.

1116P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale...*, cit., pag. 185.

1117Il codice era considerato il migliore del suo tempo. L. SPINELLI, *La regolamentazione...*, cit., pag. 575-576.

1118Ibidem.

far richiamo ai "riti dei rispettivi culti", così da lasciare intendere che l'osservanza debba in tal caso riguardare l'aspetto formale della cerimonia.» Dunque non si trattava di una semplice "celebrazione delegata" ma di un vero e proprio rinvio codiciale alla disciplina canonica, del che stava ad ulteriore dimostrazione l'assenza di riserve circa il matrimonio religioso contratto all'estero, che l'art. 347 autorizzava purché «il cittadino entro quindici giorni dal suo ritorno del Regno ne presentasse documento autentico all'ufficiale pubblico del suo domicilio, che lo inserirà nei suoi registri.» Allo stesso modo, contrariamente alle moderne disposizioni concordatarie, dovevano considerarsi applicabili le forme speciali di celebrazione, non essendovi un richiamo alla sola forma ordinaria, *coram parocho et testibus*. Parimenti, in materia di impedimenti, si faceva riferimento a quelli canonici, anche se la legislazione introduceva alcuni di natura meramente civile quali la relazione pupillare, il lutto vedovile, il consenso genitoriale o, in mancanza, quello del magistrato (artt. 75-80); si abrogava inoltre quel divieto di nozze tra persone di diversa condizione sociale introdotto nel codice del 1771, che veniva sostituito dalla necessità di richiedere, comunque, il consiglio paterno (o in mancanza materno) fino ai 25 anni, età minima per la prestazione libera del consenso. Naturalmente il parere non era vincolante, essendo in qualche modo bilanciato dall'istituto dell'opposizione (libro I, titolo I, capitolo II), con cui i genitori e i tutori potevano impedire la celebrazione per i "gravi motivi", che potessero alterare la vita familiare: tra questi la carenza di mezzi di sussistenza, comportamenti contrari ai *boni mores* "provati o generalmente conosciuti", infermità o difetti impeditivi della procreazione. Questi erano da notificarsi tanto all'ufficiale dello stato civile quanto al parroco o al ministro del culto tollerato (art. 95) e, in seguito a processo, l'autorità giudiziaria che ne avesse constatata la presenza, poteva trasformarli in veri e propri "impedimenti", inibendo all'ufficiale dello stato civile di rilasciare il "nulla osta" al parroco e a quest'ultimo, per conseguenza, di procedere ad una celebrazione destinata a rimanere civilmente inefficace in quanto, ad ulteriore presidio, l'ufficiale di stato civile non avrebbe potuto registrarla e, quindi, munirla di effetti ai sensi del diritto statutale: perché potesse a ciò procedere era necessario che vi fosse sentenza del tribunale, che rimuovesse l'ostacolo.

Vi era infine un'ulteriore opposizione, ancorchè residuale: quella del "coniuge" (art. 86), che avrebbe potuto «opporsi al coniuge che tentasse di contrarre un altro matrimonio.» La razionalità della norma non è molto chiara: probabilmente era destinata agli ebrei, ove un tribunale rabbinico poteva ben emettere sentenza di divorzio secondo la legge mosaica. Non è quindi il caso di pensare che si trattasse di una sorta di iniziativa "laicistico-divorzista" *ante-litteram*, quanto piuttosto di una norma "di chiusura" volta a dare competenza al sistema. Non così la intese il Vescovo di Modena che, oltre a criticare quest'ultima norma come reintroduttiva del divorzio, elevò un attacco all'art. 96 del codice estense, in quanto faceva uso del termine "celebrazione" in riferimento all'intervento dell'ufficiale di stato civile, oltre che al declassamento dei registri parrocchiali, che avevano perso ogni valore probatorio agli occhi della legge civile. Ulteriori lagnanze erano dovute alla competenza giurisdizionale sull'opposizione *ex art. 86* in capo ai tribunali civili, che veniva vista come un *vulnus* della esclusiva competenza

ecclesiastica e agli adempimenti preliminari avanti all'ufficiale dello stato civile, necessari per il rilascio del "nulla osta".

Fu così che Francesco V cedette alle pressioni ecclesiastiche con il decreto 7 novembre 1855¹¹¹⁹, nel quale «visto che non si toglie ancora ogni apparenza che con [le disposizioni del codice civile] siasi voluto ripristinare il matrimonio come contratto civile», veniva abrogata la dichiarazione preliminare avanti al pubblico ufficiale (artt. 1-3), si stabiliva che la celebrazione ecclesiastica compiuta in pendenza di opposizione trovasse effetti civili qualora la sentenza fosse di rigetto dell'istanza, non dovendosi rinnovare lo scambio dei consensi¹¹²⁰. Le stesse norme, ai sensi dell'art. 8, erano estese anche ai seguaci dei "culti tollerati". Era il canto del cigno della legislazione ducale, alla vigilia della II guerra di indipendenza, che permette di concordare con lo Spinelli quando afferma che «l'urto dei tempi ha comunque esercitato una influenza relativa sulla legislazione matrimoniale estense, anche considerandola in sede comparativa con le legislazioni di alcuni altri stati preunitari»¹¹²¹, essa appare infatti molto più equa rispetto alle legislazioni nettamente separatiste, avendo saputo temperare la libertà religiosa con la necessità di certezza degli atti pubblici, al contrario di quel che avverrà con la codificazione unitaria del 1865¹¹²².

Venendo adesso al **Ducato di Parma**, originariamente d' infeudazione pontificia, poi assoggettato all'alta sovranità imperiale, caduto di nuovo sotto il dominio ecclesiastico nel 1521¹¹²³ e dopo un'aspra disputa con Carlo V, conferito nel 1545 alla Casa Farnese da Paolo III, che ne aveva tenuto il vescovado dal 1509 e che, una volta eletto al Soglio pontificio, aveva ritenuto di arricchire la propria famiglia con un possesso ricco e strategicamente essenziale, posto com'era a guardia della via Francigena che menava a Roma¹¹²⁴. Tralasciando le pur rilevanti dispute circa il ducato che si accrebbero sotto il pontificato di Giulio III, in questa sede sarà sufficiente ricordare come la pubblicazione dei decreti riformatori tridentini, ivi compreso il *Tametsi*, avvenisse sotto l'episcopato del celebre cardinale Alessandro Sforza di Santa Fiora (1560-1573), presule di indirizzo affatto mondano; la loro effettiva applicazione fu quindi differita all'episcopato del suo successore, Ferrante Farnese, anch'esso della medesima indole, ma che in quest'opera ricevette l'ausilio di Giovanni Battista Castelli, vescovo di Rimini, all'uopo inviato dal grande pontefice Gregorio XIII¹¹²⁵.

Estintasi (1731) la casa Farnese con Elisabetta, moglie di Filippo V di Spagna, il Ducato

1119V. *Raccolta di alcune leggi...*, cit., pag. 5-7.

1120Era una concessione di grande importanza, perchè trattavasi di un implicito riconoscimento della potestà della chiesa sul *matrimonium in fieri*.

1121L. SPINELLI, *La regolamentazione...*, cit., pag. 591.

1122Per P. VACCARI, *Corso di storia del diritto italiano. Parte speciale. Il diritto di famiglia nei codici italiani del XIX secolo*, Milano, 1956, pag. 54, «l'esperienza del Codice Estense è adunque probante perchè dimostra già che anche nei paesi più devoti alla Chiesa, l'autorità civile non poteva essere estranea alla disciplina del matrimonio.»

1123G. BERTUZZI, *Parma*, in *Enciclopedia cattolica*, IX, cit., pag. 847.

1124Per le questioni e dispute circa l'assegnazione farnesina del Ducato, si veda la ricostruzione semplice e chiara di L. VON PASTOR, *Storia dei Papi...*, V, cit., pag. 586 ss. e 636 ss.

1125Cfr. G. FONTANINI, *Della istoria del dominio temporale della Sede apostolica sopra i ducati di Parma e Piacenza. Libri III*, Roma, 1720.

passò al di lei figlio Carlo (I di Parma, VII di Napoli, III di Spagna), che in cambio della corona regale meridionale lo cedette all'imperatore Carlo VI, il quale pose a governarlo (seppur indirettamente) sua figlia Maria Teresa, che all'esito della guerra di successione austriaca (1748), con il trattato di Aquisgrana lo cedette al fratello del predecessore, Filippo, il quale diede vita alla dinastia che, con l'interruzione napoleonica e luigiana, doveva governare il ducato fino alla sua annessione al regno sabauda¹¹²⁶.

In epoca giurisdizionalista, giunto al governo Filippo di Borbone, le effettive leve del potere furono poste in mano a Guglielmo Du Tillot¹¹²⁷, «uomo di genio singolare che fu a lungo, come ministro, il perno dello stato, svolgendo un lavoro così progressista da poter attendere a molte riforme, che potevano apparire impensabili nel contesto di uno stato come quello di Parma e che furono adottate solo successivamente da stati, più progrediti»¹¹²⁸, in particolar modo nel campo della "polizia ecclesiastica". Che questi provvedimenti, tutto sommato moderati rispetto a quelli imperiali, non dovessero riuscire graditi alla Sede apostolica era ovvio, anche alla luce del disinteresse per le rivendicazioni papali operato dalle Potenze in sede di assegnazione del ducato alla casa di Borbone; essi non toccarono tuttavia la materia matrimoniale, pur proclamando nel 1768 l'unica giurisdizione (civile, ovviamente) e si concentrarono sull'eversione dell'asse ecclesiastico, nonchè sull'espulsione di Gesuiti e altri regolari. Licenziato nel 1771 a causa dell'inimicizia della duchessa Maria Amalia, il Du Tillot visse ancora abbastanza da vedere completamente sovvertita la sua politica giurisdizionalista, in favore di un curialismo "spinto".

E' stato rilevato che «nel ducato parmense la precipitosa inversione di tendenza della politica ecclesiastica abbia anticipato, a partire dagli anni 1771-1774 una "restaurazione" che sembrava doverlo rendere impermeabile alle incidenze giansenistico-pistoiesi. Ciò nonostante, benché Paolo Paciaudi C.R., ispiratore delle riforme del Du Tillot, fosse morto prima della celebrazione della Sinodo pistoiese, altri regolari di ispirazione giansenistica continuarono ad operare, pur senza riuscire ad influenzare il governo "filoromano" di Ferdinando di Borbone. Questo costante orientamento sarebbe

1126G. BERTUZZI, *Parma...*, cit., pag. 848.

1127«Uomo politico francese, nato a Bayonne il 22 maggio 1711. Compiuti gli studi a Parigi, entrò al servizio dell'Infante don Filippo di Spagna nel 1730, lo seguì nel 1749, quando questi prese possesso del ducato di Parma, come intendente della real casa. Si adoperò contro i privilegi civili della Chiesa, allontanando i Gesuiti e abolendo l'Inquisizione. Dedcò la sua attività riformatrice anche alla scuola: a lui si deve la *Costituzione per i nuovi regi studi* (1768). la sua politica gli procurò numerosi nemici, ma la sua posizione fu rafforzata dall'intervento di Luigi XV, che nel 1756, per pagare i debiti del ducato, ne impose la nomina a ministro delle finanze. Nel 1765 venne creato marchese di Felino ma, morto Filippo e successogli nel ducato Ferdinando, incontrò nuove difficoltà, anche per l'ostilità della duchessa [...]. Grazie all'appoggio della corte francese, governò ancora con poteri pressoché assoluti, insistendo nelle riforme, ispirate ad un convinto colbertismo. Nel 1771 una sommossa improvvisa mise in pericolo la vita del ministro che, costretto a lasciare Parma, morì poi dimenticato a Parigi nel dicembre 1774.» Così S. COTTA, *Guillaume Du Tillot*, in *Enciclopedia cattolica*, IV, cit., pag. 2015.

1128L. CORRADI, *La politica ecclesiastica degli ultimi Borboni a Parma*, Padova, 1992, pag. 5. «Ingegno versatile, si occupò non solo di ripristinare le finanze locali, esauste, ma anche di ridare alla città opere d'arte di cui era rimasta quasi priva, dal momento che l'infante Carlo, nel suo spostarsi nel Regno meridionale, aveva preso con sé tutto ciò che aveva ritenuto bello e degno di nota.»

stato definitivamente superato solo con l'annessione di Parma alla Francia, sotto l'amministratore Moureau de Saint Mery. I frutti dell'occupazione francese furono subito evidenti: il 12 luglio 1803 si emancipavano gli ebrei e il 3 giugno 1805 si estendeva ai territori di un ducato ancora formalmente indipendente il codice civile. Quanto al concordato napoleonico (francese), esso ebbe vigore¹¹²⁹ a far data dal momento del passaggio di Parma e della sua diocesi nelle file della Chiesa francese, con decreto 1° ottobre 1807, auspice il Cardinale Caselli, vescovo della Capitale.

La caduta di Napoleone, contrariamente agli altri stati italiani, non comportò un'immediata restaurazione sul trono dei dinasti spodestati ma vide il ducato affidato alla moglie del grande còrso Maria Luigia la quale, già con regolamento 15 giugno 1814, assumeva le proprie determinazioni circa la legislazione francese: venivano confermate «tutte le leggi civili e criminali e così pure tutti i regolamenti di amministrazione» allora in vigore «ma si dichiarava "sospesa la legge titolo V, libro I del codice civile che, in opposizione ai principii della religione cattolica, ammette il divorzio", insieme con le regole di procedura che vi avevano relazione; e si abrogavano gli artt. 74-76 del detto codice relativi al matrimonio civile, disponendosi che il matrimonio tra cattolici si dovesse celebrare innanzi al parroco, quello tra acattolici secondo i riti della propria religione.»¹¹³⁰ Allo stesso tempo non si abbandonava espressamente il Concordato napoleonico, salvo talvolta (approfittando della confusione circa la normativa vigente) ritornare alla legislazione strettamente giurisdizionalista del Du Tillot, in particolar modo allo scopo di rimpinguare un bilancio perennemente in passivo¹¹³¹.

Quanto alla prima modifica della legislazione civile, si trattava di una soluzione provvisoria, in quanto la Duchessa, di stirpe asburgica, non poteva rimanere completamente legata all'eredità francese, volgendosi piuttosto a Vienna per individuare una legislazione che, senza rinnegare il modello codiciale, potesse essere più adeguata all'epoca "di reazione" nel quale si svolgeva il suo governo. Proprio questa complessa posizione di Maria Luigia rese necessaria una nuova raccolta organica delle leggi civili, che viene giudicata «un ibrido fecondo»¹¹³² tra il modello napoleonico e quello asburgico: il mantenimento delle leggi ereditate dall'Impero fu presto coperto dalla decisa svolta assolutistica, solo apparentemente temperata dalla mitezza e dal «carattere paternalistico della politica della duchessa [che] resero il regime parmense uno dei più moderati, tanto da creare il mito del buongoverno di Maria Luigia»¹¹³³. Espressione di questo fu il "Codice civile per gli stati di Parma, Piacenza e Guastalla"¹¹³⁴ (quest'ultima poi ceduta a Modena), promulgato il 23 marzo 1820, la cui disciplina

1129Non invece gli articoli organici. Napoleone cercò di ottenerne dal Pontefice l'autorizzazione all'applicazione nel parmense, ma dopo un primo consenso orale seguì un rifiuto espresso.

1130V. DEL GIUDICE, *La validità civile...*, cit., pag. 454-455 e G. PIOLA, *Matrimonio (diritto civile)*, cit., pag. 1092.

1131Si veda ampiamente in proposito, L. CORRADI, *La politica ecclesiastica...*, cit., pag. 63 ss.

1132P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale...*, cit., pag. 181.

1133Ibidem, pag. 181-182, nota 91.

1134Per gli articoli del codice si confronti G. VACCARINO (a cura di), *Collezione completa...*, cit., pag. 371 ss.

Per una rapida panoramica della legislazione parmense si veda anche E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 614.

matrimoniale si poneva sulla scia del modello austriaco, sancendo la celebrazione religiosa secondo il criterio soggettivo¹¹³⁵. L'art. 34, infatti, «ripete il principio che il matrimonio si celebra giusta le regole e colle solennità prescritte dalla Chiesa cattolica: ma esso principio non è più assoluto, ma è espressamente riferito al matrimonio "tra cattolici", mentre viene ammesso che "per quanto riguarda gli ebrei, la cui religione è tollerata in questi stati, il matrimonio si celebra giusti i loro riti.»¹¹³⁶ Si trattava a ben vedere di un'elencazione tassativa, essendo concessa la celebrazione religiosa munita di effetti civili solo per i due culti indicati, non invece per eventuali altre comunità eventualmente presenti sul territorio del Ducato. Quanto agli adempimenti dello stato civile non venivano imposti a pena di inefficacia della celebrazione religiosa, limitandosi a stabilire questa sanzione per i soli matrimoni canonici contratti in violazione (o meglio non tenendo di conto) gli impedimenti alla civile efficacia, e cioè l'età dei nubendi, di quindici e diciotto anni a seconda del sesso, la mancanza di consenso genitoriale o tutorio, il lutto vedovile (art. 35).

Circa la separazione, l'art. 63 prescriveva che «la separazione di convivenza può implorarsi da uno de' conjugii»¹¹³⁷ nel caso di adulterio o delitto, abbandono doloso, depravazione, attentato alla vita del coniuge, maltrattamenti ingiurie, infermità con pericolo di contagio: casistica ampia ma soprattutto modernissima: l'adulterio della donna era infatti parificato con quello dell'uomo. Competente a giudicare era il tribunale civile (art. 67), il quale era obbligato a tener conto, in materia di mantenimento, dell'affidamento della prole.

Dunque, riassumendo con il Del Giudice¹¹³⁸, «il codice parmense lascia al diritto della Chiesa la disciplina degli impedimenti ad esso relativi e all'autorità ecclesiastica di accertarne l'esistenza», occupandosene lo Stato solo secondariamente, «ritenendo invalido il matrimonio canonicamente invalido e determinando la posizione giuridica diversa della prole nata fuori di matrimonio, secondo il diverso impedimento canonico preesistente tra le parti (art. 118-120)», nè si richiedevano pubblicazioni civili, in quanto le stesse erano già imposte al parroco dalla disciplina tridentina, limitandosi l'art. 301 a disporre che «prima della celebrazione del matrimonio gli sposi dovranno presentarsi al pubblico ufficiale del domicilio della futura sposa e dichiarare la loro intenzione di unirsi in matrimonio», allo scopo di fugare ogni dubbio circa la presenza delle circostanze citate dall'art. 35; il pubblico ufficiale avrebbe quindi annotato sul registro di matrimonio la dichiarazione, senza nulla trasmettere al parroco. Quest'ultimo, inoltre, una volta assistito alla celebrazione, non avrebbe dovuto inviare nessun documento allo stato civile, essendo tale compito posto in capo allo sposo che, entro otto giorni, doveva recapitare all'ufficio competente la fede di matrimonio sottoscritta da parroco e testi¹¹³⁹. Dal decreto 18 luglio 1834 n. 140 fu ammessa la "trascrizione tardiva", potendosi altresì recapitare la fede da parte di qualunque terzo.

1135P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale...*, cit., pag. 182.

1136V. DEL GIUDICE, *La validità civile...*, cit., pag. 471-472.

1137G. VACCARINO (a cura di), *Collezione completa...*, cit., pag. 381.

1138V. DEL GIUDICE, *La validità civile...*, cit., pag. 472-473 e E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 614.

1139*Idem* per il rito ebraico.

Interessante era infine la disciplina delle dispense dagli impedimenti, che l'art. 38 faceva dipendere dalla domanda da porsi al governo il quale, «secondo la qualità delle circostanze», si sarebbe messo «in ulteriore corrispondenza»¹¹⁴⁰ [cioè con la Sede apostolica]. Tale norma, chiaramente informata al principio settecentesco volto a negare il primato di giurisdizione pontificio e il diretto contatto del Sommo Pontefice con i fedeli, fu specificata a mezzo di interpretazione autentica fornita con "risoluzione sovrana" 7 dicembre 1820 n. 177, con la quale Maria Luigia prescriveva (art. 1) che quando un suddito necessitasse di tale *relaxatio legis in casu particulari* dovesse ottenere l'assenso ducale per rivolgersi al Pontefice, da richiedersi attraverso istanza alla Presidenza dell'Interno, che avrebbe provveduto (tra l'altro) *consulto loci Ordinario*. All'atto della celebrazione erano poi da presentare al celebrante tanto l'autorizzazione al ricorso romano quanto il rescritto pontificio (art 8).

Questa, riassumendo all'estremo, la disciplina che la II guerra di indipendenza avrebbe trovato vigente nell'ameno ducato emiliano, resa ancor più interessante dall'assenza di un Concordato con la Santa Sede che prendesse in considerazione la materia matrimoniale: infatti, nonostante con foglio del 15 maggio 1854, l'allora incaricato d'affari in Toscana mons. Massoni venisse invitato dalla Curia a recarsi a Parma «per prendere contatto col locale governo, onde rendersi conto della situazione della Chiesa e degli interessi ecclesiastici di colà e sondare cautamente la possibilità di addivenire ad un concordato», il che sembrerebbe far propendere per l'abrogazione di quello napoleonico che, nei fatti, sembrava essere stato mantenuto tacitamente vigente. La diatriba risulta tuttavia irrilevante in materia matrimoniale, essendo stato abrogato già dal 1814 il matrimonio civile e, conseguentemente, le disposizioni degli articoli organici (anch'essi applicati di fatto) sulla priorità della celebrazione civile rispetto alla religiosa.

5 – Il Regno delle Due Sicilie.

Il trattare dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa nelle due Sicilie è argomento affatto complesso, sì denso da meritare più un trattato che un semplice paragrafo; infatti, anche un singolo aspetto, quale la competenza legislativa e giurisdizionale in tema matrimoniale presenta aspetti diversi ed oltre modo ostici, come si ebbe modo di rilevare trattando dell'Assisa di Re Ruggiero¹¹⁴¹ o dei numerosi statuti comunali, divergenti anche a poche miglia di distanza l'uno dall'altro. Questo a livello di microcosmo; a livello immediatamente percepibile, invece, debbono distinguersi i territori di qua e di là dal faro: i primi, anche se alla fine solo teoricamente, di infeudazione ecclesiastica, rammentata fino all'ultimo dall'"omaggio della chinea", i secondi eretti in Regno proprio già dal tempo dei normanni, con caratteristiche e tradizioni diverse da quelle della Penisola, sin dal tempo di Roma, quando la Sicilia era stata la prima provincia e non una regione d'Italia. Si può così dire con Scaduto¹¹⁴² che «le caratteristiche principali

1140G. VACCARINO (a cura di), *Collezione completa...*, cit., pag. 379 e V. DEL GIUDICE, *La validità civile...*, cit., pag. 473, lettera b).

1141Cfr. *Supra*, parte II, cap. I e II.

1142F. SCADUTO, *Stato e Chiesa nelle due Sicilie*, I, Palermo, 1969, pag. 27. L'opera dello Scaduto è

della storia siculo-napoletana dei rapporti fra Stato e Chiesa sono le seguenti: 1° la Legazia Apostolica dei re di Sicilia, ossia il privilegio di funzionare da Legati del papa nell'isola, e di impedire perciò gli appelli a Roma; 2° lo scopo puramente, o quasi civile delle riforme borboniche dello scorso secolo [XVIII *N.d.A.*], diversamente da quelle contemporanee toscane informate più al concetto di una riforma interna alla Chiesa stessa¹¹⁴³; 3° anzi, massime sotto il ministero del Caracciolo, e specialmente negli anni 1788-89, si lasciano stampare ed introdurre dall'estero libri addirittura razionalisti, il che non si tollerava dal pio Leopoldo in Toscana.» Il maestro siciliano, nonostante questi interventi ministeriali davvero innovativi, non accettava tuttavia l'opinione del Colletta¹¹⁴⁴ secondo cui Napoli sarebbe stato il primo regno italiano a scuotere il "giogo ecclesiastico", collocando correttamente (nè avrebbe potuto essere altrimenti) il "movimento giurisdizionalista" napoletano, altrimenti detto Tanuccismo, all'interno del generale fenomeno europeo di emersione della figura dello Stato sovrano, come si può arguire dalle pagine precedenti per quanto attiene alla materia matrimoniale.

Facendo un brevissimo salto indietro sarà appena il caso di ricordare come, già dall'epoca tardomedievale, il Regno di Napoli e quello di Sicilia fossero divenuti dominio della casa di Aragona e, successivamente al matrimonio di Giovanna (figlia dei Re cattolici) con Filippo il Bello d'Austria, fosse divenuta parte dei domini del loro figlio Carlo e relictta, all'atto della sua abdicazione, al suo primogenito Filippo II di Spagna. Di qui, riprendendo la nostra narrazione dalla conclusione del Concilio tridentino, conviene ricordare quanto già si disse relativamente alla sua accettazione "condizionata" da parte del Sovrano spagnolo, con il limite cioè della salvaguardia dei diritti regi; tra questi, di somma importanza era la legazia apostolica sicula, di cui ci si è già occupati di sfuggita e la cui storia costituisce certamente uno dei capitoli essenziali della storia del diritto ecclesiastico italiano, avendo mosso molte dispute fino alla legge delle Guarentigie, che in nome del separatismo liberale vi avrebbe fatto rinuncia espressa.

Non deve quindi stupire che, nonostante il 27 luglio 1564 Filippo II avesse comunicato al Vicerè napoletano duca di Alcalà la sua accettazione del Concilio¹¹⁴⁵, questi attendesse ad obbedire all'ordine di pubblicazione. Probabilmente in tacita intesa con il suo signore, il rappresentante spagnolo, nonostante obbedisse formalmente alle indicazioni provenienti da Madrid, «chargea secretement le Régent François-Antoine Villano, de lui faire une note des toutes les articles des Décrets qui étoient préjudiciables à la jurisdiction royale, afin de les envoyer au Roi.»¹¹⁴⁶ Non vi furono particolari lagnanze

monumentale: per un rapido sunto del diritto ecclesiastico nel meridione d'Italia si veda F. RUFFINI, *Relazioni...*, cit., pag. 186, riportato anche in E. FRIEDBERG – F. RUFFINI, *Trattato...*, cit., pag. 90 ss.

1143L'Autore fa riferimento, ovviamente, alla citata Sinodo di Pistoia. Si veda *Supra*, Parte II, cap. III, par. 3.2.

1144P. COLLETTA, *Storia del reame di Napoli*, X, II, § 25, Malta, 1839, pag. 940. «Derivarono da ordinamenti napoletani le prime in Italia rivendicate a libertà dalla tirannia della Chiesa e il frenato sacerdozio. L'autorità di quelle leggi venne dal Re Carlo Borbone; il consiglio dal ministro Tanucci, la forza dal popolo.»

1145F. MIGNOT, *Histoire de la réception du Concile de Trente dans les différens Etats catholiques, avec les Pièces justificatives*, I, Amsterdam, 1756, pag. 26.

1146Ibidem, pag. 28.

sul tema matrimoniale (non ancora almeno), ma le stesse furono provocate dagli stessi Presuli napoletani, che operarono un'interpretazione estensiva dei Canoni conciliari, allo scopo di irrogare loro stessi pene secolari, bandi e imprigionamenti nei confronti dei concubinari, nonostante la lettera del decreto di riforma imponesse semplicemente che, dopo l'ammonizione ecclesiastica, la loro punizione fosse affidata al braccio secolare: sul punto si distinse in particolare il Vescovo di Gravina, che il 21 giugno 1567¹¹⁴⁷ fece egli stesso imprigionare un concubinario. La reazione del Duca di Alcalà fu immediata: «il écrivit au docteur Trail de Trojanis Commissaire dans cette ville, de faire ensorte que ce prisonnier fût incessamment remis entre les mains de Juge Laique, à qui il appartenoit d'en connoître.» La medesima contingenza si presentò l'anno successivo con l'arcivescovo di Cosenza, obbligando ancora una volta il duca a imporre la consegna di un concubinario prigioniero dell'autorità ecclesiastica, tramite lettere non solo all'uditore competente, tale Staivano, ma financo al governatore della Calabria, conte di Sarno: a quest'ultimo, visto che i precedenti richiami erano rimasti ignorati, ordinò che un ulteriore silenzio da parte dell'autorità ecclesiastica, sarebbe stato interpretato come un vero e proprio schiaffo alla corona di Sua Maestà Cattolica, autorizzando conseguentemente il braccio secolare ad assaltare e bruciare la prigioniera, pur di mettere in libertà colui che vi era illegalmente detenuto.¹¹⁴⁸ Questi netti abusi ecclesiastici, sempre più difficili da stoncare man mano che il tempo trascorreva, costrinsero il Viceré a scrivere a Filippo II, per rappresentargli la difficoltà di condurre a ragione l'episcopato sul punto: la collera dell'Absburgo fu tale che venne rimproverato al rappresentante della corona di essere stato fin troppo indulgente con i presuli, i quali avrebbero dovuto essere minacciati di essere scacciati dal Reame e di vedersi sequestrate le rendite delle loro Chiese. Informato di queste intenzioni l'Alcalà ritenne che sul punto fosse necessario trovare una mediazione: del resto questioni più importanti di giuspatronato e di giurisdizione erano sul tavolo e per guadagnare il massimo ove convenisse, soprattutto economicamente, ben valeva la pena lasciare un poco di terreno all'avversario in materia prevalentemente spirituale e, soprattutto, nella quale si coinvolgevano soggetti di dubbi costumi. Venne perciò ordinato a tutti i baroni e commissari regi sul territorio napoletano che, qualora i vescovi si fossero limitati ad irrogare le censure ecclesiastiche, senza arrogarsi punizioni che lo stesso Concilio tridentino aveva relitte al braccio secolare (conformemente del resto alla tradizione canonica) questo procedesse a sostenerli con tutto il vigore necessario: politica che venne poi applicata da tutti i suoi successori finché durò il governo spagnolo del meridione¹¹⁴⁹. Quanto alla questione della celebrazione *in facie Ecclesiae*, il tema nelle due Sicilie era sostanzialmente irrilevante, attesa la più volte citata normativa di origine normanno-bizantina che l'aveva imposta all'inizio del millennio, poi corroborata dalle prescrizioni federiciane date per il continente allo scopo di fornire anche lì ulteriore certezza alla nascita del vincolo.

Bisogna quindi attendere il settecento, con la separazione definitiva tra la corona

1147 *Ibidem*, pag. 47.

1148 Lo stesso avvenne anche con il Vescovo di Bojano.

1149 F. MIGNOT, *Histoire de la réception...*, pag. 48 ss.

spagnola e quella napoletano-sicula, per vedere diffuse anche nel meridione d'Italia quelle dottrine giurisdizionaliste delle quali ci si è ampiamente occupati e che, si presentavano sostanzialmente eguali, di qua e di là delle Alpi e dei Pirenei, spesso accompagnandosi ad una campagna "moralizzatrice" di impianto giansenistico, volta a distrarre gli ecclesiastici dagli scopi politici realmente perseguiti. Si può dunque dire, con lo Spinelli¹¹⁵⁰ che, fino all'ottocento «il codice delle costituzioni normanno-sveve rimase sempre il nucleo del diritto del Regno delle Due Sicilie, anche quando nel secolo XVIII, sotto l'influenza delle tendenze giurisdizionaliste confessionali, lo Stato cominciò a rivendicare i propri diritti in materia matrimoniale, dettando norme circa la capacità dei contraenti e gli impedimenti alla celebrazione.»

Stranamente non si può dare al Tanucci¹¹⁵¹, per quanto «spregiudicato»¹¹⁵² egli fosse, la palma di avere portato nei "lumi" la legislazione matrimoniale: più incisivo sul punto fu il successore Caracciolo, ma certo al geniale ministro di Carlo e Ferdinando si deve l'ispirazione e la guida che, con la breve sosta dell'accordo del 1741, avrebbe dovuto portare il giurisdizionalismo napoletano assai innanzi, secondo forse soltanto all'ultimo gallicanesimo. Eppure l'inizio del secolo sembrava aver fatto ben sperare per gli scopi della Sede Apostolica: la Prammatica I del 18 ottobre 1718¹¹⁵³, riproponeva la

1150L. SPINELLI, *La legislazione matrimoniale delle provincie matrimoniali dopo l'unità d'Italia*, Milano, 1953, pag. 6.

1151«Professore di diritto a Pisa, seguì Carlo di Borbone nel Regno di Napoli ed ivi fu segretario di Stato di Grazia e Giustizia e, successivamente, degli Esteri e di Casa Reale. Si propose di dotare il Regno di un codice organico di leggi, ma l'iniziativa fallì per intrighi di corte. [...] Per quanto [egli], contrariamente ai principi e alle tendenze dominanti, si sia dimostrato piuttosto scettico nei confronti degli effetti delle riforme, tuttavia i suoi tentativi, volti ad evitare abusi e a rafforzare il potere regio, rappresentarono per il Regno un innegabile e notevole progresso. Si preoccupò specialmente della limitazione del potere ecclesiastico, ma la sua azione non era guidata da irreligiosità bensì dalle sue concezioni politiche che talvolta resero estremamente difficili i rapporti tra Chiesa e Stato. Malgrado nel 1741 fosse stato stipulato con Roma un Concordato, cui aveva molto contribuito il Tanucci stesso, nel 1746 si ebbero i primi dissidi, provocati dal tentativo di introdurre nel paese l'Inquisizione.» Ma fu durante la minorità di Ferdinando di Borbone che il suo potere divenne pressochè illimitato. Cfr G. CONIGLIO, *Bernardo Tanucci*, in *Enciclopedia cattolica*, XI, cit., pag. 1734-1735. Circa il periodo ultimo citato si veda R. MINCUZZI, *Bernardo Tanucci ministro di Ferdinando di Borbone. 1759-1776*, Bari, 1967.

1152E. FRIEDBERG – F. RUFFINI, *Trattato...*, cit., pag. 90.

1153Per il testo si veda S. DI BELLA (a cura di), *Chiesa e società civile nel settecento italiano*, Milano, 1982, pag. 48-49: «Essendosi conosciuto sin da'primi Secoli della Chiesa cattolica in ogni tempo perniciosissimo l'uso de' Matrimoni Clandestini, non solo per quello, che concerne al bene spirituale delle anime, ma anche al buon governo temporale delle Repubbliche, ed alla pubblica quiete de'popoli, perciò non solamente dalla Santa Romana Chiesa Cattolica e da'Sommi Pontefici, e da' Sacri Concilj sono state date tutte le provvidenze per l'estirpamento totale di quelli, ma parimente quasi da tutt'i Principi e le Nazioni in coadjuvamento delle leggi Ecclesiastiche, e per la più sicura osservanza delle medesime, come anche per lo bene temporale de'loro sudditi, sono stati proibiti ne'loro Dominj, sotto rigorosissime pene, e nel nostro regno con particolare Costituzione del Re Ruggiero sotto la Rubrica *de matrimoniis contrahendis*. Ma perché la legge di detta Costituzione nel corso del tempo s'osserva essere andata in desuetudine e la malizia de' tempi fa conoscere esserne di tale specie di Matrimoni, con vie fraudolenti, improprie, e violente, contra la forma prescritta da S. Canoni, e Concilj avanzato l'abuso, reso pur troppo frequente particolarmente in questa fedelissima città, e Regno, senza che l'uso delle sole pene Ecclesiastiche, quantunque praticate con il dovuto zelo, e rigore, sia stato sufficiente ad estinguere, nè pure a reprimerne la frequenza, perciò venendoci anche insinuato dalla paterna carità e zelo del

legislazione normanno-sveva, condannando fermissimamente la pratica dei matrimoni clandestini (propriamente detti e per sorpresa). Si trattava tuttavia di un riconoscimento che portava in sè importanti conseguenze: infatti non si faceva riferimento diretto ai canoni tridentini ma soltanto alle leggi plurisecolari del meridione, attraverso un atto unilaterale del sovrano cattolico esercente la sua "tutela" sulla chiesa. Questa la ragione per la quale Benedetto XIV, giurista raffinato e soprattutto ricco di buon senso, ritenne che fosse necessario inserire, all'interno del concordato del 2 giugno 1741, una clausola che ribadisse come fossero le prescrizioni tridentine (pubblicate da quasi due secoli) a disciplinare la celebrazione matrimoniale e non le antiche e novelle disposizioni regie¹¹⁵⁴.

Se con l'accordo del 1741 era stata blindata la competenza ecclesiastica circa il momento *in fieri*, si ritenne di corroborare la conquista attraverso la pubblicazione della "*declaratio benedictina*", in merito alla quale, il 27 gennaio 1742, era stato "umiliato" al Sovrano dai consiglieri incaricati il parere di rispondere al Nunzio richiedente l'*exequatur* che quella e la *Satis vobis* sarebbero state pubblicate, ma altresì che «con un tal beneplacito» non si intendeva «pregiudicare alli Regali Diritti di Sua Sovrana Potestà, toccanti gli effetti civili di tali Matrimonj.»¹¹⁵⁵ L'ispirazione giurisdizionalista di questa pubblicazione condizionata venne presto attestata attraverso numerosi interventi: se da un lato si cercava di dare una soddisfazione alla Chiesa nominando i vescovi giudici regi delegati per molte cause miste (es. concubinato, stupro e lenocinio) allo stesso tempo si tenne fermo al principio secondo cui, «quanto agli sponsali ed alle nozze si riconobbe nelle curie ecclesiastiche la competenza solo riguardo alla validità, non ancor rispetto all'esistenza ed ai rapporti meramente civili.»¹¹⁵⁶

In questo senso debbono leggersi i rescritti emanati in pieno governo tanucciano, i quali «non arrecarono sostanziali modificazioni all'istituto del matrimonio tanto da sottrarre

signor Cardinale Arcivescovo di questa Capitale per dar opportuno rimedio ad un male cotanto pregiudiziale all'universale, e pubblica quiete de' fedelissimi sudditi di questa Città e Regno, abbiamo stimato, moderando il rigor delle pene stabilite in detta Costituzione, far la presente Prammatica, colla quale per quanto a Noi s'appartiene, proibendo di bel nuovo a maggior cautela, e non altrimenti l'uso de' Matrimonj suddetti Clandestini senza le debite solennità prescritte da' Sacri Canoni e Concilj, ordiniamo e comandiamo, che da oggi in avanti (*citra praejudicium* delle pene incorse) chiunque contrarrà tale matrimonio, incorra nella pena, tanto dalla parte della sposa, quanto dello sposo, essendo Nobili, di ducati duemila per ciascheduno, e gl'Ignobili della pena di ducati mille per ciascheduno, *Fisco Regio*, oltre alle pene corporali, tanto a' Nobili, quanto agl'Ignobili a nostro arbitrio; e vogliamo, che nelle medesime pene, tanto pecuniarie, quanto corporali incorreranno tutti quei di qualsivoglia stato, grado e condizione, che in qualunque modo cooperassero, o fossero complici, fautori, volontariamente assistenti per Testimonj, ol per altro a simili Matrimonj clandestini [...]

1154L. SPINELLI, *La legislazione matrimoniale...*, cit., pag. 6. Per il testo del Concordato si veda A. MERCATI (a cura di), *Raccolta di concordati*, cit., pag. 338 ss. In particolare capo VI artt. 2 e 3, pag. 354: «2. La cognizione e punizione del delitto di poligamia apparterrà alla sola potestà ecclesiastica. 3. Spetteranno parimente a' soli giudici ecclesiastici privatamente le cause matrimoniali, nelle quali si tratti sopra la validità o la invalidità sì del matrimonio come degli sponsali.»

1155S. DI BELLA (a cura di), *Chiesa e società civile...*, cit., pag. 61.

1156F. SCADUTO, *Stato e Chiesa nelle due Sicilie*, I, cit., pag. 252. Alla nota 28 vi è un ampio florilegio di esempi circa la costanza di questa rivendicazione, estesi lungo tutta la seconda metà del XVIII secolo e fino alla vigilia del concordato del 1818.

il vincolo alla disciplina canonica»¹¹⁵⁷ ma della cui importanza non è concesso dubitare: in particolar modo rilevante era il dispaccio 9 luglio 1746 e soprattutto il rescritto dell'11 novembre 1758, con cui si propugnava per la prima volta la teoria scindente il contratto dal sacramento, con esplicita asserzione circa l'ancillarità ed accessorietà del secondo rispetto al primo. Non si pretendeva ancora la costituzione di un vero e proprio vincolo meramente civile ma, allo stesso tempo, si iniziava ad intaccare l'esclusivismo ecclesiastico, distinguendo tra impedimenti ecclesiastici e civili (con ciò rivendicando la potestà di dettarne) e differenziando il foro giurisdizionalmente competente sulla base della autorità che avesse in concreto posta la norma da applicare. Nonostante ciò, ancora con i rescritti 28 luglio 1759¹¹⁵⁸ e 15 marzo 1762, si riconosceva il foro ecclesiastico come l'unico competente a giudicare in materia di validità del vincolo. Ma già un decennio dopo, con la pragmatica del 26 giugno 1771, si introduceva il primo impedimento civile vero e proprio, quello relativo ai figli di famiglia, cui veniva interdetto l'accesso alle nozze¹¹⁵⁹. Seguivano ancora due lustri e il Sovrano, richiamando

1157L. SPINELLI, *La legislazione matrimoniale...*, cit., pag. 6-7.

1158Ecco la parte più rilevante del testo: «Ricorse sul principio di questo corrente anno D. Delia Sanseri al Re, dolendosi che cotesta Curia Arcivescovile nello aver proceduto alla decisione della causa della Poligamia da lei imputata a D. Francesco Amati, trascurato abia di esibire il processo a Sua Maestà, giusta i Regali ordini del 1746. In seguito di tal ricorso, che riguarda un punto, che assaissimo interessa la pubblica quiete di questo Regno, il Re, avendo voluto rimanere assicurato de'fatti esposti, ha rilevate due cose. La prima, che a ricorso del suddetto Amati cotesta Curia abbia proceduto a ordinare a D. Delia Sanseri di riunirsi con quello e di passare al medesimo gli ossequj maritali. L'altra, che, avendo poi la medesima donna intentato avverso dello Amati querela per poligamia, effettivamente da cotesta Curia sia stato trasgredito il Regal editto del 1746. Circa al doversi nelle due stabilite volte presentare il processo a Sua Maestà. Siccome però la Maestà Sua è rimasta accertata che, questo affare essendosi trattato dal 1749, fino al 1753., la trasgressione del Regale editto venne operata da passati Ministri sotto lo antipassato Cardinal Arcivescovo, così non è in grado presentemente di farsene da' medesimi render conto. Ad ogni modo, però, affinché non rimanga senz'ammenda la memoria di loro inubbidienza: Vuole Sua Maestà, e seriamente ne avverte la presente Curia, che costantemente in avvenire osservi la regale risoluzione de'29 dicembre 1746, in tutte le sue parti e specialmente in quella, nella quale si stabilisce che, [...] a tenore del capitolo VI del Concordato, non debba essa Curia procedere né a citazione, né a carcerazione dello inquisito [...]. Comanda inoltre Sua Maestà, che appartenendo alla Potestà Ecclesiastica le sole cause matrimoniali, nelle quali si tratta della validità de'matrimonj, e degli sponsali, quante volte manchi una tale circostanza, e si tratti soltanto della renitenza di alcuno de'coniugj disgiuntosi di fatto dallo altro a riunirsi, e di doversi a ciò astringere; si astenga essa Curia da procedere a Censure, o ad altro qual siesi atto autorevole: potendo la parte, che ne faccia richiesta, ricorrere al Giudice Laico, per obbligare l'altra alla debita unione, precedentii le cautele necessarie alla indennità di qualunque offesa. [...]» S. DI BELLA (a cura di), *Chiesa e società civile...*, cit., pag. 66-67.

1159Ibidem, pag. 67 ss. Vale la pena riportare i passaggi più interessanti del testo che, se da un lato è sostanzialmente mutuato dalle idee gallicane, contiene *in nuce* molti spunti, non ultimo quello del *seminarium reipublicae*: «I Matrimonj furono il principal mezzo, perché l'umana società si propagasse, e sussistesse, la natura li suggerì, la legge li regolò, il vicendevole consenso, ed unione li venne a perfezionare. Come da questo vincolo derivarono le famiglie, dalle famiglie le società; così la felicità di queste dal bell'ordine Civile e Politico riconobbe la sua sorgente. Quindi i savj legislators riguardavano sempre i Matrimonj, come l'oggetto più degno delle loro più serie attenzioni, acciocchè lo Stato ne conseguisse quel fine, per cui da prima furono stabiliti. Videro ben essi quanto importasse, che venissero regolati da legge uniforme alla ragione, e quanto di male poteva avvenirne, qualora in contraerli si seguisse più tosto l'impulso macchinale della natura, e l'impeto di una sfrenata passione, che l'oggetto della conservazione del genere umano, e la propagazione di una prole, che potesse riuscire di servizio

espressamente la legge giust'ora citata, attaccava con vigore gli abusi clericali. Si sottolineava come fosse abusiva la prassi ecclesiastica di denegare le celebrazioni «col pretesto degli sponsali, o carpiti o non veri»¹¹⁶⁰; nella ricostruzione regia l'errore era in capo alle «Curie Ecclesiastiche, le quali, confondendo il giudizio della validità, che pel Concordato ad esse appartiene, con quello dell'esistenza, si arrogano abusivamente la cognizione benanche della esistenza degli sponsali medesimi, in pregiudizio non meno della libertà de'cittadini, che de'sacri diritti del Trono, inseparabili dal comun bene de' nostri amatissimi sudditi»¹¹⁶¹. Si interveniva dunque imponendo «che trattandosi del giudizio di esistenza o inesistenza degli sponsali *de futuro*» questi dovesse «privatamente spedirsi presso i Giudici laici» (art. I), quantunque la promessa dovesse continuare a scambiarsi avanti al parroco, assistito da testimoni, con espressa approvazione parentale (art. II)¹¹⁶².

allo Stato. Stimarono adunque, che ad un tal vincolo sociale, per quei, che non fossero di loro piena libertà dovesse precedere il consenso di coloro, che sotto la loro patria o dominicale potestà li deteneano, secondo che la civile, e natural ragione dettava, e che a ciò contravvenendosi, dovessero i Matrimonj (e con poeriorità, di ragione di ogni altro contratto di coloro, che non fossero *sui juris*) riputarsi nulli. Dopo la pubblicazione del Vangelo, essendo stato da Divina Istituzione annoverato il Matrimonio tra'Sagramenti, e favorita perciò la libertà di effettuarlo; non lasciarono i Sovrani per l'insito diritto della cura de'Popoli, da DIO loro commessa, di regolare questa materia in riguardo alla natura di contratto. Onde molte e diverse leggi da'Principi Cattolici furono su tal assunto fatte, e promulgate; specialmente per impedire la violenza di una sregolata passione (la quale suole talora annerbiare l'intelletto anche de'più savj) per dare un freno all'incauta gioventù, per avvertirla, con la minaccia di pena, a riconoscere i propri doverj verso de'genitori, e per farle conoscere i danni, che si arrecano alle proprie famiglie, onde poi essi figli vengono abbandonati da'loro Padri, odiati e fuggiti da'Congiunti, e malveduti e dispregiati da'loro eguali; disordine, che si diffonde anche nell'innocente lor prole, e nella discendenza con discapito di intere famiglie. Or avendo Noi ritrovate inefficaci tutte le Nostre Sovrane Provvidenze, sugli anzidetti esempj de'Savj, e Cattolici Legislatori, e per le stesse mire finora emanate, per far argine a questo disordine, non raro nel cetto Civile, assai frequente nel popolare, e sapendo, che col pretesto di vere, o simulate deflorazioni si procura di mandar ad effetto la contrazione de'Matrimonj, sorniti del necessario legale requisito del consenso de'Genitori, perciò dopo maturo esame di tal affare, e precedente il parere de'Nostri Supremi Magistrati, e del Nostro Consiglio di Stato, abbiamo sovranamente stabilito e determinato di dar fuori la presente Legge da osservarsi inviolabilmente, e con la quale ordiniamo, e comandiamo, che tutt'i figli di famiglia, di qualunque stato, e condizione, che sieno, esistenti sotto Patria Potestà, o emancipati, non possano contrarre Matrimonio senza l'espresso consenso paterno, o di quei, che ne sostengono le veci, ed esercitano il diritto della patria potestà. [...]» Al divieto seguivano gravi sanzioni, tra le quali la diseredazione, trattandosi di «abbominevole ingratitudine» e la privazione della dote per le femmine. La legge avrebbe tuttavia vincolato soltanto fino ai trent'anni i maschi e ai venticinque le donne. Età che, per le femmine, era comunque troppo alta, atteso che, fino a non molti anni fa, colei che non fosse sposata a venticinque anni difficilmente lo sarebbe stata a trenta.

1160 *Ibidem*, pag. 71.

1161 «Quindi, acciocché l'antica e lodevole usanza quasi generalmente introdotta, di prepararsi alle future nozze per mezzo di una libera e reciproca promessa, non si rivolga ad uso perverso di seduzione, o di frode né si rapiscano i figli di famiglia alla Patria potestà, né *le Curie Ecclesiastiche si arrogino oltre la permessa cognizione della validità degli sponsali, ancor quella della loro esistenza, la quale privatamente appartiene a' laici Magistrati, abbiamo sovranamente determinato col parere della nostra Camera di Santa Chiara di primulgare il presente Editto da osservarsi inviolabilmente [...]*» *Ibidem*, pag. 72.

1162 Un caso interessante di applicazione di detta normativa è dato dalla prammatica del 15 dicembre 1792

Una legge siffatta non doveva tuttavia dare scandalo quanto una controversia giurisdizionale, inerente al matrimonio di un nobile: si fa ovviamente riferimento alla declaratoria di nullità per impotenza del matrimonio del Duca di Maddaloni, definita dallo Jemolo¹¹⁶³ «una delle più rumorose applicazioni delle dottrine giurisdizionaliste sul matrimonio.» Il ritiro del geniale ministro toscano, nel 1776, non aveva determinato alcun cambio di rotta da parte del governo giurisdizionalista napoletano, in quanto «lo spirito del Tanucci sopravviveva in quello dei suoi discepoli»¹¹⁶⁴, che fecero in modo di applicare estensivamente i poteri del governo sulle materie miste ed in particolare imposero l'obbligo di richiedere la licenza governativa per presentare a Roma le suppliche per le dispense, pena il diniego dell'*exequatur* una volta ch'esse fossero state concesse. A ciò si aggiunse una diretta sfida alla giurisdizione ecclesiastica matrimoniale quando, «avendo la curia arcivescovile di Napoli dichiarato nullo il matrimonio dei duchi di Maddaloni¹¹⁶⁵ per impotenza del Duca (sentenza 4 dicembre 1784) il re con lettera del 10 maggio 1788 nominò proprio delegato il vescovo di Mottola Ortiz-Cortes perché giudicasse la causa in grado di appello, in base al principio che le cause matrimoniali *meri facti* sono di competenza del sovrano.»¹¹⁶⁶ Il presule incaricato, dopo avere rinnovato l'istruttoria, con la cooperazione di tre ostetriche e di quattro medici, aveva anch'egli riscontrato l'illibatezza della donna e difetti fisici nel corpo del Duca, tali da renderlo incapace di addivenire alla copula coniugale e, con ciò, aveva confermato la sentenza napoletana, che era stata impugnata per ragioni di onore da soccombente¹¹⁶⁷.

relativa al dubbio proposto dal Governatore di Ariano, se Filippo Adinolfi potesse giovarsi dell'inesistenza legale della promessa di futuro matrimonio con Girolama Perillo «fatta essendo, mentr'era *sui juris*, alli di costei genitori, con solenne contratto de' capitoli matrimoniali; perchè non erasi fatta avanti al Paroco.» Il caso non veniva assoggettato a detta legge in quanto, nell'interpretazione autentica, si esponeva il desiderio del Sovrano che «rimanesse per regola dichiarato che la promessa del matrimonio *de futuro*, che si fa nel solenne contratto delli capitoli matrimoniali da coloro, che sono *sui juris*, o da figlifamiglia, con l'intervento, e consenso de'padri, o da chi ne rappresenta le veci. [...]» *Ibidem*.

1163A.C. JEMOLO, *Stato e Chiesa negli scrittori...*, cit., pag. 280.

1164L. VON PASTOR, *Storia dei Papi...*, cit. XVI/3, pag. 87: «in particolare il ministro della giustizia Carlo De Marco provvide a che fosse mantenuto l'atteggiamento ostile a Roma.»

1165Della famiglia Carafa.

1166A.C. JEMOLO, *Stato e Chiesa negli scrittori...*, cit., pag. 280, nota 37. Si veda anche F. SCADUTO, *Stato e Chiesa nelle due Sicilie*, I, cit., pag. 402. «Il matrimonio civile vero e proprio non fu introdotto nelle due Sicilie se non col Codice italiano del 1865. Nel secolo XVIII ed anche prima, si contendeva intorno alla maggiore o minore competenza del tribunale laico e dell'ecclesiastico nelle cause matrimoniali, intorno al diritto di porre degli impedimenti; ma non si accennava all'idea di una conclusione puramente civile, indipendente dal rito religioso. Il massimo a cui si arrivò fu che nel 1788 lo stato si attribuì la giurisdizione di appello nelle cause di annullamento [*sic*], a proposito del duca Maddaloni impotente e della contessa di Acerra.» Si veda anche *Ibidem*, nota 1: «L. CONFORTI, *Una contesa giurisdizionale tra il re Ferdinando IV di Napoli e il pontefice Pio VI (Braschi)*, Napoli, 1883, pag. 34. Tratta della contesa per lo scioglimento del matrimonio tra il duca di Maddaloni e la contessa di Acerra, accennando a questo proposito la storia dell'*exequatur* nel regno di Napoli, ed esponendo delle idee generali sui rapporti tra lo Stato e la Chiesa. Esamina la dissertazione del conte Galdi, scritta d'ordine del re per sostenerne i diritti relativi; essa si trova ms. In Napoli "nella R. Segreteria di Stato degli Affari esteri." Ma non accenna minimamente al parere stampato di Chiliano Caracciolo e di Giovanfran. Conforti.»

1167Si riporta l'interessante testo della sentenza, tratto da ANONIMO, *Carte e Documenti concernenti la nullità della seconda sentenza pubblicata li 10 agosto 1788. Nella causa matrimoniale del duca e*

IL MATRIMONIO IN ITALIA

La decisione, per quanto proveniente da una autorità episcopale, faceva propria la teoria secondo la quale l'impedimento d'impotenza era sì di origine canonica¹¹⁶⁸, ma aveva efficacia soltanto per tacito consenso della somma autorità temporale, cui spettava «*leges de nuptiis dicere.*»¹¹⁶⁹ A dimostrazione di questo stava il biglietto di sanzione regia in data 9 agosto 1788 e a firma del Guardasigilli Demarco, con cui si comunicava al vescovo ponente che «il Re ha trovata fondata in fatto ed in legge la sentenza della nullità del matrimonio del Duca Maddaloni, e di D. Maria Giuseppa de Cardenas, interposta da V.S. Ill. Destinata da S.M. per Giudice d'appello in tal causa; e l'ha trovata ancora conforme non meno ai voti consultivi de'due de'tre intervenuti, che

duchessa di Maddaloni, sine loco, 1788, pag. 19 ss. Maiuscole e corsivi sono dell'originale.

ILDEPHONSUS ORTIZ CORTES NEAPOLITANUS

Ordinis S. Benedicti congregationis cassinensis divinae pietatis dignatione, et Regis gratia Episcopus
motulen

FERDINANDO IV. PIO, FELICI AUGUSTO

a consiliis

Et ad causam Regiis Litteris ex die decima Maii Delegatus.

In causa nullitatis matimonii, qua agitur inter D. Dominicum Matrium Carafa Illustrem Ducem Magdaloni, ac Defensorem validitatis matrimonii ex parte una, et Ill. D. Mariam Iosepham de Cardenas ex parte altera.

Die 7. mensis Iulii 1788

Visa sententia per Archiepiscopalem Neapolitanam Curiam sub die 4. Decembris 1784 lata, auditis Defensorem validitatis matrimonii, atque Advocatis, lectis allegationibus, perpensisque diligenter omnibus actis, tam in Archiepiscopali Curia, quam in iudicio appellationis confectis.

DEI NOMINE INVOCATO

Audito voto Dominorum D. Dominici Potenza Praesidentis Regiae Camerae Patroni Fidei, ac consultoris Curiae Cappellani majoris, D. Basilii Palmieri regii Consiliarii, ac D. Francisci Confortii Regii theologi, ad eandem causam Regis litteris ec die 10. maii 1788, cum voto consultivo delegatorum &c.

Bene iudicatum per Archiepiscopalem Curiam die 4. decembris 1784., ac male appellatum pro parte Illustris Ducis Magdaloni, et Defensoris validitatis matrimonii in vim Constitutionis Fel. Rec. Benedicti XIV. Incipientis Dei Miseratione. Proinde constare de antecedenti, absolute et perpetua impotentia coeundi Dominici martii Carafa illustris Ducis Magdaloni, ac nullum fuisse, et esse Matrimonium inter eundem Illustr. Ducem et Ill. Mariam Iosepham de Cardenas ex comitibus Acerrarum contractum die 16 octobris 1774. propter impotentiam antecedentem, absolutam, et perpetuam ejusdem illust. Ducis; et per consequens exequendam esse sententiam per Archiepiscopalem Curiam Neapolitanam latam sub eadem die quart Decembris 1784. Hoc suum.

Pronuntiaverat Metropolitana Neapolitana Curia, Dominicum Martium Carafa Magdaloni Ducem in ea esse perpetuae imbecillitatis causa, ut progignendis liberis operam dare non posset; ac proinde irritas fuisse nuptias, quas sibi cum Maria Iosepga de Cardenas Comitissae Acerrarum filia anno 1774. die 16 octobris conciliaverat. Quam ab ea sententia provocatum esset, omnia, quae cum in jure, cum in facto versabanur iterum pensitanda fuerunt. Atque disputari non oportuit, num inter eum, eamque, qui, quave propter naturale vitium imbecillis sit, sociari connubium possit. Societas enim viri et mulieris eo pertinet, ut ad supplendum humanum genus proles subolescat. Neque illos Deus conjungit, qui in unam coire carnem nequeunt. De ratione solum comprobandae imbecillitatis quid legibus esset constitutum, par erat intelligi. Haec ratio ad XII. Saeculum incerta, vel potius arbitraria fuit. Sed Romani tandem Pontifices, et praesertim Coelestinus tertius, atque Honorius tertius, alter in Cap. Laudabilem X. *De frigidis, maleficiatis, et impotentia coeundi*; alter in cap. Litterae vestrae eod. certum illius tractandi ordinem curaverunt scribendum. Edictum ab iis est, negotium medicis demandandum, si viro naturalis objiciatur debilitas, quae ex manifestis vitiis oriatur: si medici, investigato corpore, liquere de illa imbecillitate juraverint, nuptias dirimendas. Sin naturalis delitescat valetudo, quae imbecillum efficit

all'altro del defonto Teologo di Corte P. Maestro Marone, i quali dalla M.S. durono destinati per l'esame della causa suddetta», onde ad essa fosse dato «il corso regolare.»¹¹⁷⁰

Ne discendeva, per dirla col Pastor, «un'usurpazione nel campo spirituale, che fu d'importanza immensa ed ebbe le più funeste conseguenze»¹¹⁷¹. Pronunciata per ordine regio la decisione di appello, l'arcivescovo di Napoli Cardinale Capece Zurlo, «fece annotare la sentenza e le regie dichiarazioni nel libro dei matrimoni della parrocchia e, soprattutto, «fece rilasciare alla ex-Duchessa Maria Giuseppa di Cardenas dei conti di

virum, ex usu esse, ut vir & uxor triennium concubant; exacto triennio, si uxor se integram affirmet, id probandum primum iudicium patronarum, quae illius corpus examinent, tum sacramento, quod ipsa dicat, & septima manu. Atque si eo argumentorum genere conficiatur, uxorem hactenus manere virginem, pronunciandum, nuptias fuisse irritas. His romanorum Pontificum edictis in universas Catholici Orbis provincias pervagatus fuerit, civili auctoritas adjuncta est, tacita tantum consensione summarum potestatum, quare erat de nuptiis dicere.

Reliquum fuit, ut dispiceretur, an eorum, quae in facto versantur, cognitio hanita fuerit hoc ipso ordine, quem a Romanis Pontificibus constitutum fori disciplina recepit. Quocirca id omne quod compertum, & quo ordine probatum sit, breviter dicitur. Conjunctae fuerunt nuptiae die 16. Octobris 1774 inter Martium carafa Magdaloni Ducem, & Mariam Iosepham de Cardenas Comitis Acerrarum filia. Percorso octo annos, dormierat autem cum eo tres annos, & tres menses. In tam longo virium ducis periculo illa permanserat virgo. Ergo in Metropolitana Neap. Curia libello petiit, ut eo connubio propter naturalem viri debilitatem irritato soveretur. Interrogata ex more a iudice respondit, se matrimonio cum amrtio Carafa Magdaloni Duce junctam a primo nuptiarum die simul cum eo dormisse: noctes omnes primorum quatuor mensium ita fuisse stransactas, ut impingendis suaviis, aliisque voluptatis irritamentis indulgeretur, sed procreandae soboli nulla opera daretur. Rogantibus, an Dux viri partes expleret, dixisse, hactenus eas non explevisse: Ducem ea de causa castigatum in animum induxisse, ut pro viribus uxori coiret sed opus, ut illud conaretur, vires defuisse. Agitantem sese aliquando nitentemque frustra, geniali lecto intempesta nocte sese proripuisse, ac in aliam aedium partem receptum eam flebiliter vicem doluisse. Hanc genialis thori fortunam fuisse ab initio matrimonii ad extremum usque diem mensis Septembris anni 1778. Ab eo enim tempore sibi palcuisset seorsum a viro lectum habere, quamvis eandem cum illo domum habitare pergeret. Demum in id consensisse, ut post longam lecti vacationem cum viro noctem dormiret. Illum autem ea nocte querelis coelum complere, quod eam operam aggredi cogeretur, quam nequiret; sese imbecillitate laborare, idque Sacramento confirmare: tum vero consilium ab ipsa susceptum, ut connubium, quo jungebatur, rescindendum peteret.

Instituto iudicio Dux Magdaloni varius, suisque dissimilis fuit. Vicario Generali, antequam interrogaretur, sponte confessus est, cum uxore se numquam coivisse, nec prope naturalem imbecillitatem coire potuisse. Paulo post, libellum quem manu tua exaraverat, Augusto Regi nostro porrexit, in quo & uxorem integra, & imbecillitatem testatus est suam. Interrogatus deinde ex more a iudice: uxorem sibi primis a matrimonio mensibus intactam asseruit; sed postea opus niti coeptasse eo eventu dixit, ut numquam perficeret, quia in medio opere vis omne deficiebat. Tandem in *positionibus*, quas vocant, haec sibi sumpsit, primis connubii mentibus nescivisse quid vir cum uxore ageet, eam rem edoctum cum uxore certasse, quae a procreanda sobole abhorrebat, ipsumque manibus pedibusque repellebat, demum eo pervenisse, ut eam non semel comprehendisset, offensamque medicinis recreasset. Haec quidem tam varia, tam dissimilia, tam contraria locutus est. In ea vero discrepantia quid ille sibi consciverit, facile intelligi potest. Si sponte, consilioque sius ipsius loquebatur, imbecillitatem, cujus conscius erat, omnino confitebatur; si partium studio impellebatur, eandem imbecillitatem dictis, modo minuebat, modo proprus negabat.

Hoc loco res erant. Delectae deinde tres matronae sive obstretices, quae mulieris corpus perscrutarentur, delectique quatuor medici, qui tum ex matronarum dictis de muliebris corporis habitu referrent, tum investigato Ducis corpore de illis viribus iudicarent. Haec vero ratio probata est, ut matronae & medici

Acerra, un biglietto che la dichiarava libera e capace di contrarre nuove nozze.»¹¹⁷² Non poteva in alcun modo tacere davanti a questa aggressione alla potestà della Santa Sede il Pontefice Pio VI, che allo scopo redasse due brevi: il primo, intestato alla protagonista femminile della vertenza, ammoniva la Duchessa che un eventuale nuovo matrimonio l'avrebbe costretta in uno stato di poligamia, con tutte le conseguenze canoniche e penali del caso. Il matrimonio col Carafa non poteva infatti dirsi in alcun modo sciolto, essendo stata pronunciata la sentenza di nullità da un presule carente di giurisdizione; la seconda allo stesso Ortiz, nel quale veniva rimproverato al presule di essersi prestato ad un procedimento contrario al diritto divino, a quello canonico ed al concordato¹¹⁷³. La

nec conferrent veluti in collegio quicquid inspexissent, nec simul de iudicio, quod esset ferendum consultarent. Singulae matronae se orsim ad examinandum mulieris corpus ingrediuntur, & seorsum, quae compererant, medicis coram iudice testantur; quorum quisque quid conijcit, separatim ab aliis expromit. Atque a matronis talis muliebris corporis habitus inspicitur, quali virgines renident. Hoc ex quo medicorum quisque censet, cum eam virum numquam coivisse.

Praeterea singuli medici, ad explorandum Ducis corpus seorsum succedunt, & singuli cognita illius temperatione, seorsum iudicant. Itaque deprehensis manifestis vitiis, quae ad rem connubialem procurandam, non offendiculum solum, sed impedimento erant; perpensisque ceteris argumentis, quae ex universalis coporis partibus oriebantur, eorum unusquisque pro certo habuit, pronuntiavitque Ducem ante nuptiarum tempus ea debilitate fuisse affectum, quae ad navandam uxori operam imparem reddebat. Atque medici quidem rite lecti, & Sacramenti religione sese adstringentes, coram iudice in eam sententiam iudicaverunt. Praeteriri autem oportuit quatuordecim medicorum dicta, qui antequam iudicium a muliere infligueretur, Ducis corpus perscrutati fuerant. Illorum enim mens fuit, ut medicinas perscriberent, quibus accisas Ducis vires recrearent, non vero, ut de physica illius temperatione iudicium ferrent. Quamquam omnes primum dixerunt, a Duce rem connubialem non fuisse peractam ob corporis sui vitium, & deinde ex iisdem plures, nimirum septem non dubitaverunt adfirmare, vitium, quo Dux elaborabat, maximum esse, nec medicorum ope expellendum.

Jam vero illustris mulier Maria Iosepha de Cardenas septimam manum adscivit. Ex ordine enim patritiorum, qui propinquitate sibi coniuncti erant, septem honestissimi atque amplissimi viri ad eam alacriter accesserunt iurisdictionem Religionem, qua ipsa tenebatur. Iuratum est, sibi certum fore rem omnem juxta peractam fuisse, atque illa affirmaverat.

Omnia nimirum ita fuerunt, ut intelligi facile possit, naturalem Ducis debilitatem compertam, probatamque fuisse eo iudicii ordine, quem fori politia confirmaverat. Ergo Metropolitana Neapolitana Curia jure decrevit, manifestis rebus teneri naturalem illam impotentiam, quae Martio Carafae Magdaloni Duci obiecta est; proindeque irritas fuisse nuptias inter eundem, ac Mariam Iosepham de Cardenas Comitissae Acerrarum filiam sociatas. Facta autem provocatione nihil allatum est, aut afferri potuit, quod ad rescindendam Curiae sententiam ullo potuisset esse argumento. Quin immo Duc debilitatis conscius suae, cum eam semel, & iterum in primo iudicio confessus esset, in novo iudicio, rescissis actis quae nomine suo instructa fuerant, Curiae sententiam amplexus est, atque riteratam habuit acceptaque. Quo circa rebus omnibus deliberatis, pronuntianda fuit: *bene iudicatum, & male appellatum*.

ILDEPHONSUS Episc. Motulen.

Jo: Baptista Adone Cancellarius.

1168Se ne contestava in qualche modo financo la derivazione dal diritto divino, sottolinendosi come essa fosse emersa con certezza soltanto nel XII secolo. Argomento giurisdizionalista per eccellenza.

1169ANONIMO, *Carte e Documenti...*, cit., pag. 20.

1170Ibidem, pag. 22.

1171L. VON PASTOR, *Storia dei Papi...*, cit. XVI/3, pag. 95.

1172A.C. JEMOLO, *Stato e Chiesa negli scrittori...*, cit., pag. 280, nota 37.

1173Per i brevi si veda ANONIMO, *Carte e Documenti...*, cit. Rispettivamente pag. 13-14 e 1 ss. Il contenuto non è diverso da quanto riportato nell'*Auctorem fidei*.

reazione degli accusati è descritta, ancora una volta magistralmente, dal Pastor¹¹⁷⁴, il quale riferisce che «quando l'uditore della nunziatura Servanzi si presentò alla duchessa questa addusse pretesti per non riceverlo» mentre l'Ortiz [*un vescovo!* - *N.d.A.*] «dichiarò al rappresentante di Pio VI che senza regio *exequatur* non poteva accogliere un breve pontificio»; del resto, lo stesso presule, nell'*incipit* della propria sentenza (almeno per diritto pontificio illegittima) aveva ritenuto di qualificarsi vescovo non più per grazia della Sede Apostolica ma del proprio Sovrano¹¹⁷⁵. All'obiezione, levata dal messo pontificio, che non di questioni politiche trattavasi bensì «di una faccenda puramente religiosa, il Vescovo rispose che Cristo aveva nominato i Vescovi quali legittimi amministratori della Chiesa», restando indifferente alla contestazioni secondo cui fosse stato lo stesso Divino Fondatore ad attribuire il diritto di giudicare la questione dibattuta ai Successori di San Pietro¹¹⁷⁶. Inutile dire che il tentativo del Servanzi di consegnare i brevi venne perseguito come abuso ecclesiastico, tanto che il messo venne espulso dal regno il 29 settembre 1788, per avere aggirato il regio *exequatur*, a nulla servendo le proteste romane diffuse dai Nunzi in tutta Europa.

Non mancando che pochi mesi ai fatidici eventi dell'estate 1789, sulle prime il giurisdizionalismo napoletano non accusò il colpo vibrato dalla borghesia contro il ramo primogenito della casata borbonica: solo nel 1792 il Demarco fu dimesso, senza che ciò potesse impedire la sommossa giacobina e poi l'invasione napoleonica. Le vicende sono troppo note, anche attraverso la grande letteratura del Cuoco, per riassumerle in questa sede: basterà rammentare come il codice napoleonico entrerà in vigore nel Regno di Napoli, rimasta la Sicilia borbonica sotto la garanzia inglese, il 1° gennaio 1809, e con esso anche la forma celebrativa civile e, soprattutto, il divorzio, sulla cui scarsissima applicazione ebbe modo di esprimersi con un simpatico studio lo stesso Benedetto Croce¹¹⁷⁷. La carenza di un'accordo concordatario permise al ministro degli affari di culto

1174L. VON PASTOR, *loc. ult. cit.*

1175Si veda il testo della sentenza, *supra* riportato in nota.

1176Non era di poco momento la questione. La disputa circa il rapporto tra la giurisdizione episcopale e quella pontificia verrà risolto soltanto con la Costituzione dogmatica *Lumen Gentium*. All'epoca, giusta i diritti di presentazione e giuspatronato generosamente elargiti ai sovrani cattolici, era estremamente facile che il diritto divino venisse interpretato estensivamente, *pro domo sua*, da ciascuna delle parti in causa. Grande conquista dell'ultima Assise ecumenica (e soprattutto del Beato Paolo VI) avere definitivamente sancito la natura sovrana del collegio episcopale uno "*cum Capite Suo*". L. VON PASTOR, *loc. ult. cit.*, riferisce che «per troncare un'ulteriore discussione con l'Ortiz, eccitatissimo, il Servanzi si ritirò. Il tentativo da lui fatto di trovare appoggio presso il benintenzionato ma debole arcivescovo di Napoli, fallì anch'esso.»

1177B. CROCE, *Il divorzio nelle provincie napoletane (1809-1815)*, in *Id.*, *Aneddoti di varia letteratura*, I, Bari, 1942, pag. 67 ss. Il primo divorzio del quale Croce trovò notizia tra le carte dello Stato Civile di Napoli fu per reciproco consenso. «I due coniugi erano un Pasquale Pauciello di anni 39 ed un'Angela Maria Francesca de Angelis di 44 anni, di condizione proprietari e domiciliati alla sezione Pendino. Si erano maritati il 19 dicembre 1792 e non avevano avuto figli.(p.6). Regolarono i termini del divorzio consensuale con atto del 1 agosto 1811: il domicilio per lei presso la casa della madre, Maria Salvia, e per gli alimenti la pensione di 3 ducati al mese. La sentenza si ebbe nel 1812.» All'atto dell'introduzione del divorzio, alcuni magistrati chiesero al nuovo sovrano che gli venisse concesso di giurare secondo la vecchia formula (che richiamava la fede), il che venne (per quieto vivere) concesso. A ciò si appellarono per levare un'"obiezione di coscienza" circa l'applicazione del divorzio Vale la pena rammentare come al

buonapartista Ricciardi, il quale cercò di perseguire una linea più giurisdizionalista che separatista, in ciò favorito anche dalla carta costituzionale, la quale all'art. 1 continuava a sancire il confessionismo di stato¹¹⁷⁸. Lo attesta la risposta data dal ministro al vescovo di Mileto, che chiedeva lumi circa la concessione delle dispense matrimoniali in un momento in cui i rapporti con la Santa Sede erano prossimi allo "zero assoluto": il presule si vide rispondere, il 14 settembre 1814 che «Voi cercate dal governo quello che è in Voi e che a niuno è vietato ottenere per via del foro interno. La facoltà di dispensare è in voi. I vescovi sono i successori degli Apostoli, e gli Apostoli ebbero tutti la facoltà di sciogliere, ossia di dispensare. Di questa facoltà hanno fatto uso per circa dodici secoli, dispensando nelle loro Chiese anche a Canoni di Concili generali. Non v'a poi Canone alcuno di Concilio generale che spogli i vescovi dell'esercizio di questa facoltà e ne faccia riserva al romano pontefice.»¹¹⁷⁹ Nulla di diverso da quanto la sentenza dell'Ortiz richiamava, circa la competenza a giudicare in merito al matrimonio del Duca di Maddaloni.

Poco meno di un anno dopo la Restaurazione borbonica, pur conservando la forma codiciale, doveva abrogare tanto il matrimonio civile quanto il divorzio e, con decreto 16 giugno 1815 n. 15, ripristinare la celebrazione religiosa obbligatoria e valida agli effetti civili, secondo la forma stabilita dal Tridentino¹¹⁸⁰, con un fondamentale

regno di Napoli non si estesero mai nè il concordato francese nè quello napoletano, continuando la Santa Sede a non riconoscere i re napoleonidi Giuseppe e Gioacchino. Vedasi sul punto F. MASTROBERTI, *Stato e chiesa nel decennio napoleonico*, in C. BERTI (a cura di), *Atti del quinto seminario di studi "decennio francese" (1806-1815)*, Napoli, 2008, pag. 73 ss.

1178V. A. ACQUARONE – M. D'ADDIO – G. NEGRI (a cura di), *Le costituzioni italiane...*, cit.

1179F. MASTROBERTI, *Stato e chiesa...*, cit., pag. 88.

1180L. SPINELLI, *La legislazione matrimoniale...*, cit., pag. 8-9. Per il testo del decreto cfr. *Collezione delle leggi e dei decreti reali del Regno di Napoli*, 1815, Napoli, 1815, pag. 23. V. DEL GIUDICE, *La validità civile...*, cit., pag. 455. «Nel Regno delle due Sicilie la modificazione del diritto matrimoniale francese non potette essere disposta che un po'più tardi dopo la restaurazione borbonica a seguito del trattato di Casalanza e dell'atto finale del congresso di Vienna: e, mentre con l'editto 22 maggio 1815 il vecchio Ferdinando IV dichiarava "provvisoriamente in osservanza" tutte le leggi in vigore, e quindi anche il codice civile, con i decreti 13 e 16 giugno 1815 abrogava quanto di questo codice riguardasse lo stato delle persone legate da vincolo matrimoniale religioso, dichiarando che il matrimonio tra cattolici non potesse contrarsi che con la forma tridentina.» Questo, invece, il sunto di E. FRIEDBERG, *Das Recht...*, cit., pag. 615. «Im Königreiche Neapel war der Code mit dem 1. Jan. 1809 eingeführt und die Bestimmungen über die Civilstandsregister durch mehrere Decrete und Instructionen erläutert worden. Die Rückkehr der Bourbonen setze seiner Geltung ein Ende, aber die rein kirchliche Trauung, wie sie vorher bestanden hatte, wurde darum doch nicht wieder eingeführt. Freilich verordnete der königliche Decret v. 16. Juni 1815, dass nur die in tridentinischer Form geschlossenen Ehen künftig Anerkennung geniessen sollten, aber zugleich wurden die Brautleute wenigstens provisorisch angehalten, nach wie vor allen früheren Vorschriften des Code vor dem Civilstandsbeamten Genüge zu leisten, und diesem allein die Ermächtigung genommen, die vor ihm eingegangene Verbindung für eine Ehe zu erklären.» [Nel Regno di Napoli il Codice fu introdotto con il 1° gennaio 1809 e le disposizioni sul Registro dello stato civile furono spiegate mediante più decreti e istruzioni. Il ritorno dei Borboni pose fine alla sua validità, ma lo spozalizio puramente ecclesiastico com'era stato precedentemente in vigore non fu per questo tuttavia reintrodotta. Certamente il regio Decreto del 16 giugno 1815 ordinava che solo i matrimoni stretti in forma tridentina avrebbero in futuro goduto di riconoscimento, ma ugualmente gli sposi furono tenuti, almeno provvisoriamente, asoddisfare, come prima, a tutte le prescrizioni del Codice davanti all'Ufficiale di stato civile, e solo a questo venne riconosciuta la piena facoltà di

temperamento: i nubenti erano infatti obbligati a presentarsi innanzi all'ufficiale dello stato civile (art. 2) «per adempiere a tutti gli atti ordinati dalle leggi vigenti», senza che però venisse dall'ufficiale pronunciata la formula ricognitiva del consenso: tale compito veniva riconosciuto ai parroci, i quali avrebbero però potuto procedere soltanto a condizione di ricevere dai nubenti il nulla osta del competente ufficio di stato civile.

A questa provvisoria legislazione seguirono due importantissimi avvenimenti: il primo, essenziale per la nostra materia, è rappresentato dalla stipula del Concordato del 1818, relativamente al quale «si è ampiamente discusso se esso sia stato una vittoria dello Stato o della Chiesa»¹¹⁸¹: al netto di tale quesito, in questa sede sarà sufficiente ricordare che l'art. 1 di detto accordo sanciva il confessionismo di stato in guisa tutt'affatto "monolitica", in quanto non si parlava più di cattolicesimo quale "religione dello Stato" bensì di «sola religione del Regno» da conservarsi ivi «secondo l'ordinazione di Dio e le sanzioni canoniche»¹¹⁸²: si operava perciò una vera e propria ricezione della normativa canonica, attraverso una forma di "interpretazione autentica" dei canoni del Tridentino, come attestato dall'art. 20, che conferiva ai vescovi il diritto di conoscere «nel loro foro le cause ecclesiastiche, e principalmente le cause matrimoniali, che giusta il canone 12 sess. 24 del Sacro Concilio tridentino spettano a'giudici ecclesiastici.»¹¹⁸³ In forza dell'art. 32 si estese la vigenza anche ai domini "di là dal faro", che non erano stati coinvolti dal concordato benedettino del 1741, quasi preparando la codificazione civile, che sarebbe seguita di lì ad un anno circa (1819).

dichiarare come matrimonio il legame contratto davanti a lui. Traduzione propria.]

1181Così F. CONCI, *La Chiesa e i vari Stati...*, cit., pag. 72, il quale rileva che «si è molto discusso se esso sia stato una vittoria dello Stato o della Chiesa. Il Maturi afferma che il Concordato del 1818 fu una vittoria dello Stato nel momento in cui fu concluso, ma divenne per la Chiesa il fondamento giuridico delle immunità. In altri termini, quell'accordo fu una transazione, come la massima parte dei concordati, e quindi da una parte si abolirono le immunità reali, locali e personali, si ridussero le diocesi, si dichiarò competente il foro laico per alcune cause di ecclesiastici; ma d'altro lato, si ristabilirono conventi, si permise alla Chiesa l'acquisto di beni, si riconobbe per le cause ecclesiastiche il foro relativo, si concesse l'appello a Roma senza condizioni. Anche dalla stessa S.Sede, però, veniva riconosciuta la convenienza di un tale accordo, quando si pensi che la religione cattolica veniva riconosciuta "la sola Religione del Regno" (art. 1); l'insegnamento doveva essere "conforme" alla sua dottrina (art. 2); tutti i beni ecclesiastici non alienati erano reintegrati alla Chiesa e amministrati fino alla definitiva destinazione di una commissione mista (art. 12); era libera la vestizione dei novizi (art. 14), nonché l'ordinazione dei sacerdoti (art. 21), i vescovi erano riconosciuti "liberi nel loro pastorale ministero", nel "riconoscere nel loro foro le cause ecclesiastiche" (art. 20) e così via. Tutti questi principii fanno annoverare quel concordato fra i più favorevoli alla Chiesa di quelli fino allora stipulati.»

1182Art. 1, conc. Nap. 1818, in A. MERCATI (a cura di), *Raccolta di concordati*, cit., pag. 620-621. Norma che era già contenuta nella costituzione siciliana del 1812 (art. 1) e la cui abrogazione (non del confessionismo ma del semplice esclusivismo) sarà effimeramente tentata nel 1848. Sarà ripristinata da Ferdinando II.

1183Ibidem, pag. 631. Si veda anche L. GIAMPALLARI, *Dritto ecclesiastico sicolo*, IV, Palermo, 1829, pag. 73. «Le cause recenti, dall'ultima concordia del 1818, sono state ristrette alle ecclesiastiche "conosceranno nel loro foro le cause ecclesiastiche e principalmente le matrimoniali, che giusta il canone del concilio di Trento, can. 12, sess. XXIV, spettano ai giudici ecclesiastici e porteranno su di esse sentenza. Or in vigore di questa tutte le cause sacramentarie, cioè quelle che riguardano la natura ed i riti de' Sacramenti spettano alla stessa: ma oggidì, tranne le *Matrimoniali*, niuna delle suddette si agita nel foro contenzioso, ed in queste possono occuparsi soltanto di ciò che spetta al Sacramento, non mai quello che importa contratto.»

A tal proposito, riprendendo direttamente Del Giudice¹¹⁸⁴, si può dire che «le leggi civili delle Due Sicilie svolgano e perfezionino il procedimento già posto in essere dalla legislazione modenese del 1814.» Veniva infatti previsto, continuando la legislazione provvisoria ferdinandea, che i contraenti dovessero «prima presentarsi innanzi all'ufficiale dello stato civile, poi col certificato di questo»¹¹⁸⁵ si recassero dal parroco per lo scambio dei consensi e, quindi, muniti dell'attestazione parrocchiale facessero ritorno pubblico ufficiale, «il quale lo registrava, e solo dopo questa registrazione il matrimonio si intendeva concluso.»¹¹⁸⁶ Questa complessa normativa era dettata principalmente dall'art. 67, «che alludeva al duplice momento per la confezione del negozio civilmente valido. Mentre si affermava che "il matrimonio nel Regno delle Due Sicilie non si può legittimamente celebrare che in faccia alla Chiesa, secondo le forme del Concilio di Trento", si soggiungeva subito: "gli atti dello stato civile sono *essenzialmente necessari* e preceder debbono la celebrazione del matrimonio, perché il matrimonio produca gli effetti civili, tanto riguardo ai coniugi che ai loro figli".»¹¹⁸⁷ Previsione corroborata, un poco ridondantemente, dall'art. 189, ai sensi del quale «il matrimonio, che nel regno delle due Sicilie non sarà celebrato che in faccia alla Chiesa colle forme prescritte dal Concilio di Trento non produce gli effetti civili né riguardo ai coniugi né riguardo ai loro figli. Non gli produce egualmente se sarà celebrato in faccia alla Chiesa, senza che sien preceduti gli atti necessari che si enunciano dall'art. 687 all'art. 81», cioè quelli cui si fece cenno poco sopra. Una forma apparentemente recettizia della norma religiosa ma che costituiva in realtà un vero e proprio rinvio formale, giacché gli artt. 150-151 stabilivano il limite della legge civile nei riguardi del matrimonio, ai soli «effetti civili e politici», in quanto «sotto questo solo aspetto essa regola la qualità e le condizioni dei contraenti, determina le formalità che preceder debbono la celebrazione, la loro validità, i diritti, i doveri e gli effetti civili che ne risultano», lasciando «intatti i doveri che la religione impone, senza apportarvi alterazione o cambiamento alcuno.»¹¹⁸⁸

Analizzando queste norme è dunque acuto il Passaniti¹¹⁸⁹ nel rilevare come la legislazione borbonica realizzasse «un modo per allontanarsi da Parigi, ripassando da Trento, con molta accortezza, visto che lo Stato si preoccupa degli effetti civili mediante una solenne promessa espressa davanti all'Ufficiale di Stato civile, prima della celebrazione del matrimonio *necessariamente* cattolico.» Avverbio che il senese non usa a caso: l'art. 1 del concordato ferdinandeo parlava infatti di "sola religione del Regno", veniva attuato in campo matrimoniale non prendendo posizione in merito al matrimonio degli acattolici che, per ventura, venissero a trovarsi tra Terracina e

1184V. DEL GIUDICE, *La validità civile...*, cit., pag. 464.

1185F. SCADUTO, *Stato e Chiesa nelle due Sicilie*, I, pag. 402.

1186Ibidem, pag. 403. Lo Scaduto nota amaramente che «questo non era un matrimonio civile vero e proprio; giacché la celebrazione innanzi all'ufficiale di stato civile era necessaria ma non sufficiente; non obbligava i contraenti a perfezionare l'atto incominciato, essi potevano sciogliersi, risarcendo alla parte colpevole i danni e gli interessi: inoltre la celebrazione religiosa era indispensabile.»

1187V. DEL GIUDICE, *loc. ult. cit.*

1188Per un buon sunto delle formalità si veda V. DEL GIUDICE, *La validità civile...*, cit., pag. 463 ss.

1189P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 175.

Lampedusa: benchè infatti non vi fossero minoranze religiose vere e proprie¹¹⁹⁰, il rescritto sovrano del 6 settembre 1824, in forma di interpretazione autentica di un silenzio invero strano, dichiarò «a seguito di dubbio proposto, che "essendo la Religione cattolica la sola religione che si professi nei Reali domini", gli stranieri che avessero voluto contrarre matrimonio nel regno dovevano essere cattolici¹¹⁹¹.

Un altro era però, almeno per consistenza "numerica" e frequenza, il problema più grave del sistema napoletano, invero «soperchiamente complicato»¹¹⁹²: il divieto, «implicito negli articoli 81 e 189 delle Leggi civili e nell'art. 245 Leggi penali, delle celebrazioni dei matrimoni di coscienza, disciplinati dalla bolla *Satis Vobis* di Benedetto XIV, che aveva ottenuto il regio *exequatur* il 30 marzo 1742 da Carlo III.»¹¹⁹³ Nei primi anni della legislazione codiciale borbonica, il potere civile sembrò tollerare espressamente che continuassero a tenersi celebrazioni meramente ecclesiastiche segrete secondo le prescrizioni lambertiniane: lo attesta un rescritto del 3 maggio 1820 al vescovo di Piazza Armerina, «che implorava l'autorizzazione per la dispensa dagli atti dello stato civile nella celebrazione del matrimonio di coscienza, di far uso delle sue facoltà "a termini della Bolla di Papa Benedetto XIV, non occorrendo niuna particolare disposizione.»¹¹⁹⁴ Nello stesso senso il R. Rescritto 1° aprile 1822 (di cui alla circolare 13 dello stesso mese), che ritenne esente dalla pena prescritta il parroco che celebrasse in guisa siffatta, benché venisse riaffermata l'inefficacia agli effetti civili di un vincolo così contratto; a temperare questa sanzione intervenne il successivo rescritto 30 maggio 1823 (circolare 28 giugno dello stesso anno), con cui si concedeva termine di due mesi a coloro che fossero legati da vincolo "di coscienza" per chiedere un provvedimento di natura graziosa che, in guisa di "trascrizione tardiva" desse valenza agli occhi dello Stato a detta unione¹¹⁹⁵, confermando anche l'inapplicabilità agli ecclesiastici delle sanzioni penali. La popolazione, come sempre in questi casi, fece tuttavia dell'eccezione la regola,

1190I Valdesi calabresi erano stati infatti crudelmente sterminati dagli spagnoli nel 1561. In merito alle nozze dei cattolici di rito orientale (albanesi/arbëreshë e grecofoni delle Puglie) era intervenuto Benedetto XIV, come si è visto *Supra*.

1191Una situazione simile a quella della Boemia ad inizio XVII secolo, quando venne negato ai protestanti l'accesso al matrimonio sulla base del dubbio argomento secondo cui, essendo scomunicati, avrebbero commesso sacrilegio. Cfr. L. VON PASTOR, *Storia dei Papi...*, cit. XIII, pag. 315. Né sembrò avere insegnato alcunché l'esperienza della Francia dopo la revoca dell'editto di Nantes, di cui si è parlato *Supra*.

1192V. DEL GIUDICE, *La validità civile...*, cit., pag. 468.

1193*Ibidem*, pag. 469. Non sarà futile, a questo punto, rammentare che «la Bolla, prima di essere pubblicata nel regno incontrò vari ostacoli ed ebbe l'*exequatur* del principe, divenendo così parte del diritto napoletano, solo con la prammatica 30 marzo 1742, che riaffermò i diritti della potestà sovrana con l'esplicita clausola [spagnoleggiante] "*salvis tam majestatis juribus quad effectus civiles huiusmodi matrimonii*". Come è noto, il matrimonio di coscienza era diverso dal matrimonio clandestino, che si celebrava senza il parroco ed i testimoni e quindi senza le forme prescritte dal Concilio di Trento: il primo si compiva con l'intervento e la benedizione del parroco, il secondo, al contrario, avveniva per lo più con per un atto di sorpresa commesso dagli spose, ed ancora l'uno, benché segreto, veniva regolarmente iscritto nei registri della Chiesa, l'altro non aveva trascrizione perchè ritenuto illecito.» Così L. SPINELLI, *La legislazione matrimoniale...*, cit., pag. 14-15.

1194*Ibidem*.

1195V. DEL GIUDICE, *La validità civile...*, cit., pag. 469.

costringendo il legislatore ad intervenire con il Regio Decreto 25 settembre 1828, che richiamarono la legge criminale per i trasgressori delle norme tridentine e di una bolla *Satis Vobis*, la cui applicazione veniva ristretta ai minimi termini. Questa posizione venne più volte ribadita, testimoniandone la tendenziale inefficacia, con il rescritto 27 maggio 1837 e, soprattutto, «con il decreto 11 marzo 1839 n. 5219, che stabilì per il matrimonio di coscienza la perdita dei diritti concessi allo stato vedovile per disposizione di legge ovvero per convenzion, l'istruzione 10 maggio 1849 che fissò il termine di dieci mesi per la vedova che intendeva contrarre nuovo matrimonio, il rescritto 27 maggio 1840 che garantiva i diritti di patria potestà ai figli nati da matrimonio di coscienza, ed infine il decreto 22 settembre 1840 n. 6410, che precisò essere reo di coniugicidio, ai sensi dell'art. 353 delle leggi penali, quegli che uccide il marito con cui sia legato solo ecclesiasticamente.»¹¹⁹⁶

A dimostrare come nella pratica venisse approciata l'omissione delle pubblicazioni (e degli atti dello stato civile) dagli operatori del diritto stanno, non solo le numerose sentenze in proposito¹¹⁹⁷, ma anche l'interessante «*Memoria scritta in occasione di un matrimonio ecclesiasticamente celebrato, senza gli atti preventivi dello stato-civile, onde risolvere la quistione, se produce effetti civili*», redatta da Domenico Cassini nel 1834¹¹⁹⁸. In essa si narra che «il vicario dell'Arcivescovado [*di Napoli*] sig. Commendatore Savarese, chiamò a se il parroco dell'Avvocata, il quale rilasciò il seguente attestato. "Certifico io qui sottoscritto parroco di S. Maria dell'avvocata in S. Domenico Soriano di Napoli, come nel dì 3 aprile 1832, per gravissimi motivi di coscienza, e colle necessarie facoltà ho celebrato il matrimonio tra il sig. Consigliere D. Raffaele Longobardi, e l'eccellentissima sig.ra D. Angiola Vannucci, iuxta ritum S.C.T. per verba de praesenti, ed in presenza de' reverendi sacerdoti D. Raffaele Mirciano e D. Luigi Rossi», confermando altresì di avere svolto le prescritte canoniche pubblicazioni, seppur successivamente¹¹⁹⁹ alla celebrazione delle nozze, probabilmente nella speranza di sanarne l'omissione. La questione divenne rilevante perchè la sposa, vedova di un marchese ministro di stato e figlia di un pari-rango, si era vista revocare la tutela dei tre figli dal consiglio di famiglia, non appena giunta notizia del nuovo vincolo matrimoniale da lei contratto. La donna propose impugnazione della delibera, ottenendone ragione dal Tribunale competente, che rigettò altresì l'opposizione di terzo levata dai familiari avverso la decisione loro sfavorevole. Il verdetto fu però rovesciato in appello dalla Grande Corte Civile, sulla base dell'argomento, invero strano, secondo cui, non essendo stato dimostrato il

1196L. SPINELLI, *La legislazione matrimoniale...*, cit., pag. 17. Quest'ultima previsione appare in evidente contraddizione con la restante legislazione ma dimostra, con tutta evidenza, la grande diffusione dei matrimoni "segreti".

1197Un florilegio delle quali è raccolto in nota da L. SPINELLI, *loc. ult. cit.*

1198D. CASSINI, *Memoria scritta in occasione di un matrimonio ecclesiasticamente celebrato, senza gli atti preventivi dello stato-civile, onde risolvere la quistione, se produce effetti civili*, Napoli, 1834. A rimarcare l'importanza per la storia del diritto ecclesiastico di questo scritto sta il fatto che copia di esso, una delle poche disponibili, sia custodita nel "Fondo Scaduto" della Biblioteca "Circolo Giuridico" dell'Ateneo senese, che raccoglie scritti e stampati, a loro volta vergati od appartenuti al Maestro siciliano.

1199Precisamente il 15, 22 e 29 aprile 1832. V. D. CASSINI, *Memoria...*, cit., pag. 50.

matrimonio, nel dubbio la tutela doveva essere revocata.

La marchesa Vannucci si vide dunque costretta a presentare «ricorso per annullamento» ma, nelle more di questo, vennero rese note le suddette dichiarazioni del parroco, che risultarono estorte dal Vicario capitolare (amico dei familiari favorevoli alla revoca della tutela), il quale aveva subornato il meschino curato, cavandogli una "confessione" circa l'avvenuta unione¹²⁰⁰ e non astenendosi per raggiungere il suo fine dall'uso del inganno e di altri mezzi più che riprovevoli. A dire del legale, in forza di una indegna violazione del suggello confessionale, i parenti della donna non ebbero ritegno nell'agire *in executivis* per la consegna di tutti i beni dei minori, con comminatoria di condanna al risarcimento del danno per diecimila ducati, in solido col marito, nel caso non adempisse. L'avidità di parenti non si limitò a questo: dalla Curia (evidentemente con la complicità del Savarese) venne presentata supplica al Sovrano perché questo ordinasse, in via graziosa, la trascrizione nei registri dello stato civile delle nozze segrete¹²⁰¹, mentendo

1200Dal racconto del parroco sembrerebbe addirittura che con l'inganno e le minacce di sospensione *a divinis* il Vicario l'avesse indotto a rompere il sigillo della confessione. Questa la dichiarazione del parroco: «Dichiarando quanto siegue in discarico di mia coscienza, onde della stessa verità della stessa dichiarazione potessi io esser sicuro di non aver che rimproverarmi nascondendo la verità – la Dama ed il Cavaliere mi si presentarono secondo l'appuntamento con me fatto, come dal mio certificato rilevasi: feci io trovare due Sacerdoti che non conoscevano i contraenti sotto tutti i rapporti, ed ignoravano l'oggetto pel quale si erano presentati a me, ed io obbligai i testimonii a rimanere in Chiesa per esser presenti alla convalida di un matrimonio, e perchè gli dissi ch'era convalida, gli occultai i nomi de' contraenti sotto tutti i rapporti, ed ignoravano i rapporti, ed ignoravano l'oggetto pel quale si erano presentati a me, ed io obbligai i testimonii a rimanere in Chiesa per essere presenti alla convalida di un matrimonio, e perchè gli dissi che era convalida, gli occultai i nomi de'contraenti; i suddetti Sacerdoti nulla compresero, o supposero sia nell'atto sia nel seguito chi fossero stati i contraenti: il Cavaliere e la Dama ignorarono chi erano i due Sacerdoti, come lo ignorano tutt'ora non conoscendoli né di nome, né di figura – É notevole che io non conosceva il Cavaliere ed ignoravo il suo stato, nome e figura, ed il Cavaliere appartiene ad estranea parrocchia, come tutt'ora appartiene, e non è nato in Napoli, ed il Cavaliere non conosceva me né di nome né di figura. Il Vicario capitolare Savarese prima che ascendesse a tal dignità è stato adoperato per un accomodo tra la Dama, e coloro che la misero nella circostanza di contrarre un matrimonio di coscienza, per non dividersi da suoi figli avuti col precedente matrimonio, ascenso alla carica di Vicario, per rendere servizio a'suoi amici, di lei oppositori, ha procurato tutt'i mezzi per consocere il modo col quale è stato trattato il matrimonio di cui è parola. In fatti sospettò che io, che da un pezzo confessava la Dama, avessi potuto celebrarlo, si rivolse contro di me, e chiamandomi, sulle prime ottenne da me un certificato negativo, cioè che non si era contratto da me matrimonio veruno; indi con ulteriori e ripetute chiamate, con minacce di sospensione a divinis, e di processo che volea contro di me istruire, e di pene di carceri, di ferri, gli manifestai di non poter manifestare, e rivelare ciò che sapeva in confessione, e combinammo che sarei andato dalla Penitente adimandare la facoltà di rivelare quanto in confessione mi avea detto. Tale facoltà mi venne negata, avendomi risposto la Dama, che si era confessata con Dio, e col suo Sacerdote. Allora il Vicario Capitolare mi sorprese dicendomi che tutto sapeva per manifestazione del Cavaliere; ed aggiunse che la mia sola confessione, e dichiarazione avrebbe potuto salvarmi dalle pene nelle quali ero incorso. Sbalordito ed intimorito dalle minacce fattemi, m'indussi a manifestare quanto erasi da me operato. In attestao di quanto esposto, ed in conferma della verità, ne ho firmato la presente di mia propria mano. Napoli 30. marzo 1833. - Francesco Mirciano Parroco.» *Ibidem*, pag. 51 ss.

1201«Ho rassegnato a S.M. i rapporti, che diretti al ministro Segretario di stato degli affari ecclesiastici, né giorni 2 marzo e 4 maggio del corrente anno, dal vicario capitolare della curia arcivescovile di questa diocesi, sono stati da poi dal ministro stesso rinviati a questa Real Segreteria. Han riguardo questi rapporti al matrimonio celebrato solo ecclesiasticamente nel 3 aprile dello scorso anno tra il cavaliere D.

spudoratamente circa la presenza di un'istanza (invero patrimonialmente deleteria) dello stesso Longobardi¹²⁰². Venne così trascritto un matrimonio in cui le pubblicazioni seguirono, anziché anticipare la celebrazione e in cui la domanda di trascrizione era stata posta *sua sponte* dalla Curia, in assenza non solo di domanda ma financo di interesse dei coniugi.

Non deve quindi stupire che anche la trascrizione venisse impugnata, senza che però la seconda camera del Tribunale civile accogliesse il ricorso: al Cassini venne dunque affidato l'appello, ch'egli basò sulla radicale contestazione della producibilità di effetti civili, per difetto degli adempimenti preliminari; questi ultimi, infatti, non potevano produrre effetti nei riguardi dello Stato e dei terzi e non invece nei confronti del coniuge o dei figli, dovendosi ritenere che le Leggi civili avessero imposto un'inefficiacia assoluta del matrimonio canonico non preceduto dagli effetti civili, e non un'irrazionale "doppio binario" di relativa inattività del negozio¹²⁰³. Così argomentava il difensore: «Ma che senza gli atti dello stato civile non vi siano effetti civili nel rapporto dello stato, o sia, della società, è conseguenza regolare, perché lo stato ignorando un matrimonio ch'esso non forma, non può riconoscerne gli effetti senza cadere in una specie di contraddizione: che non produca effetti nel rapporto de' Terzi, i quali debbono parimente ignorarlo, è ugualmente giusto e regolare; ma che non debba produrre effetti civili tra gli stessi coniugi, i quali non possono ignorare il proprio fatto, e che non sembra giusto che non siano tenuti alle conseguenze di questo fatto: molto più per i figlioli, i quali non hanno data occasione di contrarre un matrimonio ad onta dello Stato civile.»¹²⁰⁴ Un ragionamento, questo del Cassini, in qualche modo anticipatorio di quelli che saranno gli sviluppi della materia di lì a pochi anni, quando nei sistemi concordatari l'obiettivo perseguito sarà quello dell'uniformità degli *status*.

Alla luce di quanto esposto si può dunque ritenere che il sistema della restaurazione borbonica appare senza dubbio, anche giuridicamente, il più complesso e gravido di problemi tra quelli preunitari ma, allo stesso tempo, esso si pone come interessante via intermedia tra i sistemi codiciali francese ed austriaco, potendo ben concordarsi con lo Scaduto, quando rileva che il suo «non era un matrimonio puramente ecclesiastico; poiché il parroco non poteva benedirlo senza il certificato dello stato civile, altrimenti sarebbe incorso in penalità [...]» ma allo stesso tempo esso si manteneva nell'alveo del più rigido confessionismo, restando «dunque, essenzialmente religioso ed esteriormente civile.»¹²⁰⁵

Raffaele Longobardi, consigliere della suprema corte di Giustizia, e D. Angiola Vannucci, vedova del Marchese Tommasi, giusta il certificato del parroco dell'Avvocata, del giorno 11 febbraio corrente anno: chiedeva per essi il Vicario Capitolare, che tal matrimonio fosse portato ne' registri dello Stato-Civile, aggiungendo avere il cavalier D. Raffaele Longobardi ricercato che fosse il medesimo pubblicato per divenire all'adempimento degli atti dello Stato-Civile. [...]» *Ibidem*, pag. 55.

1202 Pudicamente l'Autore parla di «sbaglio» della Curia. Trattavasi evidentemente di falsa dichiarazione dolosa del tramittente. *Ibidem*, nota 1.

1203 Si veda l'estesa argomentazione in D. CASSINI, *Memoria...*, cit., pag. 65 ss.

1204 *Ibidem*.

1205 F. SCADUTO, *Stato e Chiesa nelle due Sicilie*, I, pag. 404.

6 – *Il Regno Lombardo-Veneto.*

La costruzione statale che, dopo il Congresso di Vienna, unirà i territori storicamente separati del milanese e di Venezia sotto lo scettro asburgico, fu completamente artificiale: è quindi solo per comodità di esposizione che ad essa si fa riferimento, dovendo forse anche chiedere venia se alle esperienze precodiciali si dedicherà solo qualche breve cenno, occorrendo probabilmente un'opera monografica per poter affrontare dignitosamente queste due importanti esperienze. Tuttavia, per quanto ardua possa essere l'impresa, sarà comunque opportuno cimentarvisi a partire da una semplice constatazione: quella della radicale diversità delle esperienze storiche. Da un lato quella veneziana, di completa indipendenza dal momento dell'affrancazione da una sudditanza all'impero bizantino divenuta sempre più nominale; dall'altro quella milanese, già nell'infedazione strettamente legata all'Impero Romano-Germanico e, a causa di una collocazione territoriale altamente strategica, per lunghi anni contesa, dall'impero federiciano prima, dai grandi stati nazionali della Francia e della Spagna poi¹²⁰⁶.

Questo solo in linea di grande approssimazione, potendosi tuttavia sposare l'opinione di Francesco Ruffini circa la politica ecclesiastica della Dominante, ritenuta «mirabile esempio» di come «la pietà più sincera si possa conciliare con la più rigida e gelosa tutela dei diritti dello stato»¹²⁰⁷; e ciò nonostante il Senato, vero organo di governo della Repubblica, avesse certo da lamentarsi di una politica pontificia, che aveva contribuito a stroncare i suoi sogni di egemonia terrestre con la battaglia di Agnadello. L'episcopato veneto, favorito anche dalla contiguità territoriale, aveva partecipato attivamente ai lavori del Concilio di Trento, anche nella sessione XXIV dedicata al matrimonio, ove si era fatta portatrice del desiderio del proprio governo di mantenere un regime di "doppio binario" circa la possibilità di contrarre un secondo matrimonio per adulterio della moglie da parte dei propri sudditi afferenti alla Chiesa greco-scismatica¹²⁰⁸. Inoltre, sottoscrivendo i decreti all'atto stesso della loro approvazione, gli ambasciatori veneti avevano già impegnata la parola dogale, che si espresse con la conferma dell'operato dei

1206Si può affermare che solo nell'ultimo medioevo, nell'epoca cioè tardo comunale e delle signorie, il Ducato di Milano ebbe una vera e propria indipendenza. Ma proprio la volontà di conservarla, anzi di estendere il proprio dominio, sarà la causa della rovina d'Italia, attraverso la sciagurata chiamata in Italia di Carlo VIII ad opera di Lodovico il Moro.

1207E. FRIEDBERG – F. RUFFINI, *Trattato...*, cit., pag. 99.

1208Sul punto vedasi il recente articolo di G. PANI, *Matrimonio e seconde nozze al Concilio di Trento*, in *La Civiltà cattolica*, 3943/2014.

messi¹²⁰⁹, durante una solenne liturgia celebrata nella basilica ducale di San Marco¹²¹⁰ e attuata attraverso un ordine del Senato, trasmesso a tutti i governatori, che li spronava a vegliare sull'attuazione dei canoni conciliari. Nè vi sarebbero state, in tema matrimoniale, grandi questioni, anche nel periodo di massima tensione tra la città della laguna e il Pontefice, quando il Sarpi spadroneggiava, a stipendio pubblico, divulgando idee eterodosse e formando chierici, come il De Dominis, destinati alla condanna per eresia manifesta. Ma, come hanno ben attestato gli studi del Rasi¹²¹¹, compiuti negli archivi vescovili di Padova e Feltre, il foro ecclesiastico continuò a giudicare delle cause matrimoniali, trovando forse maggiore difficoltà di accettazione da parte della popolazione, la formalizzazione del negozio.

Completamente diversa la situazione del milanese, che la vittoria delle armi di Carlo V su quelle di Francesco I, aveva assoggettato a quel governo spagnolo del quale il Manzoni ha dato un'immagine inimitabile nel suo capolavoro. La politica di Filippo II circa il concilio si è già vista trattando di Napoli, tuttavia non deve essere dimenticato come la cattedra ambrosiana, fosse in quel momento occupata da un personaggio di eccezione, per nulla succubo della potestà temporale: Carlo Borromeo. E furono proprio le sinodo diocesane e provinciali riunite da quest'ultimo a portare all'attuazione dei canoni conciliari in un'arcidiocesi e in una provincia ecclesiastica di sterminata estensione, della quale le Alpi non rappresentavano ancora il confine. Si è detto sopra¹²¹², come già nel 1565 il nipote di Pio IV convocasse il suo primo concilio provinciale, ma si omissive di sottolineare come egli, in quell'occasione, «fit publier et recevoir le Concile de Trente»¹²¹³, obbligando attraverso un decreto tutti i suffraganei a celebrare le proprie sinodo diocesane, dando esecuzione a tutti i decreti dell'Assise ecumenica. Nota correttamente il Mignot, nella sua storia sulla recezione del concilio nei paesi cattolici, come «cette acceptation illimitée, faite par les Evêques dépendants de la Métropole de Milan, sans les consentement et l'Autorité du Prince, étoit irrégulière, et ne loit pas les habitans du Milanez»¹²¹⁴, tanto da costringere Filippo II alla celebre precisazione circa la salvaguardia dei diritti regi.

1209«Fra gli oratori dei principi civili rappresentati al sinodo dichiararono mediante sottoscrizione al 6 di dicembre 1563, l'accettazione dei decreti i rappresentanti dell'imperatore Ferdinando I, dei re di Polonia e Portogallo, dei duchi di Savoia e Firenze, della Repubblica di Venezia e dei Cantoni svizzeri cattolici. Mancavano quindi quelle due grandi potenze cattoliche, nelle quali l'ecclesiasticismo statale aveva raggiunto uno sviluppo particolarmente pericoloso: Francia e Spagna.» Così, L. VON PASTOR, *Storia dei Papi...*, VII, cit., pag. 342. vedasi anche F. MIGNOT, *Histoire de la réception...*, pag. 20: «La République de Venise fut la première à donner l'exemple de la soumission. Mais les décrets du Concile ne furent publiés que par une ordonnance du Senat.»

1210Notevole che il rito avvenisse nella Basilica ducale e non nella cattedrale di San Pietro di Castello. Probabilmente si voleva con ciò dimostrare che era l'autorità della Signoria a dare l'*exequatur* ai decreti conciliari e non quella patriarcale (e ciò nonostante quest'ultimo venisse eletto dal Senato tra i più rispettabili membri del patriziato). Circa il regime della basilica ducale, cui presiedeva un Primicerio di nomina dogale, sussumibile nella categoria dei prelati *nullius diocesis* vedasi M. MIELE, *Il primiceriato marciano al tramonto della repubblica di Venezia*, I, Basilica Ducale, Padova, 2010.

1211P. RASI, *L'applicazione delle norme...*, cit.

1212V. *Supra*, Parte I, cap. IV.

1213F. MIGNOT, *Histoire de la réception...*, pag. 22.

1214Ibidem.

Dunque, almeno fino al declino della potenza spagnola con la guerra dei trent'anni, e la cessione del ducato al ramo austriaco degli Absburgo, il dubbio sulla natura giuridica del matrimonio (e soprattutto sulla giurisdizione di riferimento) non avrebbe eccessivamente incendiato gli animi nel milanese, esplodendo invece subitaneamente con l'avvento dell'assolutismo illuminato di Maria Teresa e, soprattutto di suo figlio Giuseppe II¹²¹⁵; la prima, infatti, «sotto la duplice influenza delle necessità politiche e militari, sorte durante la guerra contro Federico II di Prussia, e delle ideologie dell'illuminismo [...], introdusse importanti riforme nelle Terre ereditarie degli Absburgo, sulle quali ella regnava per diritto di successione, mentre il suo consorte Francesco I era imperatore del Sacro Romano Impero»¹²¹⁶: queste, pur senza toccare formalmente le prerogative ecclesiastiche, preparavano il terreno alle innovazioni del successore. Quest'ultimo, «riformatore entusiasta, imbevuto delle dottrine illuministiche del suo tempo e del febronianismo antipapale», desiderava nel nome dello stato di polizia che la chiesa che era nei suoi domini fosse a lui assoggettata¹²¹⁷.

Già negli ultimi anni della coreggenza si fortemente scontrato con sua Madre, la quale vedeva correttamente nella chiesa cattolica l'elemento unificante i diversissimi popoli riuniti sotto lo scettro absburgico. Non a caso, ancora durante il governo della Regina d'Ungheria, «la questione matrimoniale era già stata ventilata»¹²¹⁸ dall'opera del professore di diritto canonico a Fulda, dom Benedetto Oberhauser O.S.B., il quale aveva affermato, sulla scia della dottrina francese, che la competenza a stabilire gli impedimenti dirimenti apparteneva *jure proprio* al governo civile, essendo stato usurpato dalla Chiesa nell'epoca di crisi di quello, come era stato dimostrato prima da Marsilio e Occam, dal Van Espen e dal Launoy poi.

La diffusione di simili dottrine nella Germania, importò che il Lorenese, appena asceso al potere, adottasse delle determinazioni destinate ad avere importanti influenze sulla disciplina matrimoniale, poi definitivamente fissata dall'ABGB. Il *Toleranz Patent* del

1215«I più decisi interventi si hanno negli stati austriaci sotto Giuseppe II. [...] Vediamo anche enunciare dottrine che rivendicano allo Stato un diritto sul matrimonio e che giustificano la patente matrimoniale di Giuseppe II del 1783: materia del sacramento sarebbe il contratto, e su questo, come su ogni contratto, si darebbe potestà dello Stato. Il potere del principe sul contratto, si dirà, non può scemare per ciò che il contratto sia materia del sacramento, così come non diminuisce quello suo sulle acque per ciò che l'acqua è materia del battesimo; se il principe dichiara certi soggetti incapaci di nozze o nullo il contratto matrimoniale conchiuso tra due persone viene meno la materia occorrente per il sacramento.» Così A.C. JEMOLO, *Giurisdizionalismo*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, pag. 180.

1216S.Z. EHLER – J.B. MORRALL, *Chiesa e Stato attraverso i secoli*, Milano, 1958, pag. 255. Anche la Regina d'Ungheria non si era astenuta da importanti invasioni *in jura sacra*: si pensi alla divisione del Patriarcato di Aquileia tra le Arcidiocesi di Udine e Gorizia, stabilita da Benedetto XIV con una bolla concistoriale che, non a caso, iniziava con le parole "*Iniuncta nobis*".

1217L. VON PASTOR, *Storia dei Papi...*, cit., XVI/3, pag. 333-334: «Fin dalla coreggenza di Giuseppe II si manifestò lo spirito che lo animava. Egli era destinato a essere il primo della casa di Lorena a reggere l'Impero da solo, di quella casa cioè proveniente da quelle regioni del confine franco-tedesco nelle quali si era sviluppato il febronianismo. Fin dalla gioventù il principe ricevette insegnamenti sui limiti dei poteri ecclesiastico e di quello civile, e di buon'ora gli venne fatta conoscere l'"arte della dissimulazione" della Curia romana. Nella sua istruzione vennero usati scrittori quali Bussuet, Pufendorf, Muratori.»

1218G.H. JOYCE, *Matrimonio cristiano*, cit., pag. 242.

1781¹²¹⁹, sanciva infatti (art. 6) che «il rilascio di dichiarazioni relative ai matrimonio, che è divenuto abituale presso i non cattolici per quanto riguarda l'educazione dei loro figli futuri nella religione cattolica romana, deve completamente cessare da questo momento, poiché nel caso di un padre cattolico tutti i suoi figli, maschi e femmine, devono essere educati nella Religione Cattolica senza alcuna formale dichiarazione; si deve considerare ciò come prerogativa della religione ufficiale. D'altra parte nel caso di un padre protestante e di una madre cattolica i figli li seguiranno secondo il loro sesso.»¹²²⁰ Con l'apparenza di un procedimento di imposizione di un'educazione religiosa conforme al culto ufficiale dello Stato, in realtà si obbligava il clero a celebrare matrimoni senza avere ricevuto il canonicamente necessario impegno ad educare cattolicamente la prole: con ciò «il clero non soltanto avrebbe trasgredito la legge della Chiesa, ma avrebbe pure cooperato ad un atto che costituiva un gravissimo peccato a carico della Parte cattolica.»¹²²¹

Questi principi, di matrice illuminista, coniugati con quelli che pochi anni dopo sarebbero stati raccolti nelle "Puntazioni di Ems"¹²²², erano sostanzialmente distruttivi

1219S.Z. EHLER – J.B. MORRALL, *Chiesa e Stato attraverso i secoli...*, cit., pag. 255-256. «Due sono i punti principali che si distinguono in questo documento: 1) Un permesso limitato di attività religiosa ed educativa non cattolica. Il permesso era concesso soltanto ai Luterani (Confessione augustana), ai Calvinisti (Confessione elvetica) e alla Chiesa ortodossa; la condizione degli altri non-cattolici, come i Maomettani e gli Ebrei, rimaneva invariata, mentre le altre sette protestanti (come i Fratelli Boemi riapparsi in Boemia e Moravia dopo la promulgazione dell'Atto) dovevano aggregarsi ai Luterani e ai Calvinisti, per poter essere tollerate. La concessione autorizzava soltanto la preghiera in luoghi privati e nelle scuole finanziate dai fedeli, mentre le "case di preghiera" non dovevano avere l'aspetto esteriore di chiese. 2) L'eguaglianza dei diritti dei cattolici e non-cattolici di fronte alla Legge. Tuttavia, benché l'eguaglianza sia concepita in modo molto liberale, è evidente il cattolicesimo come religione dominante [...].» Detto Editto «già venuto a consocenza del pubblico, ma inesattamente interpretato, fu finalmente pubblicato, previo consulto del consiglio di Stato, il 20 ottobre 1781 in Austria, il 26 ottobre in Ungheria, il 12 novembre nei Paesi Bassi, il 30 maggio 1782 in Lombardia.» L. VON PASTOR, *Storia dei Papi...*, cit., XVI/3, pag. 344-345.

1220Ibidem, pag. 258-259.

1221G.H. JOYCE, *Matrimonio cristiano*, cit., pag. 243. «La maggior parte dei sacerdoti, tuttavia, accettarono la situazione di fatto e celebrarono i matrimoni misti secondo gli ordini imperiali, con grave scandalo dei fedeli. I vescovi stessi, fatta eccezione per uno o due di notevole importanza, offrirono ben poca resistenza alla politica imperiale. Essi erano in gran parte arrivati all'episcopato più per titolo della nobiltà del casato che non per virtù e dottrina, e troppo sovente non avevano una comprensione sufficiente dell'importanza e delle conseguenze delle questioni che si agitavano. Le loro tendenze erano piuttosto regaliste che non ecclesiastiche.»

1222«I tre elettori ecclesiastici e mons. di Colloredo, arcivescovo di Salisburgo, riunitisi a Ems [*città luterana in cui l'esercizio del cattolicesimo era vietato* – N.d.A.] (agosto 1786), fissarono in condizioni analoghe a quelle del 1769, la Puntazione d'Ems in 23 articoli, destinata, con l'appoggio morale dell'Imperatore Giuseppe II, a riportare i diritti della Santa Sede entro i confini dei primi tre secoli. Essi denunciavano (art. I-IV-VIII-IX) il conferimento dei benefici, usurpato dai papi, l'esazione delle facoltà quinquennali (II-IV), gli abusi delle tasse pretese dalla Corte Romana (V-VI) e delle lettere di grazia (XI-XIII). Per i prelati, le bolle e i brevi pontifici hanno forza di legge solo dopo l'accettazione da parte loro. I rapporti tra chiesa tedesca e Santa Sede sono fissati dai decreti del concilio di Basilea, accettati da Eugenio IV, dalla dieta di Magonza del 1439 e, in una certa misura dal Concilio di Vienne. La Puntazione preconizzava per i processi ecclesiastici tre successive istanze: tribunale diocesano, tribunale metropolitano, ricorso a giudici tedeschi nominati per la causa dal papa. A queste condizioni, i vescovi promettevano di consacrarsi alla riforma della Chiesa. Gli articoli della puntazione di Ems del 1786

dell'alleanza tra Trono e Altare come era stata fino ad allora concepita dai paradigmi della *Potestas Ecclesiae indirecta in temporalibus*. Questa era già stata messa in crisi, come si ebbe modo di vedere *supra*, dal gallicanesimo propugnato, in primo luogo, dal Parlamento di Parigi e, se per Maria Teresa il cattolicesimo era stato l'elemento unificante dei diversi popoli a lei sottomessi, per suo figlio unico elemento aggregatore delle diversità etniche doveva divenire uno Stato organizzato in senso moderno. In quest'ottica deve leggersi il provvedimento del 5 dicembre 1781, con il quale l'imperatore vietò di ricorrere alla Santa Sede per le dispense dagli impedimenti di diritto ecclesiastico, obbligando i sudditi a ricorrere soltanto al proprio vescovo diocesano, conformemente in questo alle dottrine dell'Hontheim. «Sa majesté – notava Kaunitz il 21 dicembre - connait les anciens droits des évêques; en voulant les leur restituer sert la cause de la religion»¹²²³, mentre in una lettera del ministro Coblenz all'Imperatore del 28 marzo successivo, si legge che «essendo il matrimonio materia primieramente e principalmente civile, ed in cui l'elemento religioso è soltanto accessorio, i suoi impedimenti ne sono simili in carattere, Perciò è compito primieramente dei tribunali civili di giudicare sulla necessità e utilità di una dispensa. Posto questo Vostra Mestà ritenne che il Vescovo diocesano e il suo Concistoro, sono, ora come sempre lo furono, più che competenti per decidere la causa secondo i canoni della Chiesa romana.»¹²²⁴

Ma è nel biennio 1783-1784 che la legislazione matrimoniale viene sovvertita in guisa veramente radicale, attraverso l'esclusione delle cause matrimoniali dal foro ecclesiastico, riservandole a quello civile sulla base del noto argomento sulla prevalenza del contratto¹²²⁵. Il 16 gennaio vedevano così la luce quell'Editto matrimoniale «che era tutto fondato sull'assorbimento delle norme canoniche all'interno della visione del matrimonio come contratto civile»¹²²⁶ e che con la patente 30 luglio 1784 sarebbe stato

furono comunicati all'imperatore Giuseppe II che promise di trasmetterli alla Santa Sede quando avessero ottenuto il voto favorevole di tutti gli ordini dell'Impero.» Questa la descrizione di E. PRÉCLIN – E. JARRY, *Le lotte politiche e dottrinali nei secoli XVII e XVIII (1648-1789)*, in A. FLICHE – V. MARTIN (dir.), *Storia della Chiesa dalle origini e ai nostri giorni*, XIX/2, Torino, 1975, pag. 1133-1134.

1223G. MOLLAT, *Josephisme*, in A. VACANT – E. MANGENOT, *Dictionnaire de Théologie Catholique*, VIII/2, Paris, 1925, pag. 1544.

1224G.H. JOYCE, *Matrimonio cristiano*, cit., pag. 242.

1225«L'arcivescovo di Vienna (Migazzi) pubblicò una pastorale al suo clero, in cui dichiarò che la nuova costituzione si riferiva soltanto all'aspetto civile del matrimonio, e quindi i sacerdoti dovevano continuare ad osservare le prescrizioni del diritto canonico. Giuseppe II non si mostrò per nulla disposto ad accettare una soluzione su queste basi. Senz'altro egli dichiarò che la sua costituzione abrogava per tutti i suoi sudditi le disposizioni del diritto canonico, e stabilì che in futuro il clero dovesse osservare le prescrizioni della sua costituzione ad esclusione di quelle fino ad allora in vigore.» *Ibidem*, pag. 242-243. «Col pretesto che il matrimonio è essenzialmente un contratto civile, Giuseppe II (5 dicembre 1781) vietò di ricorrere alla Santa Sede per certe dispense e il 28 settembre 1784 soppresse alcuni impedimenti considerati dirimenti dal diritto ecclesiastico. Nel 1783 si era già avuta l'emanazione di vari decreti, nuovi e anticanonici, sul matrimonio. L'episcopato si inquietò, soprattutto mons. De Franckenberg, il quale sollecitò da Pio VI istruzioni che ricette quando, il 22 giugno 1782, una più rapida procedura per i matrimoni dei poveri fu estesa ai nobili e ai borghesi. Nessun vero accordo, nonostante questo *modus vivendi*, era stato raggiunto.» Così E. PRÉCLIN – E. JARRY, *Le lotte politiche...*, cit., pag. 1153.

1226P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 89. Questo l'*incipit* del testo normativo: «NOI GIUSEPPE II. Per la Dio grazia eletto Imperatore dei Romani sempre Augusto, Re di Germania, Ungheria, Boemia

esteso anche alla Lombardia austriaca¹²²⁷. Secondo il primo paragrafo, da intendersi come "manifesto" delle idee del legislatore, «il matrimonio considerato in se stesso e come contratto civile non meno che i diritti, e gli obblighi che ne derivano ai contraenti, ricevono la loro essenza, forza e limitazione intieramente, ed unicamente dalla sovrana e legislativa nostra podestà, e per conseguenza le controversie che ne possono nascere appartengono privatamente ai nostri tribunali e giudici.»¹²²⁸ A corroborare l'avocazione stava la "civilizzazione" del diritto canonico, testimoniata in primo luogo dalla trasposizione della decretale arleatense di Innocenzo III nel paragrafo II, ai sensi del quale «sarà libero a chiunque di fare un contratto di matrimonio, a riserva delle persone,

ec. Arciduca d'Austria, Duca di Borgogna, Lorena, ec. ec. ec. L'importanza dei contratti matrimoniali, e lo stretto rapporto, ch'essi hanno al bene delle singole famiglie non meno, che al pubblico, hanno sempre interessato l'attenzione di una vigilante legislazione. Quindi è, che avendo noi riconosciuto, che le leggi vigenti sino ad ora sopra quest'oggetto, si trovano non solo sparse in diverse sorgenti, ove hanno avuto origine, ma anche in parte non appieno corrispondenti nelle loro conseguenze al benessere di tutti. Abbiamo risoluto colla pienezza della sovrana nostra podestà di stabilire più esatti principj, che servano loro di norma sulla validità od invalidità del contratto matrimoniale per tutti gli effetti civili, e segnatamente per quello della ricognizione de'figli come legittimi, od illegittimi; ed avendo fatto riunire gli stessi principj in una costituzione generale, pubblicata già nell'anno scorso in tutti i nostri Stati ereditarj di Germania, vogliamo che la medesima venga egualmente osservata come legge e sanzione perpetua e generale anche nella nostra Lombardia.» V. ANONIMO, *Considerazioni sopra la imperiale regia costituzione del giorno 16 gennaio 1783 riguardante i matrimonj colla relativa legislazione per editto 17 settembre 1784 e posteriori decreti ed editti stampate in Milano nel 1784*, Napoli, 1806, pag. 77-78.

1227Questo il testo della Patente: «JOSEPHUS II. Dei gratia electus Romanorum Imperator, semper Augustus, Germaniae, Hungariae, & Bohemiae Rex, Archidux Austriae, Dux Buegundiae, Lotharingiae, Mediolani, & Mantuae &c. &c. &c. FERDINANDO Principe Reale di Ungheria, e di Boemia, Arciduca d'Austria, Duca di Borgogna, e di Lorena ec., Cesareo Reale luogotenente, Governatore, e Capitano Generale nella Lombardia Austriaca. Avendo SUA MAESTA' fatto promulgare nell'anno scorso nei suoi Stati ereditarj della Germania una legge e generale costituzione sopra gli sponsali, e matrimonj per tutti li popoli a lui sottomessi col prescrivere anche al §. L. e seguenti, le regole particolari per i non cattolici, ha la medesima ordinato con Reale Dispaccio delli 30. Luglio corrente anno, che si pubblichi anche nella sua Lombardia, come da detto Reale dispaccio, ed esemplare della legge, rubricato dal conigleire ed Official Maggiore del Dipartimento d'Italia, Don Francesco Oetgens, del tenor seguente: L'IMPERATORE E RE ec. ec. ec. Nostro Diletteissimo Fratello Serenissimo Arciduca Ferdinando nostro Luogotenente, Governatore e Capitano Generale della Lombardia Austriaca. Affine di togliere radicalmente la discordanza dei principj, che le vicende dei tempi hanno introdotti nella legislazione riguardante il contratto matrimoniale, e i quali richiamati ad una esatta discussione risultano non meno incompatibili con gli originarj diritti, e doveri della Sovranità, che talvolta anche notevoli alla Società e al riposo delle famiglie, fecimo pubblicare nell'anno scorso una generale costituzione per tutti i popoli, che la divina Provvidenza ha confidati al nostro governo. Quindi affine di far godere egualmente ai sudditi della nostra Lombardia il bene, che deriva da una norma legislativa chiara, precisa, e consentanea ai veri rapporti della pubblica e privata felicità, quale abbiamo avuto unicamente in vista della mentovata costituzione; vogliamo che la medesima sia in avvenire immancabilmente osservata anche in tutta la nostra Lombardia: ed a questo effetto ne rimettiamo al Serenissimo Arciduca Governatore qui annesso un esemplare rubricato dal nostro Consigliere ed Official maggiore del nostro dipartimento d'Italia, don Francesco Oetgens, e nel quale abbiamo pure fatto inserire la legge già promulgata antecedentemente negli altri nostri Stati, portante l'annullazione della forza obbligatoria delle promesse di futuro matrimonio solite sinora celebrarsi sotto il nome di sponsali. Si darà il Serenissimo Arciduca l'attenzione di far pubblicare nelle debite forme la suddetta costituzione, e dare gli ordini au bistru tribunali e giudici, ed a chiunque spetterà di procurare l'esatta e costante osservanza; e

che sono dichiarate inabili a farlo, come qui appresso», e cioè nella citazione di una serie di impedimenti dirimenti, tra i quali spiccava il minore che non avesse ottenuto il consenso paterno, salvo che il giudice non ritenesse l'opposizione infondata (par. III-V). A questo seguiva l'elencazione degli impedimenti, tra i quali spiccava quello di *cultus disparitas* (par. X), seguito dalla normativa sulla forma celebrativa, ricalcata su quella tridentino-benedettina (XXIX): «all'effetto di contrarre matrimonio» non sarebbe stato infatti «sufficiente in avvenire, ogni e qualunque consenso anche espresso» ma soltanto, «come una condizione essenziale del contratto, e però indispensabile per la sua validità»¹²²⁹ quello dichiarato al parroco proprio degli sposi (o di almeno uno di essi – par. XXXI), in presenza di due testi e con espressa facoltà di delega a terzi non solo in favore del parroco cattolico ma anche dei «ministri delle Chiese non cattoliche»¹²³⁰: al netto dell'apertura verso la validità civile delle nozze contratte avanti ai ministri dei culti tollerati si può certamente sposare l'opinione del Passaniti¹²³¹ in merito al significato recondito di questa audace iniziativa imperiale e cioè che «tutto è come prima e tutto è diverso da prima. Si arriva al matrimonio passando attraverso la denuncia istruita dalla parrocchia¹²³².» Nulla di nuovo sotto il profilo del diritto canonico ma tutto diverso perché il matrimonio statualizzato spazza via tutto il resto, le ingombranti pratiche matrimoniali. Per lo Stato il matrimonio coincide con l'operato del parroco», che svolge le medesime incombenze canonicamente prescrittegli ma non più come ministro della Chiesa bensì (agli occhi della legge) come semplice funzionario dello stato civile e «custode della sua indissolubilità»¹²³³. Infatti il matrimonio tra cattolici è dissolubile soltanto per morte, in quanto anche la constatata (*ex par. XXXIX*) *impotentia coeundi* antecedente e perpetua, rappresenta un impedimento dirimente e non una causa di divorzio¹²³⁴.

preghiamo Dio, che lo conservi per un gran numero d'anni.» *Ibidem*, pag. 76-77.

1228Ad attuare quest'ultima prescrizione sta l'ordinanza 18 settembre 1784, regolatrice della transizione. «Il primo paragrafo prevede" che dal giorno della pubblicazione del presente editto debbono le curie ecclesiastiche della Lombardia austriaca astenersi dall'ammettere nuove petizioni, istanze o cause, che in virtù di detta costituzione dovranno portarsi avanti i giudici ordinarj civili". Le cause sui contratti matrimoniali stipulati in virtù della nuova disciplina passano così sotto la competenza del Senato di Milano e del Consiglio di Giustizia di Mantova.» P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 91.

1229V. ANONIMO, *Considerazioni...*, cit., pag. 84.

1230Par. XXIX. Ovviamente trattavasi delle confessioni citate nell'editto di tolleranza del 1781, e cioè la chiesa greca e le comunità ecclesiali augustana e ginevrina.

1231P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 94.

1232Par. XXXII: «Prima di contraersi ogni matrimonio dovrà essere denunciato, o sia pubblicato nella Chiesa della Parrocchia, a cui apparterranno gli sposi in un giorno di domenica o di festa di precetto, ed al tempo della predica, oppure in un'ora quando vi si troverà radunato il popolo in sufficiente numero; e in tale denuncia dovrà pubblicarsi esattamente il nome di battesimo e di famiglia dei coniugandi, il luogo di nascita di ciascuno, e la rispettiva loro condizione. La stessa denuncia o pubblicazione si dovrà replicare in altri successivi due giorni di domenica o di festa, affinché ogni, e ciascuno ne abbia un tempo sufficiente a poter rilevare in debito modo qualunque impedimento del matrimonio che gli fosse per avventura noto.» V. V. ANONIMO, *Considerazioni...*, cit., pag. 85.

1233P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 95.

1234La tutela della validità del vincolo era garantita da severissime pene per coloro che contraessero nonostante fossero consapevoli della presenza di un impedimento e con la convivenza coatta imposta a coloro che si fossero separati di fatto durante le more di una causa di nullità. Vedasi *amplius Ibidem*,

Si ritiene tuttavia che questa disciplina, sostanzialmente mutuata dai previgenti canoni, sia meno innovatrice rispetto alla coraggiosa definizione del negozio matrimoniale contenuta nel paragrafo XXII, ai sensi del quale «il contratto di matrimonio si fa, allorché un uomo, ed una donna consentono ad entrare in un indissolubile società, e convivenza all'effetto di avere prole, e di godere i diritti annessi allo stato conjugale»: un coraggio che il legislatore codiciale napoleonico non avrà, in ciò seguito dalle codificazioni successive (ivi compresa quella canonica del 1917), dovendosi anche rilevare come essa sia, nella diversità delle epoche, più simile al vigente can. 1055 § 1 che alle "classiche" definizioni civilistiche di Modestino e Giustiniano.

Ma in campo ecclesiasticistico sono ancora più interessanti i paragrafi dal L in poi, nei quali si tratta del matrimonio dei non cattolici (*rectius* acattolici – par. LI), cui erano state estese le modalità celebrative previste per i fedeli della religione ufficiale ma cui, soprattutto, era permesso il divorzio nei casi di delitto, adulterio, abbandono ingiustificato e doloso del tetto coniugale¹²³⁵ e, a domanda congiunta, qualora tra i coniugi insorgesse «odio capitale, o avversione invincibile tra i due coniugi», dopo un periodo di separazione e, comunque, valutati eventuali pregiudizi alla prole¹²³⁶, che erano valutati "a monte" della pronuncia di divorzio, conformemente del resto al paragrafo LV, il quale sanciva che «in tutti i casi di divorzio si dovranno ad un tempo regolare, le consecutive azioni, e pretensioni delle parti, e soprattutto non si potrà accordare il divorzio fino a che non sarà provveduto al mantenimento ed alla educazione dei figlj esistenti, o col mezzo d'una transazione, che sia approvata in giudizio dalle parti, ovvero mediante una provvisione fatta dal giudice», le quali ultime costituivano documentazione essenziale da presentare al ministro di culto perché questo potesse lecitamente assistere (a pena di deposizione) alle nuove nozze.

Questa normativa avrà tuttavia breve vigenza, in quanto presto superata dall'invasione francese¹²³⁷ e dall'ingresso dei principi separatisti sul suolo padano: lo attesta già il primo triennio della repubblica cisalpina, nonostante in esso sia «veramente notevole la scarsa importanza attribuita alle riforme di diritto privato, in confronto alle modificazioni avvenute nel campo del diritto pubblico.»¹²³⁸ Tuttavia che questa non potesse essere che una situazione provvisoria era dimostrato dall'importanza che il rapporto con la Chiesa rivestiva all'interno della nuova costruzione statale di impianto giacobino e, quindi, era solo questione di tempo perché il "bubbone" della materia

pag. 95-96.

1235Par. LI-LII

1236Paragrafi LIII e LIV, in ANONIMO, *Considerazioni...*, cit., pag. 92. In particolare quella inerente alla prole è disposizione di notevole modernità, assimilabile all'odierno spostamento di asse della famiglia dall'orizzontale/coniugale al verticale/parentale.

1237E' appena il caso di rammentare che le patenti confluiranno poi nel codice giuseppino del 1786, nel progetto martrini del 1794 e nel codice galiziano del 1797 ed infine nell'ABGB del 1811. Cfr. P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 97, nota 179.

1238A.L. BALLINI, *Le riforme di diritto privato nelle discussioni dell'assemblea cisalpina*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, XVI, 1943, pag. 322. L'Autore così prosegue: «Pochi gli istituti presi in esame, nessun progetto generale di codificazione del diritto civile; le modificazioni o le soppressioni avvennero soltanto in relazione alle nuove correnti politiche e al nuovo assetto del diritto pubblico.»

matrimoniale venisse a maturazione, trattandosi forse del principale punto di scontro tra le due Potestà già da molti secoli e forse l'unico circa il quale la Chiesa non avesse accettato di transigere, anche a lieve costo.

Quanto esposto viene già rilevato dal Ballini in uno studio la cui brevità nulla toglie all'acutezza di giudizio, laddove nota come la discussione circa «i diritti e i doveri del cittadino e la capacità giuridica degli enti ecclesiastici e dei loro membri [...]»¹²³⁹ non impedì che già nelle assemblee di Reggio, Modena, Bologna e Ferrara si addivenisse alla discussione intorno alla natura esclusivamente civilistica del contratto matrimoniale, tanto che la neocostituita Repubblica Cisalpina già dalla sua nascita pose immediatamente all'ordine del giorno la riduzione del numero degli impedimenti «al fine di non coartare la libertà degli individui, primo ed indiscutibile diritto del cittadino nuovo.»¹²⁴⁰

Di tali vedute si fece interprete il cittadino Lattuada, che il 18 piovoso dell'anno VI (1798), presentò all'attenzione dell'Assemblea un progetto legislativo di riforma degli impedimenti matrimoniali, composto da quindici articoli, con una premessa, nella quale (forse sull'esempio giuseppino) non si temeva di dare una definizione dell'istituto siccome «un contratto fondato sugli inviolabili diritti e doveri dell'uomo in società» dovendosi limitare dunque gli impedimenti secondo i principi sopra e citati, in «quelli precisamente necessari per i fisici e morali rapporti alla ben regolata propagazione della specie.»¹²⁴¹ Una funzione dunque eminentemente "naturale" dell'istituto che, secondo i noti principi di marca francese, doveva necessariamente portare ad una radicale considerazione del contratto (il più antico e nobile) alla legislazione puramente civile: infatti questo sarà il minimo comune denominatore di tutti gli emendamenti successivi presentati dai cittadini Lamberti, Reina, Greppi, Salimbeni e Schiera nel corso dello stesso anno¹²⁴², allo scopo di sbarazzarsi delle antiche "superstizioni" limitanti l'autentica libertà che «la generazione presente si aspettava da un governo repubblicano»¹²⁴³, in ciò non diversamente dal Lattuada che chiudeva la propria mozione chiedendo sanzioni penali per «coloro che d'ora in avanti insegnassero esservi altri impedimenti al matrimonio, oltre quelli che sono precisati da questa medesima legge.»¹²⁴⁴

Non si dissimulava in alcun modo l'intenzione di eliminare completamente la giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale che, già soppressa da Giuseppe II in Lombardia, restava ancora vigente nei territori delle Legazioni pontificie e del modenese: allo scopo, quasi ad anticipare concetti "orwelliani", la mozione Salimbeni si proponeva di applicare una forma di "igiene lessicale", eliminando del tutto il termine

1239 *Ibidem.*

1240 *Ibidem.*

1241 C. MONTALCINI – A. ALBERTI, *Atti delle assemblee della Repubblica cisalpina*, II, Bologna, 1927, pag. 402.

1242 C. MONTALCINI – A. ALBERTI, *Atti...*, II, pag. 402 e 591, III, pag. 260 ss., IV, pag. 726. Le mozioni furono rispettivamente presentate il 18 e 19 ventoso e il 26 fiorile dell'anno VI.

1243 Mozione Cocchetti. Cit. in A.L. BALLINI, *Le riforme...*, cit., pag. 326, che a sua volta rinvia a C. MONTALCINI – A. ALBERTI, *Atti...*, III, cit., pag. 257

1244 A.L. BALLINI, *loc. ult. cit.*

"impedimenti", che di per sè era idoneo a richiamare la dimensione sacramentale del vincolo, per sostituirlo con la prolissa locuzione di «norme atte a regolare il contratto». Equivocando il relatore sosteneva che la terminologia tradizionale aveva «una origine ecclesiastica poggiata sul principio della *indissolubilità* del matrimonio», da non confondersi «coi principi semplici, sodi e naturali della filosofia.» Ma se l'indissolubilità era già stata contestata in Francia, con risultati che avevano portato a riferirsi «ad una sorta di poligamia»¹²⁴⁵, per la mozione Compagnoni del 18 ventoso VI, ciò che oltralpe si era realizzato nei fatti andava trasposto in norme di diritto, atteso che «l'importanza di questa unione (del matrimonio) mantenitrice della specie [...] ha guidato i più saggi legislatori a consacrarlo con gli auspici della religione, e la religione non ha dappertutto consacrato la monogamia.»¹²⁴⁶ Un maggior numero di mogli avrebbe generato un maggior numero di figli, che un domani avrebbero difeso la Repubblica, fornendo a buon mercato quella che il nume còrso chiamava "carne da cannone". A suffragio di un argomento che, da altra prosepettiva aveva agitato anche le aule tridentine, con decisamente minor rigore biblico e teologico rispetto ai Padri conciliari, il Compagnoni si appellava agli esempi del Popolo eletto e dei Patriarchi Abramo, Isacco e Giacobbe, nonché di Mosè legislatore e Davide profeta, oltre che di Sant'Agostino, laddove ragionava della potestà divina di mutare la legge per un tempo determinato per un bene superiore.¹²⁴⁷

Trattavasi probabilmente di un'estremizzazione che, secondo un costume politico antichissimo, chiedeva il massimo per ottenere quanto desiderato, cioè la rinuncia all'indissolubilità del vincolo: in questo senso era esplicita la già citata mozione Salimbeni, che pure non sfuggiva ad argomentazioni di tipo "metafisico", affermando che «santa è la legge del divorzio perché certamente due sposi che fanno di potersi dividere, sono interessati alla loro unione»¹²⁴⁸, argomento questo che capovolgeva radicalmente la teoria secondo la quale è invece l'indissolubilità a garantire una maggiore dedizione nei confronti del coniuge, ma che non appariva stonato rispetto alla

1245J. GAUDEMET, *Matrimonio e famiglia...*, cit.

1246A.L. BALLINI, *Le riforme...*, cit., pag. 327.

1247«Nè conoscevo la giustizia vera, interiore che giudica non secondo consuetudine, ma secondo la Legge giustissima di Dio onnipotente, dalla quale son formati i costumi delle regioni e i tempi, mentre essa è dappertutto è sempre la stessa non diversa in luoghi e tempi diversi, secono la qual giustizia furono giusti Abramo e Isacco e Giacobbe e Mosè e Davide e tutti quelli lodati per bocca di Dio, mentre son giudicati ingiusti da inesperti che giudicano "secondo la giornata degli uomini" e misurano il tutto del costume dell'uman genere secondo quella parte ch'è costituita dal loro costume particolare [...] e s'indignano sentendo che in un secolo (remoto) sia stata lecita ai giusti qualcosa che in questo secolo non è lecita, e che a quelli Dio abbia ingiunto qualcosa, a questi qualcos'altro per ragioni temporali, mentre alla stessa giustizia servivano gli uni e gli altri [...] Ed io non vedevo che la Giustizia, alla quale servivano quei buoni e santi uomini, assai più eccellentemente e sublimemente contiene tutte insieme e contemporaneamente le cose che prescrive e non da nessuna parte variamente, e tuttavia ai vari tempi non le prescrive tutte contemporaneamente, ma a ciascun tempo distribuisce e prescrive i precetti suoi propri. Ed io invece riprendevo cieco i pii padri, che non solo seguivano delle cose presenti come Dio loro comandava e ispirava, ma anche rivelavano il futuro come Dio glielo rivelava.» *Ibidem*, pag. 327-328, nota 4.

1248C. MONTALCINI – A. ALBERTI, *Atti...*, IV, cit., pag. 728, in A.L. BALLINI, *Le riforme...*, cit., pag. 328, nota 1.

sede del dibattito. Opposto a quella che era fin lì stata la posizione rispetto al consenso parentale, che come si è visto costituiva una delle maggiori critiche al matrimonio canonico, era invece la posizione di coloro, come il Lattuada e il Greppi¹²⁴⁹, che in senso "libertario", ritenevano il consenso parentale come una limitazione delle libertà repubblicane «comportante tutto il peso degli aboliti governi»¹²⁵⁰, tanto da impegnare due sedute dell'assemblea (27 e 28 fiorile VI) su questo argomento. Il Ballini, sul punto, rileva come fin da subito si delineassero tre correnti: «quella che riteneva assolutamente inutile il consenso, quella che ne ammetteva la necessità e quella che deliberava doversi dichiarare esplicitamente i casi nei quali questo consenso doveva sussistere.»¹²⁵¹ I fautori della "deregolamentazione" del consenso parentale si appellavano al diritto naturale, di cui il consenso parentale aveva costituito una "sovrastruttura" civilistica e che doveva per conseguenza espungersi, mentre gli si opponeva la mozione Glissentini, che al contrario vedeva nell'ordine della società dato dalla prevalenza della ragione sui sentimenti il criterio che doveva muovere il legislatore sul punto. Lo scontro era irriducibile, non dovendo quindi stupire l'emersione di soluzioni intermedie, come la mozione Dehò, che all'uopo proponeva di proclamare una generale libertà di matrimonio, temperata però da alcuni «casi di eccezione»¹²⁵², quali «la mancanza di salute dei figli, titolo di scostumatezza, assoluta impotenza a sostenere i pesi»¹²⁵³, da valutarsi comunque giudizialmente.

I lavori vennero comunque conclusi con la "vittoria di Pirro" dei "libertari", i quali nei fatti giungevano alle medesime conclusioni disprezzata legge canonica, tanto che la mozione Brunetti fu costretta a rimarcare come «ben diversi fossero i principi informatori delle due legislazioni. La prima, la canonica, si disse, non esigeva il consenso paterno non già per un fine retto, ma perché avendo essa elevato il matrimonio a sacramento, ne traeva tanto maggior guadagno quanto minori erano le restrizioni.»¹²⁵⁴

Il 18 brumaio doveva pesantemente frustrare gli ambiziosi progetti dei legislatori giacobini, soprattutto in materia di rapporti con la Chiesa, se non nei fatti almeno a livello costituzionale. Si è già ricordato¹²⁵⁵ come la nascita della Repubblica italiana profondamente innovasse sul punto, rispetto all'esperienza cisalpina, sancendo un ancorché teorico confessionarismo; così anche i conati codificatori di questa repubblica bonapartista dovevano risentire del mutato clima e della volontà del Primo console di restaurare un "ordine repubblicano-borghese" che era stato frustrato dal fanatismo giacobino prima, dalla corruzione del Direttorio poi¹²⁵⁶. Non essendo ancora entrata in

1249 *Ibidem*, nota 5.

1250 *Ibidem*.

1251 A.L. BALLINI, *Le riforme...*, cit., pag. 329. «La prima prendeva a sostegno i principi di libertà considerati come il diritto di poter fare ciò che si vuole sempre che non nocca agli altri.» (mozione Alberghetti)

1252 C. MONTALCINI – A. ALBERTI, *Atti...*, IV, cit., pag. 736.

1253 *Ibidem*.

1254 A.L. BALLINI, *Le riforme...*, cit., pag. 332.

1255 V. *Supra*, Parte II, cap. II.

1256 Che la dipendenza dalla Francia fosse assoluta è attestato dal fatto che la stessa proclamazione della Repubblica Italiana avvenisse a Lione.

vigore la codificazione francese, nei territori della nuova entità statale il governo si attivava¹²⁵⁷ per realizzare una codificazione "autoctona", che naturalmente non poteva astenersi dal trattare del matrimonio. Tra il 1802 e il 1803, Alberto de Simoni, delegato all'uopo dal Governo della Repubblica italiana, predispose due progetti di codificazione che si ispirava ai nuovi criteri di "ordine", ripristinando perciò l'assenso parentale e collocando la donna in una posizione deteriore. Ciò che qui più interessa è però il titolo IV del I libro, che nella prima redazione constava di un paragrafo in più (il II), nel quale si esponeva una regolamentazione unilaterale dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa sul punto; infatti il § 1 sanciva che «il matrimonio essendo un contratto, che forma lo stato naturale e civile delle persone de' conjugati, e de' loro figlj e discendenti, interessa direttamente la società ne suoi rapporti civili e politici perché la legge non possa dispensarsi dal prenderlo per uno degli oggetti più necessarj delle sue provvidenze», dovendosi così considerare «il matrimonio sotto due aspetti, per quello della legge naturale, e per quello della legge civile quanto al modo, e al rito da osservarsi, prescindendo da quello della religione che è secondario¹²⁵⁸. Egli è prima un contratto civile, che un sacramento secondo la religione; non può essere quindi un contratto legittimo se non conformemente a quanto presume la legge. La religione pertanto non vi può opporre il suo sacro sugello che da poiché il matrimonio è un vero e legittimo contratto secondo la legge civile.»¹²⁵⁹

Dette norme non sarebbero state riproposte nella seconda stesura, la quale avrebbe preveduto esclusivamente un § I, ai sensi del quale «la legge non considera il matrimonio che sotto i suoi rapporti civili e politici e non riconosce altro matrimonio che quello contratto secondo il prescritto dalla stessa legge, presciso ogni altro riguardo», richiedendosi per la sua validità «il libero e spontaneo consenso de' contraenti.»¹²⁶⁰

La "robusta" modifica è presto spiegata dalla stipula del concordato italiano del 1803 e dalla volontà del Melzi di non eccedere in un rigore di stampo giuseppinista «che cozzava contro le sue millantate buone intenzioni nei confronti del clero e del buon

1257«Le funzioni costituzionali di Presidente della repubblica [Buonaparte] erano delegate al Melzi, che in tal modo avrebbe potuto eseguire gli impegni di governo in maniera spedita [...] il quale «era comunque in grado di fare proprio il programma di codificazione del comitato cisalpino.» Così P. PERUZZI, *Progetto e vicende di un codice civile della repubblica italiana (1802-1805)*, Milano, 1971, pag. 222-223.

1258Gaudemet l'avrebbe definito siccome un vero e proprio matrimonio "laicizzato".

1259P. PERUZZI, *Progetto e vicende...*, cit., pag. 305-306. I paragrafi in questione rendono pienamente corretto il rilievo di P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 147-148, quando afferma che questi progetti De Simoni «non sono tanto rilevanti storicamente se visti come la traccia del codice mancato, considerando che per la sua natura, in senso lato costituzionale, il codice civile riflette un equilibrio politico che nella fragile repubblica non poteva esserci. I progetti assumono un grande significato come testimonianza della ricerca di un nuovo ordine giuridico, tra Antico regime e codificazione livellata sulla borghesia, senza un diretto passaggio rivoluzionario. Nel progetto De Simoni si ritrovano così definizioni ad alta densità concettuale che denotano, nello sforzo descrittivo, una volontà di adattare al sistema giuridico *in itinere* il consueto quadro sociale.»

1260Ibidem. «Gli anni che seguirono furono caratterizzati da un dissidio gravissimo tra Stato e Chiesa. Il codice napoleonico che sostituendo il progetto del De Simoni, denegava al matrimonio il carattere religioso, ammetteva l'istituto del divorzio, obbligava alla precedenza il contratto civile sul sacramento.» Così F. CONCI, *La Chiesa e i vari Stati...*, cit., pag. 68.

popolo della repubblica»¹²⁶¹. Già si è accennato alla clausola concordataria (art. 14) in base alla quale «nessun parroco potrà essere astretto ad amministrare il sacramento del matrimonio a chiunque sia legato da qualcheduno degli impedimenti canonici»¹²⁶², con particolare riferimento dunque all'*impedimentum ordinis*¹²⁶³, e alle disposizioni del codice napoleone e degli articoli organici circa la necessaria priorità della celebrazione civile rispetto a quella ecclesiastica¹²⁶⁴.

Dal biennio 1815-1816, lo sfacelo dell'impero francese determinò la sostituzione della codificazione napoleonica (e del concordato)¹²⁶⁵ con la disciplina dell'ABGB di impostazione giuseppinista. La sovrana patente 20 aprile 1815¹²⁶⁶, al suo primo articolo, pur confermando la validità di tutti i matrimoni contratti secondo la normativa francese, esprimeva tuttavia l'auspicio che gli stessi venissero "regolarizzati" secondo le forme proprie di ciascun culto, manifestando così un chiaro sfavore verso la forma celebrativa laicizzata¹²⁶⁷, in conformità del resto all'impostazione austriaca che vedeva nel ministro di culto anche l'ufficiale dello stato civile. La trattazione della materia da parte del legislatore codiciale asburgico era infatti basata sull'evoluzione del sistema giuseppino, il quale a sua volta era il compendio delle teorie gallicane con quelle gianseniste e febroniane¹²⁶⁸: i § 44-136, rubricati "*Diritto del matrimonio*" erano inaugurati dalla definizione secondo la quale quello era il contratto tramite il quale «due persone di differente sesso dichiarano nel modo voluto dalla legge la loro volontà di vivere in consorzio inseparabile, di procreare figli ed educarli, e di prestarsi reciproca

1261J. LEFLON, *La crisi rivoluzionaria (1789-1815)*, in A. FLICHE – V. MARTIN (dir.), *Storia della Chiesa...*, cit., XX, Torino, 1971, pag. 307.

1262A. MERCATI (a cura di), *Raccolta di concordati*, cit., pag. 570.

1263La proposta, accolta, di una simile norma proveniva dalla controproposta romana alla prima bozza di marca francese. Lo attesta J. LEFLON, *La crisi rivoluzionaria...*, cit., pag. 323, laddove ricorda che il Pontefice «voleva particolarmente tutelata la santità del matrimonio e la libertà del parroco, non costringendolo ad assistere a matrimoni invalidi o illeciti per qualche canonico impedimento.»

1264Vedasi *Supra*, Parte I, cap. IV e Parte II cap. II. Circa la storia del concordato napoleonico si faccia riferimento alla bella e recente monografia di D. ARRU, *Il concordato italiano del 1803*, Milano, 2003. La disposizione sul matrimonio è ivi definita di «origine lionese». *Ibidem*, pag. 404.

1265Invero il concordato napoleonico ebbe una sorta di ultrattività nei territori del Veneto, di nuova annessione (se si eccettua il breve periodo di vigenza del Trattato di Campoformio) e nei quali non era possibile far rivivere il particolarissimo diritto ecclesiastico della Serenissima.

1266F. DE ZEILLER – G. CAROZZI, *Le prescrizioni sul diritto di matrimonio estese al Regno Lombardo-Veneto in virtù della Sovrana Patente 20 aprile 1815 con i commenti a ciascun articolo estratti dal commentario sul codice civile universale della monarchia austriaca*, Milano, 1815. La restante parte dell'ABGB sarebbe entrata in vigore con la Patente 28 settembre 1815. Per i generali rapporti tra lo Stato e la Chiesa vedasi A. LORENZONI, *Istituzioni del diritto pubblico interno pel Regno lombardo-veneto*, II, Padova, 1835, pag. 610 ss.

1267*Ibidem*, pag. 17: «I contratti di matrimonio, a tenore delle leggi che furono fino ad ora in vigore, validamente conclusi sono riconosciuti come tuttora validi, rispetto agli effetti civili di essi. I sentimenti de' nostri sudditi però ci ispirano la piena fiducia che, secondo la diversità della religione che professano, essi o avranno di già soddisfatto o non tralascieranno di soddisfare in appresso ai doveri di religione e della coscienza.»

1268Non a caso l'esposizione di F. DE ZEILLER – G. CAROZZI, *Le prescrizioni...*, cit., pag. 21, nota 1, viene aperta citando Pothier e Van Espen. Sulle loro teorie vedasi *Supra*, Parte I, cap. III e IV.

assistenza». Se detta definizione poteva dirsi canonicamente accettabile¹²⁶⁹, meno conforme all'"apostolicità" della monarchia danubiana era l'introduzione di nuovi impedimenti dirimenti, quali «la mancanza del consenso paterno o di chi per lui (§ 49-52), lo stato di gravidanza di colei che s'è sposata (§ 58) o della vedova (§121), la condanna a morte o a carcere duro come caso di "impotenza morale"¹²⁷⁰ (§ 61).» All'*impedimentum ligaminis* era parificato quello derivante dall'ordine sacro, del voto solenne e della disparità di culto, i quali non solo rendevano nulle eventuali nozze ma, soprattutto, impedivano qualsivoglia forma di legittimazione della prole che fosse nata da un vincolo in tal guisa viziato.

Quanto alle forme celebrative per una valida unione era necessario transitare dalla denuncia e dalla solenne dichiarazione del consenso (§ 69): la prima (§ 69-74) avveniva con la tradizionale forma della proclamazione per tre feste di precetto consecutive dal pulpito delle parrocchie di afferenza dei nubendi ma, nel caso di matrimoni misti, lo stesso doveva effettuare il ministro del culto ammesso. Ricognitivo dello *status* di pubblico ufficiale attribuito al parroco cattolico (ma anche della giurisdizione vantata dalla Chiesa su eretici e scismatici) era il dovere di procedere alle denunce in parrocchia anche delle nozze di battezzati in altre chiese o comunità ecclesiali cristiane¹²⁷¹. Il

1269Cfr. can. 1013 § 1 *vet. cod.*

1270V. DEL GIUDICE, *La validità civile...*, cit., pag. 457. Interessante il diverso approccio al problema rispetto a quello napoleonico. Il secondo si atteneva ancora al concetto giustiniano di "morte civile" mentre l'absburgico si rifaceva ad una categoria di stretta derivazione canonistica, ancorché inaccettabile ai sensi del diritto ecclesiale.

1271Ancora una volta è acuto P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 165, laddove rileva che «il codice vede nel parroco cattolico l'intermediario idealtipico cui commissionare la celebrazione di un atto sociale, del fondamentale atto sociale per lo Stato. Il vero interesse pubblico consiste nella gestione religiosa dell'atto di formazione della famiglia, dei rapporti familiari. E' un matrimonio, come dire, appaltato a chi meglio se ne intende, a chi per motivi storici può adempiere al meglio alla funzione. Si viene a configurare un confessionalismo statualizzato che dà una forma alla tradizione, identificandola innanzitutto, per una questione di numeri, nella tradizione cattolica.» Ciò non impediva che si regolamentassero anche le nozze del numericamente forte culto ebraico. Cfr. V. DEL GIUDICE, *La validità civile...*, cit., pag. 460: «per il matrimonio degli ebrei erano stabilite diverse eccezioni alle regole prescritte generalmente (§§ 123-131): tra l'altre, quella che i nubendi dovessero ottenere un preventivo consenso, o autorizzazione, "dall'ufficio del circolo, nel cui distretto esiste la principale comunità ebraica, alla quale essi sposi sono ascritti". Del seguito matrimonio "innanzi al rabbino o maestro di religione della comunità principale dell'uno o dell'altro degli sposi, in presenza di due testimoni, dovea farsi annotazione, dallo stesso rabbino o maestro di religione della comunità principale dell'uno o dell'altro degli sposi, "in presenza di due testimoni" dovea farsi annotazione, "nella lingua del paese", nei libri dei matrimoni, che dovevano essere tenuti secondo le prescrizioni che riguardavano i libri parrocchiali. Era ammesso, inoltre, che lo scioglimento del matrimonio contratto tra ebrei potesse avvenire per libero consenso mediante il libello di ripudio che il marito dà alla moglie: ma la "validità in diritto" di tale libello e la sua efficacia erano condizionate ad un duplice tentativo di riconciliazione, che doveva farsi dal rabbino e poi dal tribunale provinciale del distretto; il quale, attese le circostanze e esaurito il tentativo di conciliazione, concedeva che il marito desse alla moglie il libello, e poi, a una nuova comparsa dei coniugi accettanti, dichiarava tale libello valido ed efficace (§ 133-135). Il passaggio di un coniuge ebreo alla religione cristiana non determinava di diritto lo scioglimento del matrimonio legittimo, ma questo poteva essere sciolto con la forma suddetta (§ 140). Del pronunciato divorzio il tribunale della R delegazione doveva dar comunicazione al competente rabbino o maestro di religione perché questi ne facesse relativa annotazione al luogo del libro matrimoniale ove trovavasi

solenne scambio dei consensi era invece disciplinato dai § 75 e 76, ai sensi dei quali la reciproca oblazione doveva avvenire innanzi al curato proprio di uno dei nubendi «comunque per la diversità di nome egli si chiami, parroco, pastore od altrimenti, oppure innanzi al sostituto di esso, alla presenza di due testimoni»¹²⁷² (i quali a far data dal 6 novembre 1822 avrebbero dovuto essere, per interpretazione autentica, maschi maggiorenni, la cui partecipazione fosse volontaria, non occasionale ed intenzionale, come del resto era stato già previsto da Benedetto XIV); la registrazione avveniva sui libri parrocchiali, allegando laddove fosse necessario i documenti attestanti la rimozione di eventuali ostacoli all'unione.

Di stretto tenore giurisdizionalista erano invece i paragrafi 83 e 84, ai sensi dei quali competente a ricevere le istanze per eventuali dispense era il governo che, una volta approfondita la questione, avrebbe esso stesso provveduto a trasmettere all'autorità ecclesiastica la domanda¹²⁷³; era infatti interdetto ricorrere direttamente a Roma (in contrasto con forse il più antico dei diritti fondamentali del *Christifidelis*), dovendosi comunque indirizzare l'istanza non alla congregazione competente, bensì all'ambasciatore di Palazzo Venezia¹²⁷⁴. Allo stesso modo si avocava completamente allo Stato la giurisdizione per le cause di nullità (il divorzio era infatti proibito ai cattolici) con procedura da istruirsi presso il tribunale nel cui "distretto" era collocato il domicilio dei consoli. Quanto alla procedura è sufficiente rammentare che presso di esso veniva costituito un "difensore del matrimonio", modellato sulla figura lambertiniana, il quale doveva «praticare esatte indagini sulle circostanze allegate per fondamento alla nullità o dello scioglimento, esaminare attentamente in quanto la domanda sia appoggiata alla legge, ed a piene prove, o quali eccezioni o difficoltà vi ostino, e proporre quindi al giudice un fondato e scrupoloso parere». Detta parte era anche obbligata ad interporre appello contro un'eventuale sentenza assertiva e nel caso di doppia conforme, purchè resa nei confronti di un soggetto cattolico, aveva l'obbligo di chiedere la revisione. Solo allora il giudice avrebbe notiziato l'autorità ecclesiastica perché provvedesse alle necessarie annotazioni.

Come si è accennato *supra*¹²⁷⁵, i fatti del 1848 dovevano segnare profondamente tanto la corte romana quanto quella viennese, suggerendo ad entrambe che più convenisse ai rispettivi poteri sostenersi reciprocamente, anziché danneggiare la causa comune¹²⁷⁶. In

iscritto il matrimonio disciolto. Da una circolare datata Venezia il 18 marzo 1822 si desume che il procedimento stabilito nei §§ 133-136 per gli ebrei sarebbe stato applicabile al caso che uno dei coniugi fosse passato alla religione cristiana e che rimanesse infruttuoso "l'esperimento delle ammonizioni fatte dal catechista cristiano al conuge rimasto ebreo": in questa ipotesi, "giunge il momento in cui il giudice dovrà fungere ulteriormente il di lui ufficio"; il che voleva significare che sarebbe potuto provocare autoritativamente lo scioglimento del matrimonio, in applicazione di dispensa apostolica per privilegio paolino.»

1272F. DE ZEILLER – G. CAROZZI, *Le prescrizioni...*, cit., pag. 95.

1273 La Chiesa non veniva nemmeno nominata; il Codice si limitava a parlare di «ulteriore corrispondenza.»

1274Circ. 31 marzo 1818, 27 giugno 1821, 7 settembre 1830, 1° luglio 1834. V. V. DEL GIUDICE, *La validità civile...*, cit., pag. 457

1275Parte I, cap. IV.

1276«Apparve subito evidente che si sarebbe arrivati assai più lontano di quanto all'inizio si fosse previsto.

quest'ottica deve dunque leggersi l'inaugurazione dei negoziati ufficiali per la stipula di un Concordato tra l'Impero Austriaco e la Santa Sede, che eccezionalmente si svolsero a Vienna e in cui, già dall'inizio il Governo austriaco «era disposto a dare alcune fondamentali concessioni», tra cui spiccavano, il ripristino della riserva di giurisdizione ecclesiastica sulle cause di nullità matrimoniale e «a rifiutare gli effetti civili del matrimonio a qualsiasi unione contratta da un cattolico, che non fosse da ritenere un valido matrimonio secondo le leggi della Chiesa.»¹²⁷⁷ In contraccambio si domandava "solo" qualche emendamento della legge canonica, tra cui spiccava l'eliminazione del matrimonio condizionato e la riserva per la civile potestà di «stabilire di sua autorità quelle cause di impedimento del matrimonio che esso avesse giudicato convenienti e di sanzionarle, se del caso, con forti pene.»¹²⁷⁸

In ossequio a queste speranze, la prima bozza del 27 ottobre 1852, all'art. IV, sanciva

Infatti da una parte, il Rauscher, e con lui quanti avevano subito l'influenza del romanticismo cattolico, tedesco, desideravano vedere l'Austria ritornare all'ideale dello Stato cristiano medievale, nel quale tutta la vita sociale e familiare si ispirasse ai punti di vista della Chiesa; auspicavano cioè un accordo, che regolasse non solo e non tanto questioni particolari, come quella del matrimonio, ma in genere tutto l'insieme dei rapporti tra la Chiesa e lo Stato. Il Rauscher poi stimava che un accordo generale, valevole per tutte le parti dell'Impero, Ungheria compresa, avrebbe contribuito a rafforzare l'unità della monarchia, e avrebbe assicurato l'appoggio della Chiesa alla politica di restaurazione iniziata dopo il 1848. D'altra parte la Curia romana, impegnata proprio in questo momento in analoghe trattative con altri paesi, rendendosi conto che l'Imperatore, spinto da sua madre l'Arciduchessa Sofia, voleva raggiungere ad ogni costo un accordo, volle approfittare di questa situazione vantaggiosa per fare del concordato austriaco un concordato esemplare, assolutamente conforme alle esigenze della dottrina cattolica e del diritto canonico.» Questo il correttissimo sunto di R. AUBERT, *Il pontificato di Pio IX (1846-1878)*, in A. FLICHE – V. MARTIN (dir.), *Storia della Chiesa...*, cit., XXI, Torino, 1964, pag. 213-214. Di opinione contraria F. CONCI, *La Chiesa e i vari Stati...*, cit., pag. 82-83, secondo il quale «quel concordato non era del resto nemmeno eccessivamente favorevole alla Chiesa. E' vero che si garantiva la sua protezione da parte dello Stato, la libertà di comunicazione fra Santa Sede, Clero e fedeli, l'orientamento religioso della scuola con diritto di scelta dei testi di religione e col potere d'ispezione e che si dava alle autorità ecclesiastiche il diritto di dare la "missio" ai professori di teologia, di scongiurare i fedeli dalla lettura di libri censurati, di fondare seminari, nonché di amministrare e ricevere la "congrua" se i beni non fossero ritenuti sufficienti. Inoltre si rinviava al diritto canonico per quanto non previsto dal concordato. Ma d'altra parte si riconfermava e si estendeva il privilegio dell'Imperatore di nominare gli Arcivescovi e vescovi, di ricevere il loro giuramento di scegliere il parroco tra i primi tre vincitori di concorso. Si elencavano altresì le funzioni degli arcivescovi e vescovi, si demandava ai tribunali civili la cognizione degli effetti delle sentenze ecclesiastiche nonché le cause circa i patronati laici. Il consenso del governo era poi necessario per le modifiche alle circoscrizioni diocesane e per gli atti di amministrazione del cosiddetto "Fondo di religione e di studio".» Opinione rispettabile ma non condivisibile, sembrando davvero infime queste concessioni rispetto alla rinuncia al giuseppinismo.

Quanto al Rauscher, che l'opera ultima citata (pag. 215) designa quale "dittatore" della chiesa austriaca dell'epoca era un «nato il 6 ottobre 1797 a Vienna [...], laureato in giurisprudenza, fu ordinato sacerdote nel 1823 e divenne nel 1825 professore di storia della Chiesa e di diritto ecclesiastico a Salisburgo.» Dopo essere stato accanto al Metternich nelle abortite trattative per il concordato, iniziate nel 1835, fu consacrato il 15 aprile 1849 vescovo di Seckau e «nel dicembre 1851 l'Imperatore lo nominò suo plenipotenziario per un concordato con la S. Sede.» Vedasi *amplius*, A. ROBERTI, *Joseph Gottmar Rauscher*, in *Enciclopedia cattolica*, X, cit., pag. 554-555.

1277A. ZANOTTI, *Il Concordato austriaco del 1855*, Milano, 1986, pag. 85-86.

1278 *Ibidem*.

che «*in specie episcopi jurisdictionem ecclesiasticam secundum canones exercent: magistratus autem civiles ipsis ad sententiam executioni mandandam nec non ad disciplinam contra clericos reprehensione dignos mantendam, quando opus fuerit, assistentiam prompti praebeant. De causis matrimonialibus in foro eorum cognoscent. Haud improbat tamen S. Sedes, quod lites, quae circa civiles tantum matrimonii effectus versantur, ad tribunalia saecularia remittantur.*» Questa prima esposizione, che non faceva alcun riferimento al carattere sacramentale del vincolo, veniva presto emendata in tal senso, fondando su detto riconoscimento la giurisdizione ecclesiastica ed individuando la normativa applicabile al caso nei canoni tridentini¹²⁷⁹, dovendo però concedersi in contraccambio una regolamentazione del matrimonio a livello di *jus particulare* per l'Austria, attraverso un'apposita istruzione.¹²⁸⁰ Ovviamente una simile concessione, escogitata dal Rauscher d'intesa con il Nunzio Viale Prelà *inaudita Sede Apostolica*, non poteva trovare favorevole accoglimento presso le congregazioni romane che la bocciarono radicalmente; era infatti contrastante con l'allora imperante centralismo, che impediva di lasciare alle Chiese particolari una larga potestà legislativa; comunque, per evitare pericolosi strascichi e riviviscenze febroniane, dal Quirinale si suggerì di soprassedere per il momento alle trattative sul matrimonio, concentrando l'attenzione su altri temi, anche allo scopo di non offendere la sensibilità del delegato imperiale.

Fu così che ancora nel tardo 1853 la questione matrimoniale non poteva dirsi risolta, entrando anzi in una situazione di vera e propria crisi delle trattative; questa era dovuta al netto rifiuto da parte della Santa Sede di concedere al governo la facoltà di stabilire impedimenti ulteriori rispetto a quelli canonici, da cui sarebbe derivato l'obbligo, per il potere civile, di abrogare quelle parti dell'ABGB che fossero in contrasto con questa riserva ecclesiastica: sembrava trattarsi di un vero e proprio scoglio insuperabile in quanto, nel pensiero di Pio IX, la materia delle speciali incapacità giuridiche era stata definitivamente fissata dal Tridentino in completo favore della suprema Autorità ecclesiastica, non avendo questa il potere di calpestare la decisione assunta dal Collegio episcopale *uno cum Capite suo*; ma ancor più pregnante era l'idea dello *jus connubii* siccome un diritto naturale, che non poteva in alcun modo autoritativamente essere conculcato ma solo volontariamente rinunciato da parte del titolare¹²⁸¹. Ecco perché sul punto la questione doveva considerarsi chiusa, non ostanti

1279Con ciò si intendeva spezzare le reni ad un eventuale soprassalto giurisdizionalista. Questo il testo: «*Quum Ecclesiae sit, de matrimonio utpote sacramento novi foedere leges ferre ac judicare, de causis matrimonialibus cognoscat iudex ecclesiasticus, ad quem juxta tenorem canonum et tridentinorum imprimis decretorum spectant.*» *Ibidem*, pag. 94.

1280«*Porro attentis peculiaribus, quae per Austriam obtinet, rerum adjunctis pariter ac principiis quae lex civilis quoad vinculum matrimonii et obligationes ex eodem promanantes adoptavit, sanctissimus Pater adprobat, ut in causis matrimonialibus pertractandis instructio Sedis apostolicae iudicio substrata per omnes Austriae dioceses regulae ad instar teneatur. Lites quae circa civiles tantum matrimonii effectus versantur, ad tribunalia saecularia remitti possunt.*» *Ibidem*.

1281Nota lo Zanotti che «la questione per l'Austria era antica», essendo già stata affrontata ai tempi delle trattative metternichiane, cui si fece cenno parlando del Rauscher. A. ZANOTTI, *Il Concordato...*, cit., pag. 121. In particolare si era salomonicamente prospettata una efficacia solo civile degli impedimenti, restando impregiudicata la validità del matrimonio canonico, il che era però inattuabile nella mentalità dell'epoca, dominata dal principio dell'uniformità degli *status*.

le minacce del Rauscher, che era arrivato a comminare l'istituzione del matrimonio civile nel caso il paragrafo 66 delle citate istruzioni (che non trattava direttamente del problema ma si limitava a sancire l'obbligo di obbedire alle leggi civili) fosse rigettato da Roma.

Ogni protesta fu però vana: le trattative dovevano arrestarsi su questa seconda proposta romana, anche grazie al fermo proposito dell'imperatore Francesco Giuseppe di giungere alla stipula dell'accordo, avvenuta il 18 agosto 1855 - non a caso Augusto genetliaco - tra il delegato cesareo Rauscher e quello pontificio Viale Prelà. Quanto compiuto dai plenipotenziari veniva ratificato dall'absburghese il 23 settembre e reso esecutivo attraverso Patente imperiale del 5 novembre 1855¹²⁸². A sua volta Pio IX aveva ratificato l'accordo il 4 settembre e l'aveva solennemente pubblicato in concistoro il 3 novembre con la bolla "*Deus humanae salutis auctor.*" Nel testo definitivo l'art. X, era dedicato al matrimonio e stabiliva: «*quum causae ecclesiasticae, et in specie quae fidem, sacramenta, sacras functiones, nec non officia et iura ministerio sacro adnexo respiciunt, ad Ecclesiae forum unice pertinaent, easdem cognoscet iudicem ecclesiasticum, qui perinde de causis quoque matrimonialibus iuxta sacros canones et tridentina cum primis decreta iudicium feret, civilibus tantum matrimonii effectibus ad iudicem saecularem remissis. Sponsalia quod attinet, auctoritas ecclesiastica iudicabit de eorum existentia, et quoad matrimonium impediendum effectibus, servatis quae idem Concilium tridentinum et Apostolicae litterae, quarum initio "Auctorem fidei", constituunt.*»¹²⁸³ Si metteva al riparo, con questi espliciti riferimenti canonici, la concezione "ortodossa" da tutti i pericoli nei quali era incorsa negli ultimi secoli. Il giudice doveva quindi giudicare della validità delle nozze solo ed esclusivamente sulla base dei canoni¹²⁸⁴: un ritorno, per dirla con lo Jemolo, ad uno "stato guelfo", in guisa molto simile a quella italiana del secolo successivo anche se molto più effimero. Infatti la Patente 8 ottobre 1856, con le sue due appendici¹²⁸⁵, con la quale si abrogavano «in parte le disposizioni del codice civile»¹²⁸⁶ e si imponeva il divieto per i cattolici di contrarre matrimonio in spregio della normativa canonica, veniva in Lombardia abrogata già con la legge 27 ottobre 1860, ripristinante la giurisdizione civile. Appare quindi assai ironica la circostanza che la più celebre applicazione delle disposizioni concordatarie austriache si sia avuta quando l'unità d'Italia era già da anni un dato quesito, invocata *pro domo sua* da uno dei nemici capitali di entrambi i paciscenti del 1855¹²⁸⁷.

1282Per il testo della patente vedasi N. VERGOTTINI, *Analisi del concordato austriaco del 18 agosto 1855*, Venezia, 1856, pag. 21 ss.

1283A. MERCATI (a cura di), *Raccolta di concordati...*, cit., pag. 823.

1284N. VERGOTTINI, *Analisi del concordato...*, cit., pag. 439. V. anche V. DEL GIUDICE, *La validità civile...*, cit., pag. 461: «Il potere giurisdizionale dei tribunali civili circa le azioni di nullità dei matrimoni anche tra cattolici rimase fermo sino al ricordato Concordato tra Pio IX e Francesco Giuseppe, reso esecutivo con Patente imperiale 5 novembre 1855, che contenne nell'art. X, la riserva al foro ecclesiastico di tutte le "causae ecclesiasticae", e specialmente di quelle relative alla fede, ai sacramenti, ai sacri uffici etc., e determinò che le cause matrimoniali dovessero essere decise "*iuxta sacros canones*", "*civilibus tantum matrimonii effectibus*".

1285Cfr. *Infra*, Parte II, cap. IV, par. 4.

1286G. PIOLA, *Matrimonio (diritto civile)*, cit., pag. 1093.

1287V. *Infra*, Parte II, cap. IV.

CAPITOLO IV
L'UNITÀ E IL MATRIMONIO CIVILE

1- *Il diritto matrimoniale subalpino e la lotta per l'introduzione del matrimonio civile.*

Nell'apprestarsi a trattare dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa nei territori soggetti all'antica dinastia sabauda, non ci si può astenere dal far proprio il rilievo di Francesco Ruffini¹²⁸⁸ circa la lealtà alla Sede apostolica non solo della quasi totalità dei sudditi subalpini ma anche e soprattutto della Casa regnante, almeno finché essa fiorì nella sua linea principale. Fedeltà che però non aveva mai significato sudditanza, almeno dai tempi dell'antipapato di Felice V il quale, in guiderdone della propria rinuncia al conteso triregno, aveva ottenuto da Niccolò V importantissimi diritti di presentazione e giuspatronato, poi confermati dai Pontefici successivi e costantemente difesi dai discendenti del Biancamano.

Proprio a tutela degli importanti privilegi concessi al potere civile, i Sovrani sempre si astennero dal prospettare grosse questioni in materia di matrimonio, e ciò nonostante lo sconfinamento dalla vicina Francia di alcune delle idee giurisdizionaliste in proposito. Il Concilio di Trento fu infatti prontamente accolto e pubblicato da Emanuele Filiberto, detto Testa di Ferro¹²⁸⁹, il quale aveva altresì immediatamente agito per l'imposizione coatta del credo cattolico anche alla minoranza valdese che dimorava, allora come ora, in quelle valli che da essa prendono il nome: tuttavia la costante resistenza delle popolazioni, che da Ginevra avevano ricevuto un soccorso non soltanto spirituale, aveva infine costretto il duca a venire a patti con gli eterodossi, loro concedendo il pubblico culto nelle Valli attraverso l'atto di tolleranza religiosa sottoscritto dal suo plenipotenziario e parente Filippo, il 5 giugno 1561 in quel di Cavour. Da questo primo, rudimentale, riconoscimento della libertà religiosa doveva discendere anche il diritto dei protestanti piemontesi di regolare il loro matrimonio secondo le proprie norme confessionali, con attribuzione ai pastori del compito di registrare i consensi prestati.

L'importante concessione non poteva trovare vita facile in un'epoca di forte territorialismo, in particolar modo dopo la pace di Vestfalia e la definitiva sanzione del principio "*cuius regio eius religio*" quale condizione essenziale per l'instaurazione di un regime giurisdizionalista da parte dei sovrani assoluti; si addiveniva infatti ad una nuova ondata di repressione contro la minoranza eterodossa ad opera di Carlo Emanuele II, che nel 1655 scatenò un'offensiva volta alla definitiva estirpazione dell'eresia, la cui crudeltà non doveva essere seconda a quella sfoggiata dalle soldataglie germaniche e svedesi nel corso del trentennale conflitto tedesco, eternata da Grimmelshausen nel suo *Simplicissimus*¹²⁹⁰. Anche in Piemonte, come tra il Reno e la Vistola, la conclusione non

1288E. FRIEDBERG – F. RUFFINI, *Trattato...*, cit., pag. 116. Per i lineamenti generali dei rapporti tra il regno subalpino e la S. Sede si veda E. FRIEDBERG, *Die Gränzen...*, cit., pag. 704 ss.

1289G. PIOLA, *Matrimonio (diritto civile)*, cit., pag. 1092.

1290Uno storico obiettivo (non certo sospettabile di simpatie curialiste) come Carlo Botta non può astenersi dal rilevare come le pretese valdesi fossero comunque aumentate, nonostante la tolleranza del culto

doveva arridere al Sovrano cattolico che, con le patenti di Pinerolo, confermava la libertà per gli eterodossi nelle loro valli, concessione nuovamente frustrata nel 1685 da una feroce repressione e definitivamente stabilita solo con il "glorioso rimpatrio" del 1689, avvenuto sotto il dominio di Vittorio Amedeo II, sovrano che definì altresì la loro posizione rispetto alla monarchia attraverso le leggi che ne avrebbero regolato la posizione fino alle patenti albertine di emancipazione del 1848.

Il medesimo duca fu anche il primo a cingere la corona regia e, con essa, dalla Sicilia egli avrebbe portato con sé l'esperienza della legazia apostolica e «i modi con cui si avevano a tutelare i diritti dello Stato»¹²⁹¹ nei confronti della Chiesa. Quando la corona della Trinacria venne sostituita da quella sarda, più facilmente amministrabile, «i rapporti della Chiesa con i Savoia ondeggiarono fra i vari accordi 1727, 1741, 1750 e 1767 intercalati da relativi dissidi.»¹²⁹² La diatriba con la Curia concerneva principalmente il diritto di presentazione o di esclusione per i vescovadi e la materia giuspatronale e beneficiale¹²⁹³. Solo sotto il profilo giurisdizionale la questione matrimoniale veniva latamente coinvolta nell'istruzione di Benedetto XIV, data dal Quirinale il giorno dell'Epifania 1742 e pubblicata nel Regno di Sardegna in virtù di regio *exequatur* del 17 gennaio; in essa si legge (art. IV) che «fra le cause, nelle quali procede il giudice ecclesiastico contro i laici privatamente [...] si annoverano [...] le cause matrimoniali, nelle quali si tratta della validità sì del matrimonio come degli sponsali»¹²⁹⁴, potendosi agevolare l'esecuzione delle decisioni richiedendo l'ausilio del braccio secolare. Nè da qui all'invasione francese si avrà più alcun dubbio circa la completa e leale osservanza della più rigorosa interpretazione curialistica data alla XXIV sessione del Tridentino nei domini sabaudi; soltanto l'invasione napoleonica, con la diretta annessione del Piemonte alla Francia, porterà all'introduzione del matrimonio civile e degli articoli organici al concordato napoleonico, con la necessaria priorità della celebrazione laica rispetto a quella ecclesiastica.

Confuse così le vicende subalpine con quelle di Francia, almeno fino al tramonto dell'astro del grande còrso sul campo delle Nazioni e in cima alla collina della Belle-

protestante nelle valli. Con ciò non si intende giustificare la sopraffazione ma contestualizzarla, dovendosi ritenere una quasi normale reazione quella del monarca che vedeva messa in discussione l'assolutezza del proprio dominio. Scrive infatti lo storico che «abbiamo già ampiamente favellato di quelle alpestri popolazioni, che seguitando le dottrine di Pietro Valdo, o come esse pretendono quelle dei veri Cristiani ai tempi della primitiva chiesa, abitavano le valli, per le quali le montagne si aprono verso Pinerolo. Tollerati in prima anzi pacificamente che no dai principi di Savoia, finché nella quiete si contenero, furono poscia combattuti, quando diventarono molesti e con pretensioni maggiori per l'esempio delle guerre cagionate in Francia dalla religione riformata.» V. C. BOTTA, *Storia d'Italia continuata da quella del Guicciardini*, VIII, Palermo, 1835, pag. 143-144. La responsabilità della sedizione è dall'Autore attribuita per intero al Leger, descritto come un Coligny in sedicesimo. Ad ogni buon conto non si può tacere che nemmeno i riformati andavano per il sottile con i cattolici nei territori loro soggetti, come attesta la spietata crudeltà del Cromwell nei confronti dei cattolici irlandesi.

1291E. FRIEDBERG – F. RUFFINI, *Trattato...*, cit., pag. 119.

1292F. CONCI, *La Chiesa e i vari stati...*, cit., pag. 49.

1293Vedasi per i testi dei concordati e per le successive modificazioni A. MERCATI, *Raccolta di concordati...*, cit., pag. 310-311, 331-335, 381 ss.

1294Ibidem, pag. 369.

Alliance, si potrà dire come solo in esito al congresso di Vienna i domini della Casa Savoia avessero acquisito una omogeneità territoriale (anche se non ancora giuridica, che avverrà solo con la “fusione perfetta” del 1847): l'annessione della Repubblica di Genova aveva assegnato allo stato subalpino un porto decisamente più capace rispetto a quelli di Nizza e Oneglia e aveva acquistato una popolazione che, se non devotissima ai Sovrani per la lunga tradizione di autonomia della Superba, certo si distingueva, nella gran massa (anche se con significative eccezioni, tra cui spicca il Mazzini) come tendenzialmente conservatrice e fedele alla Sede Apostolica; il regime di governo era quello tipico dei governi monarchici successivi alla restaurazione, cioè caratterizzato dall'assolutismo regio che trovava in Vittorio Emanuele I un accanito avversario degli “immortali principi” del 1789. In materia ecclesiastica è appena il caso di ricordare come, all'epoca degli ultimi sovrani del ramo principale della Casa Savoia, la legislazione si mantenesse conforme ai principi giurisdizionalistici descritti poco sopra; la confessionalità dello Stato (meglio degli Stati) soggetti alla corona sabauda era quindi intrinseca alla forma di governo; legittimo dunque il dubbio, rilevato giusto un secolo dopo il proverbiale 1848 dal Vitale¹²⁹⁵, circa l'idoneità del «vecchio cattolico Piemonte, ossequiente ai desiderata della Chiesa di Roma e più ricco di tradizioni feudali che di letteratura giurisdizionalistica» ad «esprimere dal suo seno quella vitalità che negli anni immediatamente successivi lo contraddistinguerà così nel campo, che ci interessa, della politica ecclesiastica, come in genere in tutto il suo orientamento politico.»

Eppure, a testimonianza di quanto a fondo fossero penetrati i nuovi valori del dominio borghese¹²⁹⁶, già nel 1821 Vittorio Emanuele fu costretto all'abdicazione dai moti carbonari¹²⁹⁷, che esigevano la concessione di una costituzione di stampo liberale. Il sovrano, radicalmente contrario, preferì cedere il trono al fratello Carlo Felice¹²⁹⁸:

1295E. VITALE, *Il tentativo...*, cit., pag. 11.

1296Ibidem. «Ma non si meraviglierà di ciò chi ponga mente alla vera essenza della cultura del periodo che dal 1814 va fino al '48, così fecondo di motivi vitali e di fermento, finanche là dove meno ci si attenderebbe e dove più rigido appare il volto della Restaurazione.»

1297Era questa la setta «che più fece parlare di sé nei primi tre decenni del secolo XIX [...]. Dopo il 1815 [essa] accentuò il suo carattere rivoluzionario e cospiratorio. Si diffuse in tutta Italia e assorbì progressivamente le altre società segrete che andavano costituendosi al Nord e al Centro della penisola. Avversaria irriducibile dei regimi restaurati, non adeguatamente repressa da governi deboli e da polizie incapaci, chiaramente favorita dalle condizioni arretrate delle classi umili e dal senso di umiliazione dei confronti degli stranieri e dei governi reazionari nella borghesia, la Carboneria, come antecedente la Massoneria e posteriormente la Giovane Italia, non meno che le altre società segrete ostentava la sua capillare organizzazione e penetrazione negli stessi quadri dell'esercito. All'ombra del patriottismo e della costituzione, in attesa di una rivoluzione generale, si esercitò frattanto con una serie di moti e sollevazioni che ebbero, però, carattere prevalentemente locale. Così pure la sua indole segreta e l'accentuata attività cospiratoria le permisero di colpire gli avversari con un susseguirsi continuo di spettacolari assassini. Funzionari statali, rappresentanti cittadini, spie e traditori caddero sotto il pugnale dei carbonari. Nè si può dire, come è stato ripetutamente affermato, che la repressione condotta dai governi costituiti abbia superato la ferocia dei settari.» Questo l'eccellente (ed onesto) sunto di F. DI BERNARDO, *Le società segrete e la Chiesa nella prima metà dell'ottocento italiano*, Appendice III a J. LEFLON, *Crisi rivoluzionaria e liberale (1815-1846)*, in A. FLICHE – V. MARTIN, *Storia della Chiesa...*, cit., XX/2, Torino, 1975, pag. 1074-1075.

1298Merita di farsi cenno all'ultimo accordo concordatario di "antico genere", intercorso tra Carlo Felice e Leone XII: «l'immunità dalle imposte era stata abolita assai recentemente per un concordato fra Carlo

tuttavia, trovandosi l'erede designato in quel momento a Modena, la reggenza degli stati venne attribuita a Carlo Alberto di Savoia-Carignano il quale, *in pectore* di idee liberaleggianti, venne incontro alle richieste degli insorti concedendo la costituzione senza attendere il *placet regio*¹²⁹⁹. Il Sovrano disconobbe quindi l'operato dell'erede al trono e chiese l'intervento del potente vicino austriaco perché contribuisse, con la forza delle armi, a reprimere i moti; cosa che puntualmente, ma provvisoriamente, avvenne. Quanto a Carlo Alberto non poté venire punito troppo severamente vista la sua qualità di Erede al Trono: inopinatamente il ramo principale della dinastia era in procinto di estinguersi; la casa reale era soggetta alla legge salica e, nonostante Vittorio Amedeo III di Savoia avesse avuto ben quattro figli maschi (Carlo Emanuele IV, Vittorio Emanuele I, Carlo Felice e Giuseppe Benedetto), nessuno di questi aveva generato il maschio destinato alla Corona, sicché il trono sarebbe andato al principe di Carignano (più prossimo discendente di Carlo Emanuele I attraverso il capostipite Tommaso Francesco), e cioè a Carlo Alberto. Nell'attesa di tempi più propizi per l'introduzione di riforme liberali, il regno feliciano si caratterizzò per un momentaneo stallo, in cui i due partiti, legittimista e liberale, rimasero fermi a studiarsi, allo scopo di vibrare all'avversario, quando fosse giunta l'ora, un primo colpo di tale efficacia da poter divenire risolutivo¹³⁰⁰: espressione giuridica di questo clima fu la promulgazione, nel 1827, delle "Leggi civili e criminali pel Regno di Sardegna", destinate proprio all'isola e che, ultimo esempio di soluzione protocodificiale, sopravviveranno fino alla vigilia della concessione dello statuto, quando la definitiva adozione della forma di stato unitaria di marca

Felice e Leone XII»; essa «continuava tuttavia per gli edificii dei seminari, dei vescovati, delle parrocchie e degli ordini religiosi con predii annessi.» Cfr. F. RACIOPPI – I. BRUNELLI, *Commento allo statuto del Regno*, I, Torino, 1909, pag. 66.

1299Si trattava della "Costituzione di Cadice", che sotto la tutela delle armi inglesi era stata introdotta in Spagna nel 1812, il cui articolo 12 affermava che «la religione della nazione spagnuola è e sarà perpetuamente la Cattolica Apostolica Romana, unica veritiera. La nazione la protegge con leggi savie e giuste, e proibisce l'esercizio di qualunque altra.»

1300«L'ottocento appariva ormai come il secolo contraddistinto dal contrasto delle ideologie politiche. Due ideologie fondamentali di fronte. Quella che era pur sempre la prosecuzione dell'enciclopedismo e dell'illuminismo in quanto realizzatisi in struttura politica nella Rivoluzione francese, e che, a ragione od a torto, piuttosto a torto che a ragione, agli occhi dello storico futuro, ed in genere di chi guardi piuttosto agli schemi dottrinali che non agli imponderabili valori sentimentali, per cui si operano le attribuzioni di continuità tra movimenti intrinsecamente diversi – si considerava avesse avuto ad erede l'Impero napoleonico e dopo di esso quanti esaltavano l'opera di quell'impero. E l'ideologia che affermava i valori del cattolicesimo, i valori della tradizione, anzitutto quelli della tradizione monarchica; che nel re legittimo, alleato con la Chiesa, scorgeva il caposaldo per l'opera di ricostruzione, di cui appariva così urgente il bisogno ai fautori di quest'ordine di idee: ricostruzione degli istituti, delle leggi, delle grandi linee della struttura politica, del sistema di rapporti tra i popoli e soprattutto dell'uomo interiore e di ciò che lo forma: scuola, metodi di educazione, stessa disciplina familiare, àmbiti tutti in cui occorreva rimediare all'opera deleteria svoltasi a partire dal Settecento. Le sorti del contrasto tra queste due ideologie erano state alterne durante i primi decenni del secolo. Dopo il 1814 era apparsa possibile una vittoria della seconda sulla prima. Molti elementi essa aveva per sè: anzitutto quello di apparire come una reazione contro una ideologia già realizzatasi, già affermata, già vecchia, di cui moltissimi avvertivano ormai la stanchezza, soprattutto per non riuscire a separare quell'ideologia dalla politica napoleonica, dalla sequela di guerre che tanto avevano stancato l'Europa.» Così A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Torino, 1949, pag. 16.

franco-napoleonica porterà all'estensione all'isola delle leggi continentali. Le norme feliciane si ponevano, come rileva il Passaniti¹³⁰¹, nel solco «di un diritto patrio mai superato» ma che presentava, nel campo del diritto di famiglia, alcuni aspetti di novità, come quello rappresentato dall'emancipazione del figlio attraverso il proprio lavoro (art. 9).

Tuttavia, solo quando Carlo Felice raggiunse i suoi padri nel 1831, molti ritennero che l'ideologia legittimista e cattolica fosse "alle corde" e che il nuovo Sovrano avrebbe adottato diversa politica rispetto al predecessore: ma furono, almeno in un primo momento, smentiti. In questa prima fase del regno albertino, infatti, il dibattito politico restò ancora improntato all'epoca feliciana, quasi che gli eventi d'oltralpe e la detronizzazione di Carlo X (1830) in favore del figlio di quel Duca di Orleans che aveva ipocritamente votato la morte del proprio Sovrano, fossero stati solo un avvenimento di modesto rilievo nell'equilibrio dei poteri tra le forze rappresentative della classe sociale economicamente più dinamica e quelle degli ultimi "talons rouges", uguali in ogni dove e che Dumas impietosamente descrisse nel principio de "il Conte di Montecristo"¹³⁰²; diversamente invece l'approccio culturale alla politica, non ultimo l'abbandono della proscrizione nei confronti dell'epopea napoleonica che, posta accanto alle opinioni di un pensatore insigne come Joseph de Maistre, garantiva promettenti sviluppi circa un rinnovato equilibrio tra potere civile e religioso che, pur facendo salvo il primato pontificio e la paternità del vescovo di Roma sui principi e i re, metteva in campo un cattolicesimo politicamente dinamico e in qualche modo diverso dalle "barricate gesuitiche" che dopo il 1848 avranno la prevalenza in tutta Italia.

Primo frutto di questo "moderatismo" *ante litteram* lo si trova nel codice albertino del 1837¹³⁰³, del quale non è questa la sede per fare la storia; basterà ricordare che esso, «arrivando per ultimo, o quasi, può sfruttare il raffronto con le altre codificazioni»¹³⁰⁴ e che, proprio in raffronto alle altre esperienze codiciali di cui si è (pur brevemente) trattato, si pose volontariamente in antitesi tanto all'esperienza transalpina quanto a quella giuseppinistica, con una vera e propria abdicazione alla regolamentazione di un intero segmento della vita dei sudditi. Lo attesta in particolar modo la norma introduttiva del codice, la quale non può che assumere un rilievo costituzionale in un regime dove la legge, nel senso moderno del termine, non è ancora soggetta ad una fonte atto di livello superiore; a quest'ultima supplisce il titolo preliminare della codificazione, cui viene assegnata la funzione di tradurre in articoli di legge ciò che non avrebbe mai potuto tollerare una simile dequalificazione a pena di trapasso: la monarchia assoluta di

1301P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 187.

1302E. VITALE, *Il tentativo...*, cit., pag. 11. «Così pure in Piemonte, nella regione d'Europa dove più imperversava la reazione legittimistico-gesuita, sentiamo un'aria diversa da quella anteriore alla grande Rivoluzione: i concetti di storia, di nazione, di progresso, parti sì grandi del nuovo pensiero, sono tutt'altro che estranei alla sua cultura. Se non i Solaro della Margarita e gli Avogadro della Motta, autentici rami secchi di un albero che pur seguitava a vivere, ce ne è testimone ad esempio, il pensiero storiografico e critico di Cesare Balbo.»

1303Promulgato, per la precisione, il 20 giugno 1837 in esito ai lavori di un percorso iniziato nel 1831 da una "Commissione di legislazione" presieduta dal Guardasigilli Barbaroux.

1304P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 199.

diritto divino. Leggendo infatti l'articolo primo del suddetto titolo si vede che, primo criterio ermeneutico e prima legge dello stato è il riconoscimento del giurisdizionalismo come regime prediletto per la regolamentazione dei rapporti tra la potestà temporale e quella spirituale: infatti «la Religione Cattolica Apostolica Romana è la sola Religione dello Stato» e «il Re si gloria di essere protettore della Chiesa e di promuovere l'osservanza delle leggi di essa nelle materie che alla potestà della medesima appartengono»; conseguentemente «i Magistrati supremi veglieranno a che si mantenga il migliore accordo tra la Chiesa e lo Stato, ed a tal fine continueranno ad esercitare la loro autorità e giurisdizione in ciò che concerne gli affari ecclesiastici, secondo l'uso e la ragione che richiedono», mentre «gli altri culti attualmente esistenti nello Stato sono semplicemente tollerati secondo gli usi e i regolamenti speciali che li riguardano.»¹³⁰⁵ La stessa impostazione confessionalistica impregna l'art. 18, relativo ai diritti civili, che vengono goduti dai non cattolici e dagli ebrei secondo «i regolamenti e gli usi che li riguardano»¹³⁰⁶.

Conseguenza diretta di questo canone ermeneutico sono le disposizioni di cui agli 108 ss. concernenti il matrimonio; in particolar modo il primo di essi è oltremodo esplicito, laddove stabilisce che «il matrimonio si celebra giuste le regole e con le solennità prescritte dalla Chiesa Cattolica salvo ciò che è in appresso stabilito riguardo ai non cattolici e agli ebrei»¹³⁰⁷. Si poneva dunque un autentico rinvio formale agli ordinamenti confessionali onde disciplinare il momento *in fieri* dell'istituto, tanto da poterlo definire come «un matrimonio squisitamente religioso»¹³⁰⁸, in quanto anche per le unioni degli acattolici, invece che rinviare al parroco cattolico siccome ad un ufficiale dello stato civile, l'art. 150 rinviava «agli usi e ai regolamenti che li riguardano»¹³⁰⁹, in pratica attraverso un rinvio formale alle regolamentazioni date alla materia dall'ordinamento confessionale, che almeno nel caso ebraico constava di vere e proprie leggi, affidate ad autorevoli interpreti e con tribunali confessionali operativi.

Non vi era dunque ancora ombra di matrimonio civile, neppure "per interposta persona", nel codice del 1837: veniva anzi ribadita anche l'assoluta primazia del giudice

1305 *Codice civile per gli stati di Sua Maestà il Re di Sardegna*, Torino, 1837, pag. 1. Le norme del suddetto titolo preliminare non mi sembra possano paragonarsi a quelle disposizioni sulla legge in generale, che sono oggi premesse alla codificazione del 1942; appaiono avere un ruolo più profondo, di "rilevanza costituzionale" e, dunque, se proprio un paragone può ricercarsi con la codificazione ancora vigente, il loro rapporto con le norme del diritto privato appare essere simile, *mutatis mutandis*, a quello che aveva la Carta del Lavoro e la normativa circa il suo valore giuridico con l'ultima codificazione (cfr. il R.D. 16 marzo 1942 n. 262).

1306 *Ibidem*, pag. 5.

1307 *Ibidem*, pag. 33. Per i liberali addirittura il diritto d'asilo era più tollerabile della giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale, tanto che F. RACIOPPI – I. BRUNELLI, *Commento allo statuto*, cit., pag. 67, non temono di affermare, dopo aver trattato del «medievale diritto d'asilo» che la Chiesa «godeva di una immunità più grave – il privilegio del fôro – per cui erano riservate alla cognizione dei tribunali vescovili e sottratte perciò alla giustizia dello Stato tutte le cause che per ragione di persona concernessero ecclesiastici o per ragioni di materia toccassero le cose di culto. [...] Né ciò basta: chè persino le cause matrimoniali e i reati di poligamia e d'usura si riservavano al fôro ecclesiastico.»

1308 P. PASSANITI, *loc. ult. cit.*

1309 *Codice civile...*, cit., pag. 43.

ecclesiastico, tanto che *ex art.* 140 affermava che «non sarà lecita la separazione dei coniugi, nemmeno di comune consenso, senza l'autorizzazione del giudice ecclesiastico [...]»¹³¹⁰; all'autorità civile erano riservati esclusivamente poteri cautelari ed urgenti in via meramente provvisoria. Allo stesso modo l'art. 144 sanciva l'indissolubilità del matrimonio facendo però salve le norme canoniche in materia (privilegio paolino, dispensa *super rato* e sentenze di nullità dei tribunali ecclesiastici): vero che questa "completa resa" era contraccambiata dalla conferma dei molto favorevoli accordi in materia di diritto ecclesiastico patrimoniale, tuttavia ciò non può occultare la tendenziale arretratezza di questo primo esperimento codiciale subalpino, «un problema non da poco nel processo di unificazione legislativa, perché da Torino dovrà partire il discorso giuridico sul codice italiano conseguente alla dinamica politica risorgimentale.»¹³¹¹

Gli eventi del 1848 posero fine alla "tregua armata" tra le fazioni, influenzando in maniera decisiva al sovvertimento dei "partiti", con una progressiva (auto)esclusione dalla vita politica dei legitimisti e con lo spostamento dell'asse "a sinistra", attraverso un dibattito, soprattutto in materia ecclesiastica, che vedeva opposti "moderati" ed "estremisti", tutti comunque accomunati dall'ideologia liberale. Non è dunque un caso se, prima dimostrazione del mutato regime costituzionale, fossero le *Lettere patenti* del 18 febbraio, con le quali venivano concessi i diritti civili e politici prima negati ai valdesi¹³¹². Questa prima concessione era strettissimamente connessa a quella, ancor più rilevante, del 4 marzo, tramite la quale il Sovrano "con affetto di padre" concedeva lo Statuto ai suoi sudditi, trasferendo nei fatti la sovranità al popolo e proclamando gli incoercibili diritti primari.

Che, nonostante le concessioni, Carlo Alberto non avesse alcuna intenzione di instaurare un regime di stampo separatista è tuttavia appalesato dall'art. 1 della carta ottriata, nel quale si confermava il principio della confessionalità dello Stato, con un'impostazione di stampo chiaramente giurisdizionalista: infatti, «a quanto riferisce il manno sulla fede di una relazione inedita del conte Sclopis, nel consiglio di conferenza del 7 febbraio 1848 il Re Carlo Alberto concluse il suo discorso di apertura col raccomandare soltanto, che "qualunque si fosse il sistema da scegliere, si mantenesse intatta l'autorità della

1310 *Ibidem*, pag. 40.

1311 P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 203.

1312 S. GHERRO, *Lezioni...*, I, cit., pag. 46. Questo il testo: «Prendendo in considerazione la fedeltà ed i buoni sentimenti delle popolazioni Valdesi, i reali nostri predecessori hanno gradatamente e con successivi provvedimenti abrogate in parte o moderate le leggi che anticamente restringevano le loro capacità civili. E noi stessi, seguendone le traccie, abbiamo concesso a quei nostri sudditi sempre più ampie facilitazioni, accordando frequenti e larghe dispense dall'osservanza delle leggi medesime. Ora poi che, cessati i motivi da cui quelle restrizioni erano state suggerite, può compiersi il sistema a loro favore progressivamente già adottato, ci siamo di buon grado risolti a farli partecipi di tutti i vantaggi conciliabili colle massime generali della nostra legislazione. Epperò per le presenti, di nostra certa scienza, regia autorità, avuto il parere del nostro consiglio, abbiamo ordinato ed ordiniamo quanto segue: i Valdesi sono ammessi a godere di tutti i diritti civili e politici dei nostri sudditi, a frequentare le scuole dentro e fuori delle Università ed a conseguire i gradi accademici. Nulla è però innovato quanto all'esercizio del loro culto ed alle scuole da essi dirette.»

Religione Cattolica, nonmeno che la dignità del paese»¹³¹³, imponendo la reintroduzione dell'aggettivo "sola", che i ministri avevano espunto dalla bozza di costituzione. Può legittimamente sospettarsi che l'accettazione da parte del Ministero fosse soltanto di facciata: lo attestano non solo le disposizioni costituzionali circa l'eguaglianza dei diritti civili e politici ma anche la già citata parificazione di valdesi e cattolici, che attuava il principio di eguaglianza superando il sistema giurisdizionalista proprio dell'assolutismo almeno dai tempi della revoca dell'editto di Nantes.

Dunque, la norma di apertura dello Statuto per cui «la Religione Cattolica Apostolica Romana è la sola religione dello Stato» e «gli altri culti ora esistenti sono tollerati conformemente alle leggi.», era solo apparentemente corroborata da altre disposizioni costituzionali: tramite queste ultime si intendeva fare partecipare gli ecclesiastici alla vita politica del paese, sancendo che la prima categoria entro cui il Sovrano avrebbe scelto i senatori fosse composta dagli «Arcivescovi e Vescovi dello Stato» (art. 33 Stat.); la libertà di stampa, poi, era temperata dall' *imprimatur* episcopale per quanto atteneva a «bibbie, catechismi, libri liturgici e di preghiere» (art. 28 Stat.): tutte disposizioni di stampo confessionistico-giurisdizionalista, che risultavano profondamente in contrasto con tutti quei diritti di "prima generazione" dei quali si era fatto espressione lo Statuto albertino. Ne conseguì, trattandosi di costituzione flessibile, che dette norme fossero fin da subito poste nel nulla prima attraverso regi decreti, poi all'adunanza del parlamento, con vere e proprie leggi. In particolare meritano citazione l'editto del 17 marzo 1848 che riconosceva il diritto all'elettorato indipendentemente dal culto professato e poi la concessione agli "israeliti regnicoli" dei diritti civili con r.d. 29 marzo 1848 n. 688¹³¹⁴; l'art. 28 stat. alb. venne poi implicitamente abrogato proprio con quella legge sulla libertà di stampa (r.d. 26 marzo 1848) che avrebbe dovuto essere circoscritta dalla disposizione costituzionale. A sciogliere i nodi rimanenti avrebbe infine provveduto la legge 19 giugno 1848 n. 735¹³¹⁵ che, nel suo unico articolo, aboliva ogni discriminazione religiosa nel campo del godimento dei diritti civili e politici¹³¹⁶. Con le note leggi Siccardi¹³¹⁷ sarebbero poi scomparsi il privilegio del foro ecclesiastico, dell'asilo e della

1313F. RACIOPPI – I. BRUNELLI, *Commento allo statuto*, cit., pag. 71. Gli stessi autori, *ibidem*, pag. 72, rilevano tuttavia che il processo verbale della seduta non fa cenno ad alcuno scontro limitandosi a registrare: «è stato unanimemente applaudito all'articolo che dichiara la religione cattolica, apostolica, romana la religione dello Stato, e gli altri culti attualmente esistenti, tollerati conformemente alle leggi. Una voce aveva proposto di aggiungere una frase all'articolo per metterlo più in correlazione con le disposizioni del Codice civile, è stato osservato che il testo dell'articolo della dichiarazione, era forse più restrittivo relativamente alla tolleranza dei culti.»

1314S. GHERRO, *Lezioni...*, I, cit., pag. 47. «Gli israeliti regnicoli godranno dalla data del presente, di tutti i diritti civili e della facoltà di conseguire i gradi accademici, nulla innovato quanto all'esercizio del loro culto ed alle scuole da essi dirette.»

1315 *Ibidem*, pag. 48.

1316«Volendo togliere ogni dubbio sulla capacità civile e politica dei cittadini che non professano la religione cattolica. Il Senato e la Camera dei Deputati hanno adottato: Noi... abbiamo ordinato ed ordiniamo quanto segue: Articolo unico – La differenza di culto non forma eccezione al godimento dei diritti civili e politici ed all'ammissibilità alle cariche civili e militari» Citato da F. RACIOPPI – I. BRUNELLI, *Commento allo statuto*, cit., pag. 77.

1317L. 9 aprile 1850 n. 1013 e l. 5 giugno 1850 n. 1037. Nonostante la grande portata innovatrice delle leggi che portano il suo nome, il Siccardi viene definito dalla storiografia cattolica come «un giurista

manomorta, ma, come si vedrà, non ci si sarebbe astenuti dal prospettare altresì il superamento delle disposizioni matrimoniali tridentine, fin lì costantemente applicate nei domini sabaudi.

Fu così che, seppure alla religione cattolica venisse mantenuto anche in seguito un posto di *prima inter pares* (specie con disposizioni penali a tutela dell'onore della stessa), lo Stato uscito profondamente trasformato dalla tragica esperienza del campo di Novara, volle definitivamente sgombrare il terreno da qualunque compromesso, anche e soprattutto nella disciplina matrimoniale. Le profonde modificazioni intercorse nella forma di stato e in quella di governo avevano determinato la rapida obsolescenza delle disposizioni del codice del 1837 relative al matrimonio, tanto da indurre il governo a bruciare le tappe per mezzo dell'art. 7 della l. 9 aprile 1850 n. 1013¹³¹⁸.

Era in qualche modo una conseguenza dell'antefatto determinato dal cosiddetto "Incidente Pavia", dal nome di tale Giovanni Pavia di Voghera, che si era appellato alla prima Camera dei deputati, nella tornata del 14 luglio 1848, perché il potere legislativo impedisse alla curia vescovile della sua città di denegargli ancora la fede di stato libero sulla base del fatto che lo stesso avesse già contratto degli sponsali (per altro verbalmente) con una donna che pretendeva conseguentemente di essere dotata e sposata. Il tapino aveva trovato un insigne protettore nel poeta Angelo Brofferio, il quale aveva rammentata l'azionabilità (ex art. 106 cod. alb.) dei soli sponsali che risultassero da forma scritta, ma che si era visto immediatamente contraddetto da coloro che ritenevano il diritto civile insuscettibile di derogare al canonico e che, al voto finale, risultarono la maggioranza. Fu così che solo due anni dopo, disputandosi dell'abolizione del foro ecclesiastico, si ritenne necessario far venire meno ogni giustificazione della sua sopravvivenza anche in tema matrimoniale: allo scopo serviva l'art. 7 l. 1013/1850, fermamente difeso in Commissione dal relatore Gianone «contro l'obiezione del deputato d'Aviernoz, il quale aveva notato che si voleva includere nella

favorevole al rinnovamento delle istituzioni ma che non aveva niente di settario.» Così R. AUBERT, *Il pontificato di Pio IX*, in A. FLICHE – V. MARTIN, *Storia della Chiesa...*, cit., XXI, Torino, 1964, pag. 124. Lo stesso giurista, in seguito all'arresto di mons. Franson, ritenendosi «figlio devoto della Chiesa [...] rifiutò sdegnosamente di accettare i proventi di una sottoscrizione aperta in suo onore dalla stampa liberale. Con la somma raccolta venne poi eretto in Torino (1853) un monumento commemorativo dell'abolizione del fòro ecclesiastico.» Questo il sunto di R.U. MONTINI, *Giuseppe Siccardi*, in *Enciclopedia cattolica*, XI, cit., pag. 515.

1318Questo il testo: «Il governo del re è incaricato di presentare al parlamento un progetto di legge inteso a regolare il contratto di matrimonio nelle sue relazioni con la legge civile, la capacità dei contraenti, la forma e gli effetti di tale contratto.» E. VITALE, *Il tentativo...*, cit., pag. 19. Vedasi anche C. MAGNI, *I subalpini e il concordato. Studio storico-giuridico sulla formazione delle leggi Siccardi*, Padova, 1967, pag. 250 ss.: «L'armonia aveva dichiarato che questo articolo [il 7 N.d.A.] era "il più pericoloso di tutti", mentre "il Risorgimento" aveva espresso la speranza che la promessa del governo fosse al più presto seguita dagli atti dello stato civile. [...] Siccardi, rivolgendo un elogio al relatore per l'ottima spiegazione "dell'unico e vero concetto di quest'articolo" non mancò di citare lo Sclopis dichiarando che proprio l'antico voto del Senato di Genova era stato uno dei motivi, che aveva indotto il Governo a proporre l'art. 7. Secondo il suo solito il Guardasigilli volle anche far osservare che "i codici di tutte le nazioni cattoliche d'Europa" avevano risolta in senso affermativo la questione del diritto dello Stato a regolare con indipendenza la materia matrimoniale.»

legge una disposizione che non era legge»¹³¹⁹: si trattava effettivamente di una sorta di "legge delega" *ante litteram* o, meglio, di un vero e proprio impegno che i poteri legislativo ed esecutivo assumevano di fronte ai rappresentanti, atteso che «dopo l'attuazione della legge Siccardi da più punti del paese giunsero subito al Ministero esortazioni a promuovere sollecitamente la riforma matrimoniale promessa alla nazione»¹³²⁰. I voti vennero esauditi con l'adunanza della commissione di legislazione degli Stati sardi (tra i cui componenti il più celebre era certamente Pasquale Stanislao Mancini), incaricata di approntare il disegno di legge sul matrimonio civile, e riunita con una composizione tutta sfavorevole alla Chiesa, in quanto equamente suddivisa tra i "conservatori" giurisdizionalisti e i "progressisti" liberali. La stessa contrapposizione era già emersa al Senato, dove il senatore Giulio, nonostante avesse approvato gli altri sei articoli della legge, si era opposto con vigore al settimo, in quanto trattandosi «per sua natura» di materia mista, solo un concordato avrebbe potuto regolarla, pena un vizio d'incostituzionalità¹³²¹.

I lavori¹³²², non certo favoriti dagli attriti con la Santa Sede e da un triplice cambio alla guida del Ministero della Giustizia, durarono dal novembre 1850 al giugno 1851 in un atmosfera di acceso dibattito che coinvolse tutti i principali fogli giuridici e politici.¹³²³ I dibattiti dei commissari, non facili e molto "accesi, si svolsero in guisa "altalenante" tra due orientamenti fondamentali: il primo, sostenuto dal vicepresidente De Ferrari, era strettamente figlio del modello codiciale absburgico- giuseppino; il secondo (tutto redatto dal Mancini) si poneva sulla scia franco-napoleonica: giurisdizionalismo contro

1319E. VITALE, *Il tentativo...*, cit., pag. 110.

1320 *Ibidem*, pag. 110-111: «a proposito di una di queste richieste, e cioè di quella deliberata a grandissima maggioranza di voti dal consiglio municipale di Saluzzo, l'Armonia notava ironicamente che "il Guardasigilli Siccardi rispondeva con la più viva e profonda riconoscenza (alle congratulazioni per la realizzata soppressione del foro ecclesiastico)... ma dell'invito di attivare la legge civile pel matrimonio... non faceva parola.»

1321 «Nell'opinione del Giulio si avvertiva ancora l'influsso di vecchie dottrine del periodo dell'alleanza fra trono e Altare.» Così C. MAGNI, *I subalpini...*, cit., pag. 253.

1322 Sono disponibili in rete i *Processi verbali delle discussioni regia commissione di legislazione per gli stati sardi intorno al progetto di legge sul matrimonio, pubblicati dal Ministero di Grazia e Giustizia per essere distribuiti al Parlamento*, Torino, 1852. Per quanto attiene alla discussione si farà riferimento a quanto in tal sede riportato. e G. PIOLA, *Matrimonio (diritto civile)*, cit., pag. 1091 afferma che «così lo stato piemontese si disponeva a rivendicare la facoltà di dar norme alla materia matrimoniale, dominato essenzialmente dalle idee francesi sul contratto e sul sacramento; il che appare anche meglio da tutta la letteratura contemporanea. Però non fu senza influenza il sistema separatistico belga, come traspare principalmente nella difesa che il Conte di Cavour fece del matrimonio civile partendo più che non dall'idea dell'autorità dello Stato, da quella della libertà della Chiesa e della separazione di questi due enti.»

1323V. *Supra*, parte I, cap. IV. Nota in proposito, riprendendo il Rosmini, C.M. VALSECCHI, *In difesa della famiglia? Divorzisti e antidivorzisti in Italia tra otto e novecento*, Milano, 2004, pag. 4: «Ne era nato immediatamente un forte ed animato dibattito, tra sostenitori talvolta entusiasti ed oppositori scandalizzati ed indignati, specie nell'ambito del mondo cattolico, pronti ad ingaggiare una veemente battaglia contro una legislazione definita senza mezzi termini "empia" e "menzognera" poiché "tentava di ottenere che il concubinato in Piemonte fosse chiamato matrimonio, e che il santo matrimonio fosse chiamato concubinato.»

separatismo, lo si è detto¹³²⁴.

Al netto di quanto già trattato, in questa sede sarà sufficiente ricordare come la prima delle proposte suddette trovasse favorevole solamente un membro della commissione, e ciò per ragioni strettamente connesse alla tutela della religione dello Stato in quanto, si paventava, la soluzione separatista avrebbe portato ad un eccesso di favore verso la sovranità temporale, che doveva ben impegnarsi nella difesa della fede contro le eterodossie o le condotte di vita immorali, anche a costo di stabilire sanzioni penali per quei cattolici che, unitisi civilmente, ricusassero di procedere alla celebrazione religiosa. Gli altri membri, per la precisione sei, contestavano invece questa soluzione sostenendo che essa avrebbe determinata un'eccessiva compressione della libertà di coscienza, in quanto proprio la fede cattolica sarebbe stata compromessa in coloro che non si fossero trovati nelle condizioni per contrarre validamente secondo i sacri canoni.

A ben vedere le posizioni erano inconciliabili, proprio perché fondate su presupposti affatto contrastanti; tuttavia, come sempre nelle assemblee composte di soggetti esperti e ragionevoli, si cercò di individuare una soluzione di compromesso che facesse salve da un lato la precedenza obbligatoria del vincolo civile, dall'altra «la coscienza di quello fra i due coniugi che, fatto il matrimonio civile, nel voler poi santificare le sue nozze con la celebrazione di quello religioso, avesse trovato l'altro coniuge dissenziente e fedifrago alla promessa in tal senso fattagli»¹³²⁵; in tal guisa si riteneva di poter sottoporre il contratto matrimoniale alla condizione sospensiva della celebrazione *in facie Ecclesiae*. A frustrare le residue speranze del partito giurisdizionalista doveva essere ancora una volta il Mancini il quale, pur concedendo che fosse astrattamente possibile sottoporre il negozio a condizione, rilevava che il diritto, quando pone una forma *ad substantiam*, non ammette che la stessa sia lasciata all'arbitrio dei privati ma la avoca tutta a sè, quasi ad anticipare quella dottrina che all'inizio del secolo successivo attribuirà all'imperio dello Stato la vera forza creatrice del vincolo; allo scopo egli affermava che «o il matrimonio si fa, o non si fa innanzi all' Ufficiale civile. Ma se la legge dichiara che il matrimonio come contratto si compie davanti al Sindaco, come può essa permettere che sia in arbitrio degli sposi di rinnegare questa efficacia e di far dipendere la validità del contratto stesso dall'adempimento di un rito religioso che essi vorranno prescegliere? La proclamazione del sindaco che congiunge gli sposi in matrimonio or sarebbe una verità ed ora un nulla, e se frequenti accadessero i casi in cui questa proclamazione fosse priva di efficacia, essa ne scapiterebbe per tutti, con grave detrimento della civile autorità.»¹³²⁶ Tanta fu la capacità persuasiva del grande giurista che lo stesso proponente ritirò l'emendamento e la discussione si pose sulla strada "francese", preferendo lasciarsi ai singoli la scelta se effettuare o meno il rito religioso, cercando di preservare la libertà di coscienza attraverso la pericolosa scelta (poi portata agli estremi dal legislatore codiciale postunitario) di non porre la necessaria priorità della celebrazione civile su quella

1324In particolare il De Ferrari riteneva che la celebrazione civile dovesse necessariamente precedere l'ecclesiastica, sulla base dell'accessorietà del Sacramento al contratto civile, come era stato sostenuto "fuori tempo massimo" dal Nuytz. Vedasi Parte I, cap. IV.

1325E. VITALE, *Il tentativo...*, cit., pag. 115.

1326*Processi verbali ...*, cit., pag. 381.

(eventuale) ecclesiastica¹³²⁷, limitandosi a imporre sanzioni in capo ai coniugi che, unitisi canonicamente¹³²⁸, non avessero provveduto a regolarizzare la propria posizione avanti al competente ufficiale dello stato civile entro tre giorni.

Frutto dell'intenso dibattito fu un progetto di 126 articoli, di cui il primo era affatto chiaro sugli intendimenti del legislatore, ivi sancendosi che «il matrimonio nelle sue relazioni con la legge civile è un contratto: essa quindi prescrive le forme della sua celebrazione; dispone sulle qualità e condizioni di chi lo contrae, sulla sua validità e sugli effetti civili che ne derivano. Essa lascia intatti tutti i doveri che la religione impone e protegge a un tempo l'osservanza dei medesimi e la libertà delle coscienze»¹³²⁹; a questo seguivano ulteriori disposizioni che vietavano la celebrazione religiosa non accompagnata da quella civile avanti al sindaco (istituita all'uopo), accompagnate da altre che suonavano come "contentini" dati dal legislatore all'autorità ecclesiastica: infatti erano vietate le nozze tra cristiani e non cristiani, era sancita l'incapacità a contrarre il vincolo per coloro che avessero ricevuto gli ordini maggiori o i religiosi di ambo i sessi che avessero effettuato voto di castità o di celibato perpetuo.

Presentato al De Foresta, allora guardasigilli, il progetto venne emendato: lo Jemolo afferma «lievemente»¹³³⁰, ma a ben vedere l'intervento non fu certo marginale, atteso che il Ministro volle che fosse stabilita la necessaria priorità della celebrazione civile sull'ecclesiastica, seppur tutelata con la mite sanzione della multa dalle 100 alle 300 lire. Proprio allorché il progetto, così modificato, era sul punto di essere presentato al Parlamento, sopravvenne la condanna dell'opera giurisdizionalista del Nuytz, che esacerbò il dibattito, suggerendo al governo di procedere con estrema prudenza, riproponendo la questione solo con il discorso della Corona del 4 marzo 1852, preannunciante l'inserimento del tema matrimoniale all'ordine del giorno della nuova Camera¹³³¹. Nel frattempo, succeduto il Galvagno al De Foresta, il progetto era stato massicciamente rielaborato, tanto che pressoché nulla dell'opera del Mancini sopravviveva: si era infatti soppressa la celebrazione civile e «introducendo solo una celebrazione facoltativa, per i casi in cui non si potesse celebrare l'atto in forma religiosa dinanzi al giudice mandamentale»¹³³², si dava tuttavia l'obbligo di procedere ad una forma di pubblicità costitutiva, fissata nell'obbligatoria iscrizione nei registri dello stato civile, "generosità" però temperata dalla completa avocazione statutale delle cause di

1327In Francia, com'è noto, non solo vigeva e vige tale obbligo ma la giurisprudenza aveva posto rimedio all'eventuale diniego di celebrazione religiosa da parte di uno dei coniugi, accordando all'altro la separazione per sevizie ed ingiurie. V. E. VITALE, *Il tentativo...*, cit., pag. 117.

1328Il parroco avrebbe comunque potuto celebrare dopo l'esibizione del necessario nulla osta sindacale.

1329A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia...*, cit., pag. 215. Che i liberali ritenessero in buona fede che il progetto non ledesse in nulla i diritti della Religione lo attesta lo stesso De Foresta, «quando riferendosi al suo progetto di matrimonio civile sostanzialmente ricalcato sul sistema francese, asseriva: "Esaminai tutte le quistioni e da un punto di vista religioso, da buon cattolico, quale mi glorio di essere, e da quello dell'indipendenza del potere civile...?"» E. VITALE, *Il tentativo...*, cit., pag. 41.

1330A.C. JEMOLO, *loc. ult. cit.*

1331Precisamente così: «E' dovere di ogni governo dar norma e sicurezza allo stato civile delle famiglie. La legge che a tal fine vi verrà presentata, quantunque di carattere puramente civile, si connette però ad interessi religiosi e morali, che alla vostra coscienza è concesso tutelare.» *Ibidem.*

1332*Ibidem.*

nullità e separazione.

Era questa la bozza che, il 6 giugno 1852, il nuovo guardasigilli Bon Compagni presentava al Parlamento, con le sole aggiunte di tre impedimenti dirimenti di matrice canonica, e cioè *votum solemne, ordo, cultus disparitas*¹³³³.

Su questo progetto il giudizio del Vitale¹³³⁴, nella sua bella monografia, è netto: vi «circola un'aria viziata che non nei precedenti e maggiore è l'influsso del giurisdizionalismo; [...] dopo avere affermato che "il matrimonio nelle sue relazioni con la legge civile è un contratto» e che «essa quindi dispone sulle qualità e condizioni di chi lo contrae, sulla validità degli effetti civili che ne derivano", ed avere regolato di conseguenza tutto l'istituto e attribuito pienamente ai giudici dello stato la giurisdizione sulla materia», si disponeva «che il matrimonio "continua[sse] a celebrarsi secondo le forme prescritte dagli articoli 108 e 150 del Codice civile.» Certo il temperamento della celebrazione innanzi al giudice mandamentale, mutuato dalla legge matrimoniale del Baden¹³³⁵, separava nettamente questo esperimento dalla disciplina giurisdizionalista ma, allo stesso tempo, appariva troppo poco per i liberali più aggressivi, troppo per i curialisti più accesi. Non a caso, nonostante la Camera approvasse il progetto già il 5 luglio, il dibattito fu intenso. Dopo la presentazione del Boncompagni, relatore della legge il Sineo¹³³⁶, la critica maggiore venne espressa da quei deputati che avevano affrontato la questione da protagonisti: il De Foresta e il Galvagno, i quali contestavano l'aleatorietà dell'obbligo di registrazione, interrogandosi se la stessa dovesse valere *ex tunc* o solamente *pro futuro*, cosa che non risultava ben chiara dal testo. Un emendamento nel primo senso, avanzato dal deputato Mantelli con l'appoggio del guardasigilli, non venne recepito, anche per la ferma opposizione del relatore, che riteneva in tal guisa di favorire la reviviscenza dello spregiato foro ecclesiastico. Tra i membri chierici, in senso critico si pose l'intervento Pernigotti, mentre di forte intonazione giurisdizionalista (e quindi favorevole) quello del Turcotti, «che avendo studiato a fondo l'argomento» difese la legge e «con una presunzione facilmente riscontrabile in altri esponenti dell'anticlericalismo» indicò quale dovesse essere «la vera interpretazione della religione cattolica, interpretazione che si fonda sul Vangelo e non è

1333Ottimo sunto del dibattito parlamentare è reperibile in E.ARBIB, *Cinquant'anni di vita parlamentare*, I, *Le prime quattro legislature*, Roma, 1898, pag. 686 ss. La difficoltà dello stesso è così riassunta: «I negoziati con Roma pazientemente condotti innanzi da Massimo d'Azeglio, non solo non approdarono alla pacificazione che il ministro di Re Vittorio Emanuele con tanta sincerità desiderava, ma valsero a suscitare nuovi contrasti ed a persuadere anche i più fiduciosi che non v'era modo d'intendersi con la Curia, salvoché sottomettendosi alla sua volontà in tutto. Lo censurava principalmente di essere venuto meno alla promessa, inserita fino dal 1850 nella legge per l'abolizione del foro ecclesiastico, d'introdurre nei patri codici la sanzione civile del matrimonio.»

1334E. VITALE, *Il tentativo...*, cit., pag. 129.

1335Ibidem, pag. 130.

1336«Quali fossero le tendenze o le impazienze della Camera si vide da questo, che in soli nove giorni, dal 12 al 21 giugno, fu discusso il disegno di legge negli uffici, nominata la commissione per riferirne, scritto e presentato il rapporto alla Camera. Fu un lavoro affrettatissimo e certo non scevro di difetti, ma il Sineo relatore, avvertì candidamente ch'era mestieri far presto e contentarsi intanto di sancire per legge l'istituto del matrimonio civile, rinviando a più remota epoca il perfezionarne i particolari.» E.ARBIB, *Cinquant'anni...*, I, cit., pag. 687.

quella dei farisei antichi e moderni o di certi religiosi in mala fede o di quel partito che ritiene cattolico tutto ciò che provenga da Roma, anche se frutto di prepotenze politiche». ¹³³⁷ Più misurato ed efficace l'Angius, che prese la parola per esporre le proprie riserve in merito all'inserimento di impedimenti canonici nella disciplina civile, da leggersi come una vera e propria inaccettabile intromissione *in spiritualibus* del legislatore secolare, rilevando altresì la profonda contraddizione tra la natura contrattuale del vincolo, sancita dall'*incipit* dello stesso progetto e la sua indissolubilità, difesa dal Sineo, e che non poteva derivare da altro se non dall'elevazione sacramentale compiuta dal Cristo. Addirittura "rabbiosa" fu l'opposizione del De Viry ¹³³⁸ e di Despine; il Revel affermò invece che la Camera avrebbe più profittevolmente potuto occuparsi della grave crisi finanziaria mentre Balbo chiese il rinvio del dibattito per ulteriori riflessioni, dichiarando di non approvare nulla del progetto. Per il Menabrea unico competente a trattare della questione sarebbe stato addirittura il Concilio ecumenico ¹³³⁹. Di carattere ecclesiastico anche le critiche dell'Asproni, sulla eccessività della pretesa ecclesiastica di tutto regolare, interrogando rettoricamente «da quando in qua ebbe la chiesa il potere di regolare la legittimità delle nascite per le civili successioni e per gli ordini di uno Stato? E' divenuta poi forse meno cattolica la Francia, irreligionario il Belgio, e la Germania e la Svizzera, l'America? Le parti tutte del globo dove è in atto la legge civile del matrimonio, son forse divenute bolge di peccato e d'irreligione?» ¹³⁴⁰ Ma fu Cristoforo Mameli a sottoporre alla più minuta critica il progetto governativo, cercando « con ogni appiglio giuridico di sottolineare le deficienze e talora il contrasto dei singoli articoli» ¹³⁴¹, in nome di quei principi giurisdizionalisti, ancora duri a superarsi e che porteranno lo stesso oratore ad esprimersi contro l'introduzione del matrimonio civile nel 1865.

Respinta prima la citata mozione di aggiornamento presentata dal Balbo ¹³⁴² e poi approvata la legge dai deputati con 94 "si", 35 "no" e 3 astenuti, il progetto passò tra le polemiche all'esame del Senato, dopo un'estate arroventata dalle polemiche più feroci. Essendosi già trattato ¹³⁴³ degli scambi di note con la segreteria di stato e della corrispondenza tra il Sovrano e Pio IX, basterà qui rammentare come il disegno di legge venisse profondamente emendato dalla notoriamente più conservatrice Camera Alta che, tramite una relazione del De Margherita andò ad incidere sul nucleo fondante della riforma: infatti, pur mantenendo il carattere di matrimonio civile, venne stabilito che il celebrato matrimonio religioso fosse d'impedimento ad una seconda celebrazione avanti all'ufficiale statale, che gli sposi potessero apporre la condizione risolutiva al vincolo civile della celebrazione del rito religioso entro quindici giorni e che la caducazione del

1337M. CORRIAS CORONA, *Stato e Chiesa nelle valutazioni dei politici sardi. 1848-1853*, Milano, 1972, pag. 84.

1338«Spiacque al Boncompagni la dichiarata ostilità d'un magistrato di gran conto», rileva E.ARBIB, *Cinquant'anni...*, I, cit., pag. 690.

1339E. VITALE, *Il tentativo...*, cit., pag. 139.

1340M. CORRIAS CORONA, *Stato e Chiesa...*, cit., pag. 93.

1341*Ibidem*, pag. 100.

1342E.ARBIB, *Cinquant'anni...*, I, cit., pag. 693.

1343*Supra*, Parte I, cap. IV.

vincolo religioso portasse all'estinzione civilistica ponendo in ogni caso la sentenza di nullità del tribunale ecclesiastico quale legittima causa di separazione dei coniugi. Il ministero, cui l'istituzione del legame civile stava molto a cuore, accettò le proposte del Senato; ma la zeppa definitiva all'approvazione fu posta prima da Roberto D'Azeglio con un emendamento (respinto) per cui la celebrazione religiosa dovesse ritenersi obbligatoria per i cattolici, poi dalla stessa Assemblea, che bocciò l'art. 1 il 20 novembre per un solo voto!¹³⁴⁴

E' da ritenere che questo esito sia stato determinato dalla volontà degli insigniti del laticlavio di interpretare la volontà del Sovrano¹³⁴⁵: si diceva infatti che Vittorio Emanuele avesse promesso al Pontefice di impedire l'istituzione del matrimonio civile. A suffragare quest'opinione contribuì la divulgazione della citata lettera di Pio IX al Re, presentata al Senato dal Della Torre proprio alla vigilia del voto sul progetto Boncompagni: nell'epistola in questione il Papa ricordava esplicitamente al Savoia la posizione della Chiesa in proposito e rivendicava alla propria Autorità la disciplina esclusiva del matrimonio. La risposta non è nota, ma in una lettera dell'abate Roberti al card. Antonelli, riportata dallo Jemolo¹³⁴⁶, si legge: «in quei giorni il Re aveva incaricato Cesare Balbo di formare il gabinetto; il Balbo si era subito rivolto ad Ottavio di Revel e si proponeva di conciliare le vertenze ecclesiastiche: pensava o di ritirare la legge sul matrimonio o di soffocarla». Il Balbo non riuscì poi a formare il gabinetto e la questione, insieme alla Presidenza del Consiglio dei Ministri finì nelle mani del Conte di Cavour, che il 4 novembre 1852 succedette a Massimo d'Azeglio. Il nuovo governo, nonostante la bocciature del disegno di legge, fu subito esplicito nel dichiarare inaccettabile ogni soluzione che non attribuisse allo Stato il monopolio dei giudizi sulle cause di nullità e, presentando il decreto reale che autorizzava il ritiro del progetto, riaffermò chiaramente il vincolo della legge Siccardi, annunciando che avrebbe presentato un ulteriore progetto sulla materia¹³⁴⁷, destinato a non vedere mai la luce a causa del sempre maggiore protagonismo del regno subalpino nello scacchiere internazionale.

1344A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia...*, cit., pag. 216. La riforma, nelle intenzioni della Camera avrebbe dovuto entrare in vigore il 1° gennaio 1853. «Nessuno certo il quel momento suppose che sarebbero dovuti trascorrere ben tredici anni, innanzi che il matrimonio fosse dai patrii codici riconosciuto e disciplinato come un contratto meramente civile.» E.ARBIB, *loc.ult. cit.*

1345R. AUBERT, *Il pontificato di Pio IX*, in A. FLICHE – V. MARTIN, *Storia della Chiesa...*, cit., XXI, Torino, 1964, pag. 125. V. anche E.ARBIB, *Cinquant'anni...*, I, cit., pag. 693.

1346A.C. JEMOLO, *loc.ult.cit.*

1347Ibidem. Affermava infatti il guardasigilli, all'atto della presentazione del R.D. che autorizzava il ritiro del progetto: «La sua [del governo N.d.A.] condotta nelle cose che spettano alle relazioni tra la Chiesa e lo Stato sarà informata dai principi che espresse nelle discussioni sostenute in questi ultimi giorni: ossequio alla religione dello Stato, riverenza ai suoi rettori e rispetto dei loro diritti; ma indipendenza assoluta dello Stato nelle materie che appartengono alla sua competenza. Libertà alla Chiesa, come a tutti; ma vigilanza assidua, affinché sotto nessun pretesto, fosse anche sotto quello della religione, non ne sia abusato a danno dell'ordine pubblico contro il rispetto alle leggi e contro le libertà assicurate dallo Statuto.» Ciò non sgombrò comunque il campo dalle polemiche. Infatti dieci vescovi presentarono una dichiarazione in base alla quale qualsivoglia futura legge in materia di matrimonio civile sarebbe stata da tenersi come eretica e, dunque, come *corruptio legis* non vincolante. Cfr. E.ARBIB, *loc.ult. cit.*

2 – *Soluzioni provvisorie. Le leggi 20 maggio 1863 n. 1265 e 23 marzo 1865 n. 2167.*

Il tema, apparentemente quiescente, riesplose al compiersi dell'unità nazionale. Si era posto in maniera pressante il problema dell'unificazione legislativa quale necessaria conseguenza della proclamazione del neonato Regno ma trattandosi non più di una semplice riforma "settoriale" quanto di una più complessa riorganizzazione di tutta la legislazione del diritto privato, non era possibile sperare in tempi rapidissimi, salva l'applicazione di una codificazione straniera "nazionalizzata", sul modello belga. Ciò tuttavia repugnava tanto al governo quanto al parlamento; innanzitutto per il fatto che due soli erano i modelli disponibili, quello austriaco e quello francese. Se il primo era irricevibile, a causa del tanto propagandato astio per il "tedesco invasore", il secondo avrebbe fatto risaltare in modo ancora più evidente il "debito" che il neonato stato aveva con il potente vicino: all'atto dell'armistizio di Villafranca si era infatti subito notato il disprezzo che le grandi potenze europee avevano per lo stato italiano e, conseguentemente, l'adozione di una legislazione straniera per disciplinare i rapporti tra i *cives* altro non sarebbe stata che un proclama di inettitudine a regolare "da soli" le proprie questioni interne; senza dimenticare che, nelle camere del Parlamento, sedevano giuristi di prim'ordine, i quali malvolentieri avrebbero tollerato di essere esautorati da un dibattito di simile importanza per i destini futuri della Nazione¹³⁴⁸.

Nelle more della codificazione, non v'era dunque che da operare "caso per caso", anche per evitare "fughe in avanti", come quelle determinatesi in alcuni luoghi dell'Umbria e delle Marche, dove i garibaldini anticlericali avevano proclamato con decreti dittatoriali l'instaurazione del matrimonio secolare e l'istituzione dei registri dello stato civile separati da quelli parrocchiali. I governi provvisori che, nelle more della proclamazione del regno unitario avevano retto gli stati del centro-nord della penisola, si posero immediatamente ad imporre le leggi e i codici subalpini ai territori loro soggetti, allo scopo di rendere l'effettiva proclamazione del Regno unitario una semplice "formalità", tanto che «la fusione legislativa sotto la forma di estensione alle nuove regioni delle leggi piemontesi così nei rispetti del diritto pubblico come del diritto privato era in gran parte effettuata»¹³⁴⁹, con due significative eccezioni: la Toscana¹³⁵⁰ e le Due Sicilie. Annesse queste ultime al regno sabauda con il "limpido" plebiscito del 21 ottobre 1860, reso immortale da Tomasi di Lampedusa, e anche allo scopo di eliminare i noti eccessi della dittatura garibaldina, Cavour aveva ottenuto, con R.D. 6 novembre 1860 n. 4007, la nomina del Farini a luogotenente del Re per le provincie meridionali, onde provvedere

1348Vedasi in proposito l'impostazione generale dell'opera di E. AVOGADRO DELLA MOTTA, *Il progetto di revisione del codice civile albertino. Osservazioni*, Torino, 1861, pag. 5 ss. In particolare, per l'Autore, la «decapitazione» del codice albertino, con l'abrogazione della "*professio fidei*" contenuta nel titolo preliminare, avrebbe cagionato l'introduzione di norme generali non chiare, destinate a divenire «un garbuglio di parole alla dottrina, un fatto materiale piuttosto che un principio.» *Ibidem*, pag. 11.

1349A.PERTILE - P. DEL GIUDICE, *Storia del diritto italiano*, II, Torino, 1897, pag. 270.

1350Il decreto del governo provvisorio 27 gennaio 1860 n. 584, abrogò il "giovane" concordato toscano del 1851, rimettendo in vigore la disciplina impostazione tridentina di cui si è fatto cenno *supra*, Parte II, cap. III.

alla "riorganizzazione" (da leggersi come "piemontesizzazione") dei domini borbonici, in particolar modo per quanto atteneva al diritto criminale; intonsa rimase, per il momento, la disciplina privatistica anche se l'abrogazione del concordato del 1818, avvenuta con decreto luogotenenziale 17 febbraio 1861 n. 248, comportò un radicale sovvertimento del diritto ecclesiastico statale com'era stato conosciuto in quelle terre dai tempi di Urbano II. Tuttavia la materia matrimoniale non veniva toccata da un provvedimento di siffatta importanza: infatti all'art. 2 del decreto era «affermato che l'antico diritto pubblico ecclesiastico veniva rimesso in vigore purché non fosse stato abrogato espressamente o tacitamente da disposizioni posteriori, ovvero non fosse contrario alle norme tassative di legge od ai principi più liberali del nuovo diritto pubblico.»¹³⁵¹ Dunque si mantenne il principio contenuto nel codice del 1819, «con la conseguenza che, se per ipotesi assurda, l'antico diritto pubblico ecclesiastico avesse regolato il matrimonio come semplice contratto civile e non come sacramento, questo sarebbe stato modificato dalle leggi civili del 1819, che in virtù del principio sancito all'art. 2 del decreto, avrebbero dovuto essere rispettate»¹³⁵²; il problema era in realtà più teorico che pratico, atteso che il concordato napoletano, come si è visto sopra, non conteneva disposizioni relative alla formazione del vincolo ma solo in merito alla giurisdizione ecclesiastica sulle cause connesse, che nello stesso codice civile era consacrata dall'art. 155.

Diverso fu invece l'impatto dei principi costituzionali di [tendenziale] libertà religiosa e di eguaglianza dei cittadini nel godimento dei diritti civili senza discriminazione di culto (artt. 1 e 24 stat.) sulle normative codiciali, che impedivano ai non cattolici di contrarre matrimonio nei territori soggetti alla monarchia borbonica: infatti, per il criterio gerarchico, non era da ritenersi possibile che una simile legislazione potesse continuare ad avere vigenza, anche se ciò non andava ad inficiare il completo affidamento (negli altri casi) dell'istituto matrimoniale alla normativa canonica, con la sola eccezione di quelle pubblicazioni civili cui la normativa del 1819 attribuiva tanta importanza e che tante controversie sul loro valore avevano generato.

Ad integrare la normativa luogotenenziale si attivò altresì il legislatore ordinario, che attraverso le leggi 20 maggio 1863 n. 1265 e 23 marzo 1865 n. 2167, «relative alla convalidazione e registrazione dei matrimoni ecclesiastici contratti nelle provincie meridionali» emanate allo scopo «di favorire coloro che per qualsiasi ragione non avessero osservato tutte le norme previste dal codice per la celebrazione del matrimonio canonico con effetti civili.»¹³⁵³ L'intervento del legislatore avrebbe forse dovuto fungere da "campanello d'allarme" circa la predisposizione di una popolazione rurale, in massima parte analfabeta e fomentata dal clero, all'adempimento delle prescrizioni civili

1351Così L.SPINELLI, *La legislazione matrimoniale delle provincie meridionali nei primi anni dopo l'unità d'Italia*, Milano, 1953, pag. 38. L'autore rimanda a F. SCADUTO, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia*, I, Torino, 1892, pag. 12, laddove il grande siciliano rileva che «il diritto antico richiamato in vigore non va oltre il secondo trentennio del secolo XVIII e fece capo a quella corrente dei principi riformatori che, ispirandosi alle idee di politica giurisdizionalistica o territorialistica, affermavano la sovranità dello Stato sulla Chiesa e regolavano direttamente l'amministrazione ecclesiastica.»

1352L.SPINELLI, *loc. ult. cit.*

1353Ibidem, pag. 46.

(pubblicazioni etc.): il numero dei matrimoni celebrati solo canonicamente era in continua ascesa, non solo per la ragione suddetta ma anche per il gran numero di coloro che erano stati costretti dall'esilio politico a contrarre all'estero, senza potere osservare tutte le formalità necessarie¹³⁵⁴.

Si trattava dei matrimoni c.d. "clandestini", cioè canonici ma non preceduti o seguiti dalle formalità di stato civile, "segreti" (disciplinati dalla *Satis vobis compertum*) ed infine di quelli *in extremis*, autorizzati da un Real rescritto borbonico del 6 agosto 1832, ai sensi del quale i Vescovi erano autorizzati a procedere alla recezione del consenso matrimoniale anche in assenza del nulla osta civile nelle situazioni in cui il Tridentino permetteva di omettere le pubblicazioni canoniche. Per queste ragioni il guardasigilli chiedeva al Parlamento di approvare una legge, in articolo unico, ai sensi della quale «il Governo del re è autorizzato a concedere sanatorie per decreti reali a quei matrimoni che dai cittadini delle provincie meridionali siano stati contratti fino al giorno d'oggi senza gli atti dello stato civile prescritti dalle leggi che sono ivi in vigore, premessa la istruzione che, nell'interesse della prole, della patria potestà e dei terzi, è stato in uso praticarsi.» Lo sforzo del Governo non era di poco momento, atteso che solo tre mesi dopo lo stesso Pisanelli avrebbe presentato al medesimo Parlamento il progetto di codificazione, che instaurava per la prima volta nella storia della penisola il matrimonio civile. Relatore della legge venne nominato il senatore Vacca che, forse un poco pregiudizialmente, giustificò la necessità del provvedimento sulla base delle ambiguità della legislazione borbonica, la quale era da individuarsi come sola responsabile degli abusi che erano stati compiuti nelle sue pieghe: allo scopo risultava necessario «sanare al più presto i numerosi matrimoni ecclesiastici irregolari», considerate «le ragioni di convenienza che raccomandano l'adozione di un provvedimento di civile prudenza che abbia virtù di far cessare la posizione anomala di quei matrimoni preesistenti.»¹³⁵⁵ La sanatoria veniva proposta come retroattiva, fatti salvi i diritti legittimamente acquisiti da terzi nelle more di essa, tanto da indurre la commissione a suddividere in tre articoli la proposta ministeriale, i quali vennero discussi dal senato nella tornata 12 maggio 1863: ivi si stabiliva che «i matrimoni puramente ecclesiastici contratti da cittadini delle provincie meridionali fino al giorno d'oggi senza che siano state precedentemente osservate le forme richieste dalle leggi civili ivi imperanti, potranno entro il termine di sei mesi dalla pubblicazione della presente legge venir trascritti sui registri dello stato civile sulla domanda delle parti interessate» (art. 1), che «a conseguire la detta trascrizione dovranno i richiedenti esibire all'ufficiale dello stato civile un certificato in forma autentica comprovante la seguita celebrazione del matrimonio innanzi all'autorità ecclesiastica» (art. 2) ed infine che «i matrimoni enunciati nei precedenti articoli trascritti nei registri dello stato civile produrranno dal dì della loro celebrazione gli effetti civili senza verun pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi anteriormente alla trascrizione sopra enunciata» (art. 3). Il voto del senato fu favorevole, nonostante le perplessità del Vigliani, futuro relatore della legge sul matrimonio civile¹³⁵⁶; a scopo di

1354Tra cui Francesco Crispi. V. *Infra*, parte II, cap. IV, par. 4.

1355L. SPINELLI, *La legislazione...*, cit., pag. 61.

1356*Ibidem*, pag. 64. «Il provvedimento s'imponeva – sostiene il Vigliani – non soltanto per ragioni di

migliore certezza egli propose che si emendasse l'art. 1 sostituendo il termine "interessate" con quello di "contraenti", aggiungendo alla richiesta l'obbligo di controfirma, con valore di "nulla osta", del competente ufficiale dello stato civile. Il guardasigilli non volle però impedire ad eventuali figli di poter ottenere il riconoscimento del matrimonio dei genitori, con ciò facendo prevalere l'interesse all'uniformità degli *status* sulla eventuale volontà delle parti contraenti, in guisa non molto diversa dal regime di trascrizione tardiva che l'art. 34 conc. lat. e la legge 847/1929 instaurarono dopo la Conciliazione. Passato alla Camera il progetto venne approvato senza alcuna modificazione: relatore, l'Imbriani svolse un discorso d'intonazione più politica che giuridica, soprattutto invitando il governo allo svolgimento di politiche paideutiche, volte a favorire l'accettazione del matrimonio secolarizzato nelle classi popolari, in quanto solo attraverso di esso era possibile realizzare il pieno separatismo¹³⁵⁷. Gli auspici del deputato dovettero evidentemente essere frustrati, se già nella tornata 15 dicembre 1864 «fu presentato alla Camera dal ministro della Giustizia Vacca uno schema di legge relativo alla proroga del termine stabilito dalla precedente legge del 1863 per la sanatoria dei matrimoni puramente ecclesiastici contratti dai cittadini delle provincie meridionali.»¹³⁵⁸ Le ragioni che avevano indotto il Governo ad esercitare nuovamente l'iniziativa legislativa per ottenere un rinvio al 1° agosto 1865 del termine ultimo per procedere alle trascrizioni consentite dalla legge 1265/1863, erano le medesime della volta precedente, con ciò a dimostrazione di quanto scarso fosse stato il successo della sanatoria; questa volta però, essendo ormai prossima l'approvazione del codice, la "fronda" dei liberali più accesi apparve maggiormente vigorosa ma, ciò non ostante, la Commissione ritenne di elargire un'estensione del termine suddetto al 31 dicembre 1865, in guisa da non lasciare soluzione di continuità tra codesto termine e l'entrata in vigore della codificazione civile, anche se con una limitazione, condivisa dal Guardasigilli: la non estensione della sanatoria ai matrimoni *in extremis*, i quali avrebbero necessitato di una procedura più gravosa per mezzo di regio decreto. Il testo era dunque molto secco e all'art. 1 stabiliva che «il termine concesso dalla legge 20 maggio 1863 n. 1265, ai cittadini delle provincie

carattere amministrativo, per rimediare cioè agli inconvenienti creati nelle provincie meridionali dal sistema incerto e mal definito delle leggi napoletane, bensì soprattutto per vedere attuata in un domani quella coesione politica tanto auspicata, che non si sarebbe raggiunta senza prima abolire ogni diversità di leggi e consuetudini tra il nord ed il sud.»

1357Questo il testo definitivo: Art. 1. «I matrimoni puramente ecclesiastici contratti da cittadini delle Provincie meridionali innanzi al 1° maggio 1863 senza che siano state precedentemente osservate le forme richieste dalle leggi civili ivi imperanti, potranno entro il termine di sei mesi dalla pubblicazione della presente legge venir trascritti sui registri dello stato civile sulla domanda che sarà fatta dai coniugi o dal superstite, o dalla loro prole in caso di predecesso di entrambi, la domanda sarà ricevuta dall'ufficiale dello stato civile, il quale la sottoscriverà con le parti richiedenti.» Art. 2. «A conseguire la detta trascrizione dovranno i richiedenti esibire all'ufficiale dello stato civile un certificato in forma autentica comprovante l'eseguita celebrazione del matrimonio innanzi l'autorità ecclesiastica.» Art. 3. «I matrimoni enunciati nei precedenti articoli trascritti nei registri dello stato civile produrranno dal di della loro celebrazione gli effetti civili senza verun pregiudizio dei diritti acquisiti dai terzi anteriormente alla trascrizione sopra enunciata.»

1358L. SPINELLI, *La legislazione...*, cit., pag. 77

meridionali per far trascrivere nei registri dello stato civile i matrimoni puramente ecclesiastici da essi contratti innanzi al 1° maggio 1863 senza che siano state precedentemente osservate le formalità richieste dalle leggi civili è rinnovato a tutto il corrente anno 1865», mentre veniva data «facoltà al Governo del Re di concedere sanatorie ai matrimoni puramente ecclesiastici contratti dai cittadini delle provincie meridionali *in extremis*, permettendone con regio decreto la trascrizione nei registri dello stato civile, dopo esaminate le circostanze che concorrano in ciascun caso particolare» (art. 2)¹³⁵⁹. Il dibattito parlamentare si svolse non tanto sul "se" approvare la legge, quanto piuttosto sulla portata della medesima, con un elevato tasso di approfondimento giuridico, volto a valutare se la facoltà di cui all'art. 2 necessitasse anch'essa del termine *ex art. 1* o potesse invece essere esercitata liberamente anche dopo l'imminente entrata in vigore della riforma codiciale: nel primo senso il Sanguinetti, mentre per lo stesso Guardasigilli e per il Crispi la questione era priva di fondamento, giacchè l'introduzione del matrimonio civile avrebbe definitivamente risolto gli ultimi vincoli tra l'ordinamento secolare e quello ecclesiale, con conseguente impossibilità per l'autorità statale di procedere al riconoscimento di atti eminentemente religiosi e, dunque, al di fuori della sua sfera di disponibilità. Dopo un vivace intervento del deputato Capone, che non riteneva il matrimonio *in extremis* capace di garantire quella certezza giuridica di cui necessitava un simile negozio e, all'uopo proponendo di assoggettare l'emanazione del decreto al parere obbligatorio del Consiglio di Stato. Si emendò dunque il testo, con l'introduzione di un nuovo alinea nell'art. 2, con cui si limitava il numero dei legittimati all'azione ai soli coniugi o, nel caso di premorienza di entrambi, ai figli, con esclusione dunque di estranei alla famiglia nucleare, ancorché interessati; in tal guisa si riallineò il testo con quello della legge 1265/1863 e lo si pose in discussione nella tornata dell'8 febbraio 1865. Dal dibattito emersero due schieramenti: il primo, minoritario e guidato dal Capone mirava alla bocciatura del disegno di legge sulla base dell'argomento, invero non peregrino seppur pregno di positivismo *ante litteram*, che alla vigilia dell'entrata in vigore di una riforma epocale la Camera stesse ancora a discutere di matrimoni ecclesiastici, per altro contratti in violazione di legge; il secondo, che dovette poi prevalere alla conta dei voti, sostanzialmente si approssiava alla questione vedendo nel progetto di legge l'ultima benevola concessione dello stato liberale nei confronti di quei cittadini che venissero a trovarsi in uno stato di "minorità" sociale. Licenziato dal ramo basso del Parlamento il progetto venne recato al Senato dallo stesso Vacca nella tornata del 18 febbraio 1865, venendo approvato dalla Camera Alta nella tornata del 9 marzo, senza per altro essere stato oggetto di discussione.

1359 *Ibidem*, pag. 82, nota 4. «La Commissione propose in un primo momento che venisse accordata la facoltà in materia al potere giudiziario, il quale doveva pronunciarsi mediante sentenza, ovvero che questo dovesse manifestare la propria opinione circa la convenienza della sanatoria prima dell'emanazione del regio decreto. Tuttavia, mal adattandosi le forme e le fasi di un giudizio a contingenze urgenti, la Commissione ritenne opportuno ribadire soltanto "la necessità di prendere ad esame le circostanze che possono determinare l'esercizio di questa facoltà attribuita al potere sovrano.»

3 - *Il codice del 1865 e l'introduzione del matrimonio civile.*

Esula dagli scopi del presente scritto fornire una trattazione completa ed esauriente della riforma codiciale postunitaria¹³⁶⁰ e per quello che attiene ai suoi antefatti si potrà rinviare a quanto già anticipato valutando la posizione della Chiesa in proposito¹³⁶¹; sarà dunque sufficiente rammentare come l'istituzione del matrimonio civile venisse inserita già il 19 giugno 1860¹³⁶² nel primo progetto di revisione del codice, presentato dal ministro Giovanni Battista Cassinis alla Camera e frutto dei lavori di una commissione, riunita sotto la presidenza di Vincenzo Miglietti con decreti 24 dicembre 1859 e 25 febbraio 1860¹³⁶³: già dalle prime battute il proponente si era dimostrato tutto teso ad introdurre la celebrazione civile, unico sistema accettabile per un autentico liberale e rispettoso della sovranità dello Stato, tanto nei confronti dei cittadini quanto (e soprattutto) rispetto al Potere spirituale che, nel pensiero del ministro, aveva nei secoli usurpato competenze non spettantigli¹³⁶⁴; così al suo art. 104, questo primo progetto sanciva che «la legge considera il matrimonio unicamente nei rapporti civili; e rispettando i doveri che impone la religione determina nell'interesse della società le condizioni di capacità e di forma per la sua validità ed efficacia» e, quanto a queste ultime, si poneva come «ricalcato in genere sul codice francese, che aveva avvocato allo Stato il regolamento del matrimonio, con questa differenza, che era data facoltà ai nubendi di celebrare il matrimonio nella forma religiosa, ma erano però obbligati a presentare al ministro del culto un certificato dello stato civile con cui si facesse fede che erano state eseguite le pubblicazioni, e che nulla ostava alla celebrazione del

1360Su di essa si è soffermato recentemente anche M.MIELE, *Bonum coniugum...*, cit., pag. 2-3. «Va subito detto che il modello matrimoniale civile italiano non è isolato o svincolato, nell'ambito del suo processo di secolarizzazione, da una tradizione giuridica e culturale più ampia; questa tradizione si rifà, fondamentalmente, al matrimonio costruito dal codice civile napoleonico, e ciò vale fin dal 1865, anno in cui veniva emanato il codice civile italiano unitario. Con esso, nell'Italia unita, dopo la parentesi napoleonica, veniva introdotto un matrimonio civile e nel contempo veniva negato qualunque effetto civile ai matrimoni religiosi (cattolici e non).»

1361V. *Supra*, parte I, cap. IV. In particolare aveva fatto scalpore, ancora regnante Carlo Felice, ma sia Rosmini che Nuytz vi avrebbero fatto riferimento, il caso dell'abate Dumonteil, che in Francia aveva chiesto di essere sollevato dagli obblighi degli ordini religiosi per poter contrarre matrimonio, e ciò nonostante l'opposizione della famiglia. Essendo questa irconciliabile l'aveva citata in giudizio. «Un jeune prêtre, qui croit ne pouvoir plus porter le joug du sacerdoce, a prié ses parens de vouloir bien consentir au mariage qu'il se propose de contracter. Sur leur refus, il a voulu leur adresser des sommations respectueuses, par un notaire qui n'a pas cru pouvoir prêter son ministère à pareil acte.» Questo il riassunto di G.GLEY, *M. L'abbé Dumonteil. Sa cause devant les tribunaux. Ses défenseurs; leur plaidoyers*, Paris-Bruxelles, 1828, pag. 5.

1362Al Senato sarebbe stato presentato il 21 dello stesso mese.

1363P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 187.

1364«I canoni della Chiesa non si attennero al solo elemento religioso del matrimonio, ma ne usurparono la parte civile e politica; strinsero in un tutto inscindibile il contratto ed il sacramento; ond'è che qualunque concessione sul rito riesce impossibile, se nel medesimo tempo lo stato non rinuncia alla totalità del suo diritto.» Così la *Relazione Cassinis*, in *Lavori preparatori del Codice civile del Regno d'Italia*, II, Roma, 1888, pag. 11 riportata da P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 212.

matrimonio»¹³⁶⁵. Sottoposto all'attenzione della Magistratura con una circolare ministeriale del 6 luglio 1860, questo primo progetto trovò notevoli resistenze da parte del potere giudiziario¹³⁶⁶ e, inopinatamente, accanto agli irreconciliabili avversari del matrimonio civile come Emiliano Avogadro della Motta¹³⁶⁷ si posero, per motivi affatto opposti, anche una parte dei liberali,¹³⁶⁸ che salirono sulle "barricate ideali" attraverso le riviste giuridiche (*in primis* i milanesi "Gazzetta dei Tribunali" e "Monitore")¹³⁶⁹. Proprio sul "Monitore" il deputato toscano Giovan Battista Giorgini formulò un contro progetto (presentato a nome del conterraneo on. Andreucci) in cui il primo posto veniva dato alla celebrazione religiosa e che venne accolto dagli osservatori più superficiali come un'opposizione al nuovo istituto. Gli stessi presentatori dell'emendamento furono costretti a precisare come la loro proposta fosse formulata esclusivamente a tutela della libertà di coscienza non solo dei cittadini cattolici ma financo dello Stato, di cui venivano rimarcate la Sovranità e l'Indipendenza; il potere ecclesiastico veniva liquidato, in ossequio alle teorie liberali più estreme, come un «non potere» o meglio «un potere che ha cessato di esistere»¹³⁷⁰; in sostanza si definiva come una "graziosa concessione" statale la primazia della celebrazione religiosa. Alla proposta toscana aderirono il Rosmini e il Pertile¹³⁷¹; quest'ultimo, invero piuttosto estremo nelle sue conclusioni, individuava nel matrimonio civile «un legale concubinato» sancendo che «i cittadini cristiani hanno stretto obbligo di coscienza di non profittare di leggi civili siffatte». Il progetto s'incagliò nelle secche «del meccanismo delle commissioni parlamentari, ideato dallo stesso Cassinis per sveltire i passaggi parlamentari in modo tale da far entrare in vigore il codice unitario alla data del 1° gennaio 1861.» La prima proposta venne dunque sostituita con una seconda presentata dal Guardasigilli Miglietti in Senato il 9 gennaio 1862, redatto da una commissione composta da Rocchis, consigliere di corte d'appello, dagli avvocati Astengo e Vaccarone, ereditati dal

1365G. PIOLA, *Matrimonio (diritto civile)*, cit., pag. 1066.

1366In particolar modo perché la donna non necessitava di autorizzazione maritale per gli atti dispositivi dei propri beni.

1367E. AVOGADRO DELLA MOTTA, *Il progetto di revisione...*, cit., pag. 28 afferma che «l'idea della secolarizzazione del matrimonio è assai più vuota che quella della separazione tra il sacro e il profano. Questa suole incontrare pratiche difficoltà ma è concepibile. L'altra non è concepibile.»

1368C.M. VALSECCHI, *In difesa della famiglia?...*, cit., pag. 10. P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 217, cita come i più critici fossero stati il Tribunale di Revisione di Modena, la Corte suprema di revisione di Parma, la Cassazione fiorentina, il Tribunale di revisione di Parma, la Corte d'appello di Genova, la Corte d'appello di Casale, la Corte d'appello di Lucca, il Tribunale di prima istanza di Modena e la Corte d'appello di Parma.

1369C.M. VALSECCHI, *In difesa della famiglia?...*, cit., pag. 11.

1370Ibidem, pag. 15.

1371Per il Pertile (che scriveva negli anni '50) in tema matrimoniale il ruolo dello Stato era «alquanto marginale», dato che «"alla podestà civile non si appartiene che di stabilirne ed ordinarne i civili effetti in riguardo alla utilità e convenienza sociale", con buona pace di quei legislatori che, diversamente dal saggio imperatore asburgico, in quegli anni, anche in Italia, andavano elaborando leggi istitutive di un matrimonio "solo civile".» Tale dottrina era per l'abate tanto inaccettabile quanto quella giurisdizionalista della "contrattualizzazione" del vincolo. Così C.M. VALSECCHI, *Ortodossia religiosa e fedeltà allo Stato nell'insegnamento di Giovanni Battista Pertile*, in M.G. DI RENZO VILLATA (a cura di), *Formare il giurista. Esperienze nell'area lombarda tra sette e ottocento*, Milano, 2004, pag. 403 ss.

predecessore, affiancati dal giurista Precerutti e dal consulente linguistico Achille Mauri: in questo caso si trattava di un progetto meno "indipendente" di quello Cassinis, completamente debitore dell'esperienza codiciale transalpina, tanto che lo stesso ministro proponente non si astenne dal confessarlo candidamente davanti alla Camera Alta, informando gli insigniti del laticlavio che «i codici, che ora si presentano alla approvazione del Parlamento, sono sostanzialmente fondati sui principi che informano le leggi francesi, le quali pur sono in gran parte state conservate nelle particolari legislazioni ora in vigore nella massima parte delle italiane provincie, e furono già pienamente e direttamente attuate in tutta la penisola al tempo della francese dominazione.»¹³⁷²

Se l'obiettivo della codificazione era quello di smarcarsi dall'ingombrante ex-alleato dimostrando che il neonato Stato unitario "sapeva far da sè" non c'era di che ben sperare, come del resto avvenne con il testo poi approvato, in tutto succubo dell'influenza napoleonica. Non v'era quindi da contare in una riconferma dell'art. 104 del progetto Cassinis, soprattutto laddove esso faceva cenno al fattore religioso: il vincolo non poteva e non doveva essere considerato *in spiritualibus*, ma soltanto come contratto, secondo la tradizionale concezione francese, figlia del giurisdizionalismo gallicano. Una simile "rivoluzione" se poteva in qualche modo essere accettata dalle magistrature del nord Italia, molto più difficilmente avrebbe potuto far breccia nel meridione. Quando nel giugno del 1862 la bozza venne sottoposta dal Conforti, fresco di nomina a Ministro della Giustizia, alla cassazione napoletana, il primo libro istitutivo del matrimonio civile venne sottoposto al "fuoco incrociato" dei membri della commissione di valutazione¹³⁷³, i quali ritenevano la celebrazione religiosa siccome guardiana della pubblica e privata moralità. Si pose anche l'interrogativo, che il principio maggioritario e la clausola dell'art. 1 stat. rendevano legittimo, se non fosse il caso di soprassedere sulla celebrazione secolarizzata in un Paese nel quale la pressoché totalità della popolazione professava la medesima fede. La soluzione era un compromesso non dissimile da quello proposto dal Cassinis, che risentiva delle esperienze borboniche e di una certa eco giurisdizionalista in quanto, secondo i giudici partenopei, sarebbe stato l'ufficiale di stato civile a ricevere il consenso, ponendosi come necessario il rito religioso o i riti religiosi, nel caso gli sposi appartenessero a confessioni diverse. Naturalmente non si trattava di una strada percorribile, atteso che si era completamente dimenticata la funzione di teste qualificato assegnata al parroco dal Tridentino e, soprattutto, si ometteva la natura di *societas iuridice perfecta*, propria della Chiesa.

La nomina del Pisanelli a Ministro della Giustizia impresso una svolta ai lavori: pur senza ripudiare del tutto il progetto del predecessore egli assunse delle iniziative, anche coraggiose, tutte tese alla piena realizzazione dei principi liberali, attraverso il completo ripudio di qualsivoglia dimensione religiosa del vincolo, che per la legge civile doveva

¹³⁷²Il discorso del Miglietti è riportato da P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 223.

¹³⁷³Commissione composta dal Primo presidente della Cassazione Niutta, dal vice Spaccapietra, dal sostituto procuratore generale Caracciolo e dai Consiglieri Giordani, Rossi, Larussa, Lomonaco e Gannatasio. *Ibidem*, pag. 225, nota 60.

essere totalmente irrilevante; la stessa capacità giuridica di contrarre viene innovativamente regolata, abbandonando la differenza di età minima tra uomo e donna, retaggio romano e canonico, per sancire in 21 anni il minimo per entrambi i nubendi. Presentato al Senato il 10 luglio 1863 dallo stesso guardasigilli, cinque giorni dopo fu oggetto di una prima esposizione da parte del promotore, nella quale il tema matrimoniale venne direttamente affrontato, dichiarandovi che, le note contese tra Chiesa e Stato sul punto non avrebbero inficiato la volontà del Governo di addivenire al taglio del nodo gordiano, in quanto «il principio di libertà ha vinto anche in queste discussioni»¹³⁷⁴, essendo ormai un dato quesito al diritto pubblico dello Stato il motto cavouriano *libera Chiesa in libero Stato*. Non si definì la natura giuridica del vincolo, ci si limitò soltanto a definirlo «alta istituzione sociale»¹³⁷⁵, che in virtù di questa sua non meglio specificata natura avrebbe dovuto ricadere sotto le prescrizioni dello Stato, in guisa da non offendere la libertà di coscienza di alcuno con l'imposizione di una forma religiosa e così prevenendo conflitti con la Chiesa, che sempre si erano determinati nel momento in cui entrambe le potestà avevano tentato di regolare contemporaneamente la medesima materia: «i minori pericoli, i minori danni – affermava il Pisanelli – staranno per quella legge che, rispettando la libertà degli individui, e la libertà della Chiesa si restringa nel campo della sua incompetenza.»

Questa la consegna che sul punto veniva affidata alla Commissione senatoria per l'esame del primo libro, presidente e relatore il Vigliani (procuratore generale presso la Corte d'Appello di Torino), istituita il 17 luglio 1863 dal Presidente del Senato e composta da De Foresta, presidente della Corte d'appello di Bologna, Duchoqué, vice presidente della Corte dei Conti, Ferrigni, avvocato generale della Corte di Cassazione di Napoli, Gioa, consigliere di Stato, Lanzilli, presidente della Corte di Cassazione di Palermo, Marzucchi, Procuratore generale della Corte di Cassazione di Firenze, Nazari, Pallieri, consigliere di Stato, Stara, presidente della Corte d'Appello di Torino, Vacca, Procuratore generale della Corte di Cassazione di Napoli, i quali non vollero discostarsi da quel modello «che prese il nome di Napoleone, di quel codice che ben puoi salutare il padre dei moderni Codici civili.»¹³⁷⁶ Allo scopo la commissione attuò una vera e propria riscrittura della bozza ministeriale, senza però discutere della secolarizzazione definitiva delle nozze: essa era vista come inevitabile ed irreversibile. Lo attestano ampi stralci della Relazione Vigliani, citati dallo Jemolo¹³⁷⁷, dai quali ben si comprende lo spirito dei codificatori italiani in merito ad una questione, ivi così definita: «agitata con tanto ardore tra la potestà laicale e l'ecclesiastica, quanto [...] chiara e semplice nel

1374 *Raccolta dei lavori preparatori del codice civile del regno d'Italia*, I, Palermo-Napoli, 1866, pag. 9

1375 Così lo definirà anche qualche anno dopo F. FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia giuridica*, cit., pag. 398.

«Secondo il nostro Codice, il matrimonio è un alta istituzione sociale, il cui fondamento non è un capriccioso contratto, ma un bisogno umano duraturo e permanente.» Sulla stessa linea G. PIOLA, *Matrimonio (diritto civile)*, cit., pag. 1066: «Il Pisanelli, nel suo progetto, considerato che il matrimonio, come alta istituzione sociale, deve cadere sotto l'azione dello Stato, richiamava allo stato il regolamento della materia matrimoniale, esclusa qualunque transazione che lasciasse in vigore, anche solo in parte, le norme dalla Chiesa dettate.»

1376 Riportato da P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 238.

1377 A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia...*, cit., pag. 215 ss.

campo dei diritti puri e della scienza, altrettanto si affaccia complicata e scabrosa nel campo dei fatti e dell'opinione popolare generata da antiche costumanze e tradizioni religiose. Consultando unicamente i dettami del diritto pubblico circa i limiti dei poteri dello Stato e della Chiesa circa la libertà di culto e di coscienza, niuno è che possa dubitare pure un istante che l'istituzione del matrimonio civile sia del tutto consentanea ai diritti, non solo, ma ai doveri che ha la sovranità di regolare nei rapporti con la società civile tale materia, e che la stessa istituzione appieno rispetti le credenze e le pratiche della religione di tutti i cittadini senza distinzione di culto. La Religione, pura emanazione dello spirito umano, vincolo sacro dell'uomo col suo divino Autore, rifugge naturalmente da ogni coazione: tutti gli atti che essa prescrive ai suoi credenti, non possono essere che spontanei e liberi. Se costretti, sono atti di profanazione e di brutta ipocrisia. [...] Il legislatore civile che ponga l'essenza del suo matrimonio in un rito religioso, e fuori di esso non riconosce valido alcun vincolo coniugale, non esercita egli sulle coscienze dei cittadini un'assurda pressione, non li costringe ad un atto di religione, ancorché ripugni alle loro coscienze? Molto saviamente diceva a questo proposito l'illustre Portalis che nel regolare il matrimonio la legge civile non deve vedere che cittadini, come la religione non vede che credenti. Donde la conseguenza, che il matrimonio civile deve sussistere affatto indipendente e disgiunto dal matrimonio religioso [...]. Si accosteranno agli altari quegli sposi che si sentano l'animo disposto a ricevere le sante benedizioni del loro sacerdote. Ma tutti i cittadini, senza distinzione di culto o di credenza, si debbono sottomettere, per essere marito e moglie in faccia alla società, alle norme e solennità che la legge civile prescrive.»

Nè ciò è reputato dal Vigliani sufficiente, in quanto egli affermava di essere ben consapevole «che il silenzio della legge civile circa i riti coi quali ogni religione consacra il matrimonio, diede luogo ad accusarla di essere atea od indifferente. Ma a chi per poco si addentri con la sana ragione nella natura delle cose, apparirà di leggervi, che la legge che si occupa esclusivamente dell'elemento civile del matrimonio non è atea, ma sibbene laica, non è indifferente ma incompetente, secondo la giusta espressione di un celebre pubblicista francese.»

Ci dice, sempre la relazione in questione, che la Commissione respinse l'idea del matrimonio civile facoltativo «poiché essa ebbe a convincersi viemaggiormente, che la libertà di coscienza e il generale sentimento religioso sono appieno celebrati da una legge che non frapponga alcun ostacolo alla celebrazione dei sacri riti delle nozze, poiché l'obbligo di celebrare l'atto civile, mentre è una conseguenza dei doveri del cittadino verso lo Stato, nulla detrae del sacramento dei cattolici e in nulla offende le cattoliche credenze; che lo abbandonare all'arbitrio dei cittadini il celebrare il matrimonio nella forma civile o nella forma religiosa, trarrebbe seco quasi tutti gli inconvenienti del sistema del matrimonio canonico esclusivo, oltre alcuni altri di lui propri e non meno gravi. E invero lo Stato abdica parimente il suo potere e la sua missione, abbandona l'atto più importante della vita civile a precetti religiosi che variano al variare dei culti ed a ministri sopra i quali non ha alcuna autorità; rende impossibile la codificazione della parte più importante del diritto civile; mantiene una legislazione varia, incerta e soggetta alle mutazioni di un potere da lui indipendente; obbliga i suoi magistrati

all'applicazione di leggi di una società diversa; ed infine apre l'adito a facili frequenti collisioni tra due podestà. Ai quali inconvenienti si debbe aggiungere lo scredito del matrimonio civile nel quale il legislatore stesso mostrerebbe di non confidare, l'eccitamento ad una specie di lotta fra le due forme di matrimoni dalla legge tenute in egual conto, la facilità che ne trarrà il clero a rendere infrequente e negletto il matrimonio civile [...]».

Non deve stupire che una siffatta relazione sia stata presentata proprio in quella Camera Alta che aveva contribuito in maniera essenziale a fare abortire il progetto Bon Compagni: nel decennio intercorso tra i due disegni di legge gli eventi storici avevano inciso anche sulla composizione del Parlamento. Innanzitutto, con la cessione della Savoia alla Francia, i deputati e i senatori di quella regione (tra i più accesi cattolici conservatori) avevano presentato le dimissioni; inoltre, vista la fattiva politica anticlericale dei ministeri Cavour, i rapporti tra Roma e Torino si erano oltremodo logorati (Jemolo direbbe dilacerati) già all'epoca delle leggi Siccardi e della c.d. "Crisi Calabiana". Questa situazione portò, come si vide¹³⁷⁸, la Santa Sede a porre condizioni restrittive per la partecipazione dei cattolici alla politica andando in un certo qual modo ad anticipare il *non expedit* successivo alla presa di Roma.

Passato il testo all'esame delle Aule, il dibattito venne ridotto al minimo indispensabile per salvare le forme, allo scopo di evitare il rischio del "filibustering", che aveva già affossato il progetto Cassinis; tuttavia non mancarono, in entrambe le aule parlamentari, ferrei oppositori dell'intervento statuale in materia¹³⁷⁹; in particolare alla Camera gli oratori di opposizione al progetto furono il Barone Vito d'Ondes Reggio e Cesare Cantù. Il primo, cattolico e conservatore, accusò lo Stato di esercitare una tirannide pretendendo di assoggettare a sé la coscienza di tutti i cittadini e, vista la sua coscienza di cattolico, era pronto a fare ogni concessione ai "pochi" che avessero voluto contrarre esclusivamente il matrimonio civile purché fosse approvato il suo emendamento relativo all'assoggettamento dei cattolici alla sola autorità della Chiesa in materia; il secondo approcciò l'argomento in maniera più giuridica, sollevando la questione dei rapporti Stato-cittadini e di ciò che lo Stato potesse esigere da essi riguardo ai grandi istituti di diritto naturale. E' soprattutto questo secondo intervento a mettere in luce le singolari *aporie* di un'ideologia che, in nome della libertà di coscienza, finiva per coartare proprio il bene che voleva tutelare contro tutto e tutti; per l'oratore, infatti, «il Diritto Naturale stabilisce e dimostra come indubitata questa proposizione: che lo Stato non ha, né può arrogarsi sul matrimonio, un potere costitutivo, ma soltanto riconoscitivo per gli effetti civili di quello, e per le sue attinenze con la civile società. Pertanto, ove si voglia, può stabilirsi una registrazione civile, lo stato civile, ma non mai una costituzione civile del matrimonio.» Il prosieguo della

1378V. *Supra*, Parte I, cap. IV.

1379«Nella discussione parlamentare sul progetto per l'unificazione legislativa del Regno, alla Camera dei deputati fu il solo d'Ondes Reggio che parlò contro il progetto e presentò un controprogetto, consistente in un sistema medio, per il quale il matrimonio sarebbe stato regolato in parte dalla legislazione civile, in parte dalla legislazione ecclesiastica ma contro costui ebbero buon giuoco il relatore e il Ministro, alle considerazioni svolte dai quali la Camera fece buon viso.» G. PIOLA, *Matrimonio (diritto civile)*, cit., pag. 1066.

citata perorazione è davvero interessante e merita di essere anch'esso riportato: «Libertà di coscienza non è libertà senza coscienza, non il poter infrangere impunemente le obbligazioni religiose; ma il poter adempiere le proprie obbligazioni religiose impunemente; non essere obbligato a trasgredirle. L'ufficiale civile intima ai contraenti che essi hanno l'obbligazione reciproca di coabitazione, assistenza e fedeltà. Dell'obbedienza non si parla più [anche se ciò non è propriamente vero stante il disposto dell'art.131 c.c. abr. - N.d.A.], dell'amore non si potrebbe parlare. In nome di chi fa egli queste intimazioni? In nome della legge. Ora la legge non può imporre la morale, non influisce sugli atti che essa non può colpire. Non può imporre la morale ma rispettarla come *lex non scripta sed acta*.”[...] “Pretendere che tutti i cittadini vengano da voi? Lo Stato è ministro dei cittadini e deve andare dove essi vogliono. Questo è il sistema inglese.»¹³⁸⁰

La correttezza di questa argomentazione non impedì l'approvazione della Camera ma rese forse più aspro il dibattito in Senato, in particolare grazie all'attiva opposizione dei membri di più antica nomina¹³⁸¹: Thaon di Revel¹³⁸², Federico Sclopis¹³⁸³, mons. di Calabiana¹³⁸⁴, Mameli¹³⁸⁵ e Castagnetto¹³⁸⁶ ma fu forse il sen. Chigi, con con il suo emendamento, a tentare di dare una scossa ad un dibattito che appariva segnato. Infatti, «considerando che la Religione cattolica che noi tutti, col giurare di osservare lo statuto lealmente, abbiamo giurato di lealmente osservare, stabilisca come dogma, che il matrimonio per i cristiani altro non è che un sacramento, e che non possa disgiungersi il

1380A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia...*, cit., pag. 354.

1381G. PIOLA, *Matrimonio (diritto civile)*, cit., pag. 1066. «Più vivace la discussione in Senato, dove parlarono a favore del progetto i senatori Di Giacomo, Cadorna, Amari, Pinelli, Galvagno, Imperiali e Menabrea; parlarono contro i senatori Mameli, De Gori, Chigi, Di Castagnetto, Sclopis, Dragonetti, Cataldi, Di Revel, Calabiana, ma il Senato si lasciò persuadere delle ragioni addotte dai primi nonché da quelle addotte dal relatore De Foresta e dal Ministro.»

1382«A' miei occhi, il matrimonio separato dall'elemento religioso è un contratto, mi si permatta la parola che quasi mi fa schifo, un contratto in cui vi è unione reciproca di individualità materiali, un contratto lasciatemi dire, di accoppiamento, il quale di certo non è fatto per elevare né la mente, né il cuore perché sceverato da quanto agisce sul cuore e sull'immaginazione.» A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia...*, cit., pag. 355.

1383«Riconosco ed ammetto tutti i legittimi diritti del principato civile per determinare gli effetti civili del matrimonio; ma io credo sia indispensabile che lo Stato il quale non deve chiudere gli occhi davanti all'esistenza della religione si rivolga a quel principio religioso a cui egli non può in nessun modo supplire, per domandargli ciò che è la forza costitutrice della società. Togliete l'idea di Dio, avete l'anarchia dell'intelligenza, avete la confusione dei poteri, avete la perdita totale di tutte le ancore su cui riposa la società.» *Ibidem*.

1384«Voi violate la libertà di coscienza dei cattolici e dell'immensa maggioranza perciò del popolo italiano [...] Voi obbligate a riconoscere come marito e moglie coloro che presso l'ufficiale civile avranno celebrato il loro matrimonio. Dunque voi costringete a credere ciò che la coscienza e la religione condanna.» *Ibidem*.

1385«E' la religione, fondamento degli stati, pietra angolare della grande piramide sociale, maestra e sanzione della pubblica e privata moralità, vincolo fraterno di tutte le classi dell'umano consorzio.» *Ibidem*.

1386«Le leggi per essere buone debbono prima nascere dal cuore, nel costume delle popolazioni, e poi essere tradotte nei codici. Infelice quella nazione il cui codice permette azioni contrarie al pudore e alla religione! Noi abbiamo chiesto molti sacrifici all'Italia, e molti sacrifici ancora domanderemo, ma non chiediamole, ve ne scongiuro, il sacrificio della moralità.» *Ibidem*, pag. 355-356.

contratto civile dal sacramento; considerando che la esperienza abbia dimostrato, che il matrimonio civile corrompa i costumi fomentando il concubinato, il divorzio e la rivolta all'ordine; considerando che il principio della libertà di coscienza reclami che lo Stato non si arroghi il potere di stabilire la validità del matrimonio celebrato secondo il rito di ciascun culto» propose che fossero «riconosciuti validi tutti i matrimoni che sono celebrati secondo il rito della religione cui appartengono i contraenti.»¹³⁸⁷

Sanzionato anche dal Senato, il Codice veniva esposto dal Ministro della Giustizia al Sovrano con la relazione presentata all'udienza del 25 Giugno 1865, nel quale si trattano le linee generali della disciplina¹³⁸⁸. Per non urtare la già ferita suscettibilità della Chiesa (e probabilmente per non incrinare una già incerta maggioranza) il governo aveva riaffermato l'indissolubilità del vincolo¹³⁸⁹ probabilmente riservando a tempi "più maturi" la disciplina divorzistica¹³⁹⁰, benché già emergessero altre problematiche, in particolare quella relativa all'eventuale celebrazione del matrimonio civile da parte di chierici¹³⁹¹ (*status* non contemplato come impedimento nè dal codice nè dal R.D. 15 novembre 1865 n. 2502 sull'ordinamento dello stato civile) e, soprattutto, quella inerente all'introduzione dell'obbligo di contrarre civilmente prima che religiosamente¹³⁹².

Esteso il territorio regnicolo a Mantova e al Veneto con il R.D. 4 novembre 1866 n° 3300, poi convertito dalla legge 18 luglio 1867 n. 3841 e alla Provincia di Roma attraverso il decreto legge n. 5903 del 9 ottobre 1870 seguito al plebiscito del 2 dello stesso mese, il

1387 *Ibidem*.

1388 V. Codice civile del regno d'Italia corredato della relazione del ministro guardasigilli fatta a S.M., Torino-Firenze, 1866, pag. IX. Anche qui rientra il leitmotiv della «grande istituzione sociale» (formula magniloquente per evitare definizioni pericolose) da avocarsi allo Stato.

1389 «Disposizioni tutte ispirate al principio di un'assoluta distinzione della monogamia quale rapporto giuridico dalla monogamia quale rapporto religioso. Lasciato all'etica e alla religione regolare la monogamia per ciò che entra nel loro ambito, con quei mezzi che sono a loro disposizione, e soltanto presi i principi dell'etica come dati ai quali le disposizioni legislative vanno riportate come alla loro causa, come motivi che determinarono il legislatore a inserirle nel corpo del diritto; senza curarsi se i credenti si pongono o no in regola con le norme ecclesiastiche prima o dopo essersi posti in regola con la legge civile. Lo Stato, avocando a sé tutta la legislazione matrimoniale regolò completamente il matrimonio, quale rapporto giuridico, con disposizione d'ordine pubblico, la cui osservanza è sottratta all'arbitrio delle parti.» G. PIOLA, *Matrimonio (diritto civile)*, cit., pag. 1066.

1390 La prima proposta venne presentata da Salvatore Morelli il 18 giugno 1867. V. C.M. VALSECCHI, *In difesa della famiglia?...*, cit., pag. 134.

1391 «Poiché il matrimonio agli effetti civili ha carattere puramente civile e punto confessionista, ne segue che l'impedimento canonico *ordinis vel voti* non è più ammesso nel nostro codice, [...]; ma il matrimonio dell'ecclesiastico ha per effetto la decadenza dal beneficio per altro motivo cioè perché lo rende incapace dell'esercizio dell'ufficio annesso; e i regolari, sinché con la legge 7 luglio 1866 articolo 2, la loro pensione non acquistò un carattere puramente civile, sposandosi, decadevano dalla medesima; tutt'oggi gli investiti di benefici soppressi, sposandosi perderebbero il beneficio o l'assegno corrispondente, poiché diventerebbero incapaci di continuare nell'esercizio dell'ufficio annesso.» Questo F. SCADUTO, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia*, I, Torino, 1892, pag. 833.

1392 Sette progetti sulla precedenza del matrimonio civile al religioso sono stati proposti fino al 1914: Progetti Vigliani, dicembre 1873, Conforti, dicembre 1878, Bonacci, dicembre 1892, Finocchiaro Aprile, aprile 1899, Bonasi (discusso al Senato nel maggio 1900), ancora Finocchiaro Aprile, febbraio 1914. Cfr. F. FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia giuridica*, cit, pag. 399, nota 2.

matrimonio civile faceva il suo ingresso anche in queste regioni, sostituendosi al diritto canonico e absburgico ivi vigente. In questa scia deve quindi collocarsi l'art. 6 delle disposizioni transitorie di attuazione del codice, ove troviamo sancito che «le cause di opposizione al matrimonio, di nullità del medesimo o di separazione dei coniugi, che fossero pendenti davanti alle autorità ecclesiastiche debbano essere portate per cura della parte più diligente davanti al tribunale civile del luogo in cui si agita il giudizio. Se la causa già si agitasse in secondo od ulteriore grado, o vi fosse una sentenza non ancora passata in giudicato, la causa sarà proseguita e la sentenza potrà essere impugnata davanti la Corte d'Appello del luogo in cui fu promosso il giudizio.»¹³⁹³

Lo Jemolo in proposito rileva come «la legge non facesse naturalmente cenno, e si comprende, del potere di sciogliere i matrimoni rati non consumati, spettante al Pontefice, che non poteva più inquadrarsi nella nuova disciplina. Tuttavia in un processo, a suo tempo famoso, la Corte d'Appello di Roma ritenne, con una sentenza rimasta isolata, che un tale potere fosse passato all'Autorità giudiziaria.»¹³⁹⁴ Interessante argomentazione, che converrà approfondire anche per dimostrare la piena correttezza di quel rilievo secondo cui «questo matrimonio laicizzato di forza contiene ancora troppe lacune e finisce per avvitrarsi sulle proprie contraddizioni irrisolte», figlio com'era di una «volontà di non attenuare la forza normativa di un matrimonio civile che non riesce fino in fondo a smarcarsi dall'impronta religiosa in virtù del vincolo dell'indissolubilità.»¹³⁹⁵

1393 *Codice civile del regno d'Italia...*, cit., pag. 405.

1394 A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, cit., pag. 32. A ben vedere della questione non si occupò la sola Corte d'Appello romana ma lo stesso Mancini, che ebbe a patrocinare quella causa di cui si tratterà poco oltre, menziona una questione trattata avanti all'omologa corte genovese ed un'altra decisione napoletana. Di ciò si tratterà *Infra*, Parte II, Cap. IV, par. 4.

1395 P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 267.

4- *Due casi emblematici: i matrimoni di Garibaldi e Crispi.*

Si venga dunque a parlare di quest'ultimo caso, celato dallo Jemolo con un anonimato che non impedisce di riconoscere la controversia che ebbe a protagonisti Giuseppe Garibaldi e sua moglie (seppur per pochi minuti) Giuseppina Raimondi. Fu proprio questo processo che la Corte d'Appello di Roma ebbe modo di risolvere in senso favorevole al generale, grazie al geniale e acuto patrocinio di Pasquale Stanislao Mancini¹³⁹⁶; nemico ardente dei «rimasugli di confessionismo»¹³⁹⁷ - per usare la terminologia dello Scaduto - il grande irpino riuscì ad ottenere lo scioglimento del

1396C. MIRABELLI, *Mancini e la legislazione ecclesiastica*, in AA.VV., *Pasquale Stanislao Mancini. L'uomo, il politico, lo studioso, Atti del convegno. Ariano Irpino. 11-13 novembre 1988*, Napoli, 1991, pag. 692 afferma che «Mancini percorre tutti i problemi dei rapporti tra Stato e Chiesa nel suo tempo, temi ardui, allora, sotto il profilo politico e sotto il profilo giuridico: dalla soppressione delle corporazioni religiose, all'abuso dei ministri di culto, alle guarentigie per il pontefice, ai diritti dello Stato nei confronti della Chiesa.» Forse non direttamente e non principalmente, come notava criticamente F. RUFFINI, *Relazioni...*, cit., pag. 102, che chiama detta partecipazione «assai poca cosa». Infatti «rilevava Ruffini come il contributo teorico del Mancini sui rapporti tra Stato e Chiesa fosse stato inferiore a quello di altri esponenti liberali. Si riferiva chiaramente, anche se in modo non esplicito, al Boncompagni, al Minghetti, al Bonghi, autori tutti in materia di volumi di un certo pregio, ma troppo vincolati alla formula cavouriana, ai precedenti separatisti, all'idea di una conciliazione. Nel momento in cui si preparavano ad occupare Roma -, ai loro stessi sentimenti di cattolici, per poter risultare in certo qual modo originali - nemmeno Cavour lo era stato - o latori di una teorica dei rapporti tra Stato e Chiesa che meriti una particolare considerazione sul piano dogmatico. In effetti Mancini non ci lascia alcun volume su tali argomenti, ma se si raccogliessero i suoi interventi in politica ecclesiastica [...] ci si accorgerebbe che pochi altri esponenti di quella classe politica, per altro degna di ogni considerazione, hanno raggiunto eguali vertici di profondità e di chiarezza.» Così M. TEDESCHI, *Pasquale Stanislao Mancini. Dal separatismo al giurisdizionalismo*, in AA.VV., *Pasquale Stanislao Mancini...*, cit., pag. 696-697.

1397 F. SCADUTO, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia*, I, Torino, 1892, pag. 822 ss. «Il nostro codice civile 25 giugno 1865 ha riparato solo ad una parte di questi inconvenienti: allontanandosi da quelli degli ex-Stati italiani, ha fatto dipendere gli effetti civili del matrimonio unicamente dalla celebrazione, punto confessionista, del medesimo innanzi all'ufficiale, civile, dello stato civile (art. 93-99): perciò qualsiasi persona può contrarlo senza violentare né direttamente né indirettamente la propria coscienza, e il divorzio del coniuge israelitico che si converta; divorzio riconosciuto lecito e legale dagli ex-stati, non è più ammesso. Resta però l'inconveniente, che i parrochi, ancora, sebbene molto più raramente che prima avendo oggi ricevuto in generale istruzioni più conciliatrici in proposito dalle autorità ecclesiastiche superiori, celebrano il rito religioso senza curarsi se i contraenti abbiano già concluso il matrimonio innanzi all'ufficiale dello stato civile, e caso oggi ancora più raro, celebrano il rito religioso fra persone che entrambe od una fra esse si trovino vincolate da matrimonio civile con altra persona ancora vivente. Il Codice lascia in libertà dei contraenti di celebrare o no il rito religioso e di celebrarlo prima o dopo l'ultima dichiarazione fatta innanzi all'ufficiale dello stato civile: a riparare agl'inconvenienti suddetti si agitò lungamente la quistione e si presentò un progetto di legge, acciocché, continuando a lasciare libero di celebrare o no il rito religioso, si sancisse però la precedenza obbligatoria della conclusione civile del matrimonio. Progetto approvato dalla Camera dei Deputati, ma respinto dal Senato in grazia della libertà di coscienza invocata ed applicata inopportuna ed a sproposito: la necessità oggi, quantunque non cessata, è diminuita perché, come già dicemmo, i parrochi hanno generalmente ricevuto dai loro superiori ecclesiastici istruzioni conciliatrici diverse dalle primitive: la libertà di coscienza sarebbe stata violata quando si fosse imposta la precedenza obbligatoria non semplicemente della conclusione civile del matrimonio, ma anche della consumazione del medesimo.» In merito a quest'ultima questione, F. FILOMUSI GUELF, *Enciclopedia giuridica*, cit, pag.

matrimonio, senza dovere all'uopo rivolgersi alla competente autorità ecclesiastica e "bypassando" l'omissione del divorzio nella normativa postunitaria. Se ne tratta, quasi in guisa di appendice, proprio per la natura di "giunzione" tra il diritto canonico, quello statale preunitario (austriaco per la precesione) e codiciale italiano che assunse questa sentenza della Corte d'Appello di Roma, pronunciata il 14 gennaio 1880¹³⁹⁸ dal collegio presieduto dall'Arnoldi e estesa materialmente dal Volpi Manni.

La questione era delicata perché coinvolgeva l'ormai anziano "eroe dei due mondi", impedendo la legittimazione dei due figli ultimogeniti, Manlio e Clelia, in quanto il padre risultava ancora coniugato con la signora Giuseppina Raimondi, da lui effettivamente presa in moglie il 24 gennaio 1860, nei pressi di Como, ancora vigente la legge matrimoniale del Concordato austriaco. Il matrimonio era notoriamente fallito pochi istanti dopo lo scambio dei consensi (e quindi mai era stato consumato) in quanto, all'uscita della chiesa di Fino, il generale era stato raggiunto da un suo ufficiale a cavallo il quale, disceso di sella, gli aveva rimesso uno scritto in cui, con dovizia di particolari, si riferiva che la sposa non solo coltivava illecite relazioni con due garibaldini contemporaneamente, oltre a quella con il loro capo, ma altresì che di uno di essi era rimasta gravida. Letta questa notizia Garibaldi, montato in una collera gelida, lanciò all'indirizzo della novella consorte alcuni epiteti di cui una donna onesta non sarebbe certo andata orgogliosa, allontanandosi a cavallo senza mai più rivederla e mandando altresì a picco le speranze di carriera politica coltivate dal marchese Giorgio Raimondi, padre naturale della giovane.

Il rimedio ad una simile contingenza sarebbe stato pronto e sicuro: il ricorso alla Sede Apostolica, onde ottenere una (certa) dispensa dal matrimonio rato e non consumato, atteso che lo stesso generale, pur essendosi notoriamente congiunto con la giovane, mai aveva con lei "giaciuto" dopo lo scambio dei consensi. A ciò ostavano però l'orgoglio dello sposo, che si manifestava in un proverbiale anticlericalismo, dovuto probabilmente alla sua condizione di «*sectae massonicae affiliatus*», per usare il linguaggio delle vecchie pronunce rotali.

Dunque trascorsero quasi vent'anni prima che il 10 giugno 1879, per i motivi sopra esposti, il generale si risolvesse a notificare alla quasi dimenticata consorte un atto di citazione avanti al Tribunale civile di Roma¹³⁹⁹, competente funzionalmente in quanto ipotetica sede del mai sorto consorzio coniugale. Due i capi di impugnazione: il primo era un vizio formale che non poteva dirsi sanato per carenza di consumazione, il secondo era invece fondato sul § 58 del codice austriaco, ai sensi del quale «se il marito dopo il matrimonio trova la moglie già fecondata da un altro, può domandare [...] che il matrimonio sia dichiarato invalido.» Alla domanda si associava la convenuta,

399, nota 2, rilevava : «Io già notai, nella terza edizione di questo libro, che la difficoltà più grave della questione è nella tutela del diritto di religione nel caso che, dopo la celebrazione del matrimonio civile, uno degli sposi si rifiuti alla celebrazione del matrimonio religioso. Ed aggiungi che tale difficoltà potrebbe forse essere eliminata, ammettendo un'azione per l'annullamento di un matrimonio rato e non consumato, ad esempio del diritto canonico. Il Mancini, in occasione di una celebre causa matrimoniale, notò che il diritto italiano, nei casi di nullità del matrimonio presenta una certa lacuna.»

1398Il testo della sentenza è reperibile in *Giurisprudenza italiana*, 1880, pag. 334 ss.

1399In tale circondario, infatti, egli risultava legalmente domiciliato.

ritualmente costituitasi, la quale proponeva domanda riconvenzionale anch'essa al fine di vedere accertata la nullità del vincolo, confermando tale intendimento all'udienza. La prima questione venne dibattuta sulla base delle disposizioni che «dichiaravano INVALIDI¹⁴⁰⁰ i matrimonj di *figli illegittimi* in minore età, quando in essi non concorressero una *formale dichiarazione di consenso* del loro tutore ordinario, ed inoltre il *consenso del Giudice*, mentre in fatto la Giuseppina Raimondi, FIGLIA ADULTERINA del March. Giorgio Raimondi (come era documentato e non contestato), nel 24 gennajo 1860 era minorenni, avendo appena compiuto l'età di 18, ed al matrimonio di lei non aveva prestato il necessario consenso il sig. Onofrio Martinez tutore ordinario deputato alla medesima dal tribunale di Como fin dal 23 agosto 1853, ma bensì unicamente lo stesso padre adulterino Marchese Giorgio Raimondi, illegalmente ed invalidamente surrogato nella tutela al Martinez per semplice decreto della Pretura di Como, comunque tale surrogazione neppur fosse dimostrata ma solo potesse arguirsi dal Decreto con cui la stessa Pretura aveva autorizzato il matrimonio anzidetto.»

Il Tribunale, nonostante un'istruttoria estremamente semplice, ritenne di non poter accogliere la domanda «perché avendo consentito al matrimonio il padre illegittimo Marchese Raimondi con la qualità di tutore ostasse *in terminis* un Decreto Austriaco degli 11 agosto 1798, non mai abrogato, in cui s'imponessa ai genitori l'obbligo di *mantenere, educare, e collocare* i FIGLI ILLEGITTIMI, nello stesso modo in cui ciò viene imposto anche ai tutori», mentre circa la gravidanza della Raimondi e l'inconsumazione, con conseguente applicabilità del § 58 ABGB, la prova non poteva dirsi raggiunta giacchè tutte le istanze istruttorie (interrogatorio, confessione, giuramento) non erano ammissibili ai sensi del § 99 del medesimo codice.

Avverso detta pronunzia il Mancini, assunta la difesa dell'Eroe, proponeva appello avanti alla competente Corte allo scopo di vedere riformata la sentenza in merito ai capi già enunciati in sede di atti introduttivi, sostenendo altresì la proponibilità avanti alla giustizia civile della domanda per ottenere la dispensa dal matrimonio rato e non consumato.

Non è possibile, in queste brevi note, esaminare compiutamente l'intero impianto difensivo, forte di ben 154 pagine, denso di richiami alla dottrina civilistica e canonistica italiana, francese e austriaca, oltre alla giurisprudenza (di merito come di legittimità) anche qui proveniente dai due versanti delle Alpi.

Procedendo con metodico ordine il Mancini, una volta descritta quella legislazione matrimoniale austro-lombarda che già si ebbe modo di descrivere *supra*, aveva modo di valutare i suoi rapporti con l'ordinamento sabaudo, già subentrato a quello imperiale, al 24 gennaio 1860, data di quel «simulacro di matrimonio»¹⁴⁰¹. Infatti, è il grande giurista a parlare, «si disputò se col solo fatto della promulgazione dello Statuto costituzionale sardo, e con la separazione di quella provincia dal resto dell'Impero Austriaco, fosse di pien diritto cessato nella medesima l'efficacia del Concordato colla Santa Sede e di tutte

1400 Il maiuscolo e il corsivo sono dell'originale. V. P.S. MANCINI, *Difesa di Giuseppe Garibaldi contro Giuseppina Raimondi per dichiarazione di nullità di matrimonio*, in Id., *Quistioni di diritto*, II, Napoli, 1880, pag. 12.

1401 *Ibidem*, pag. 18.

le leggi e disposizioni del medesimo dipendenti.»¹⁴⁰² Al problema aveva data risposta il Consiglio di Stato, nelle adunanze del 13, 20 e 28 febbraio 1860, che pur valutando, a livello di diritto pubblico generale, cessati i vincoli concordatari faceva espressamente salve le «disposizioni che erano divenute Leggi del territorio, imperocché ogni legge sussiste finché non venga abrogata.»¹⁴⁰³ Il Governo recepiva il parere dell'alto consesso e riusciva ad ottenere l'approvazione del Parlamento subalpino alla legge 28 ottobre 1860, il cui art. 3 rimetteva tutte le cause matrimoniali ancora pendenti davanti ai Tribunali ecclesiastici alla competenza del giudice civile¹⁴⁰⁴. Dunque solo dalla data dell'entrata in vigore di tale legge cessò in Lombardia la vigenza della disciplina canonica¹⁴⁰⁵, con conseguente insorgenza dell'interrogativo se la stessa fosse la disciplina applicabile al momento genetico del consorzio matrimoniale. A questo interrogativo il Mancini dava risposta affermativa, affermando che «nell'epoca in cui ebbe luogo il matrimonio del generale Garibaldi colla Raimondi, le condizioni della efficacia ed i mezzi di annullamento derivavano: dalle disposizioni del diritto canonico, in parte richiamate e ripetute nella Patente Imperiale degli 8 ottobre 1856 e nelle due appendici che l'accompagnavano; dalle disposizioni del Codice civile austriaco, in quanto o si vedessero espressamente richiamate in quella patente ed appendici, o non fossero in contraddizione coi principii del diritto canonico.»¹⁴⁰⁶ Dunque, sulla base di codeste normative, il matrimonio era da considerarsi nullo, *in primis* per vizi di forma e consenso, che ne inficiavano la valida costituzione (e ciò tanto per le norme canoniche particolari quanto per quelle codiciali), *in secundis* perché, anche al netto del primo motivo, «dai principii del diritto canonico, specificamente sulla materia richiamati nelle menzionate Disposizioni esecutive del Concordato, risultava spettare inoltre ai coniugi l'azione per ottenere l'annullamento e scioglimento del matrimonio rato ma non consumato, quando concorressero giuste e legittime cause»¹⁴⁰⁷, in via ulteriormente subordinata perché il § 58 ABGB risultava pienamente applicabile al caso *de quo*, giusta la sua piena compatibilità con le disposizioni concordatarie del 1855. Circa la competenza (e la giurisdizione) civili, l'opinione del Mancini sulla *perpetuatio iuris ac iurisdictionis* era robustamente fondata a partire dall'argomento, tradizionale, attinente alla natura contrattuale del vincolo matrimoniale¹⁴⁰⁸, non ostante la sua rilevanza di diritto pubblico: allo scopo, rilevata la legge applicabile al "contratto" in

1402 *Ibidem*.

1403 *Ibidem*, pag. 19.

1404 La legge peccava (volontariamente?) di precisione terminologica. L'art. 3 infatti affermava che «tutte le cause in materia matrimoniale, che non si trovassero definite con Sentenze passate in giudicato prima della pubblicazione di quella Legge, sarebbero rimesse ai competenti Tribunali civili nel corrispondente grado d'istanza.» A ben vedere, dunque, sarebbero state rimesse anche le cause già definite con sentenza esecutiva, atteso che le pronunce in materia matrimoniale, proprio perché vertenti in materia strettamente attinente alla *salus animarum*, non sono suscettibili di passaggio in cosa giudicata. Cfr. l'odierno can. 1643 ed, *ex multis*, P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova, 2008, pag. 247.

1405 Non era infatti stata esplicitamente prevista la retroattività della normativa *de qua*.

1406 P.S. MANCINI, *Difesa...*, cit., pag. 20.

1407 *Ibidem*.

1408 *Ibidem*, pag. 33.

quella ad esso propria al momento della sua nascita (ancorché viziata), ne discendeva che lo stesso dovesse essere individuato in quello sopra descritto mentre la competenza giurisdizionale andava individuata sulla base della legge vigente al momento della domanda, secondo la regola generale del diritto processuale civile e, per l'effetto, non solo nella facoltà ma anzi nel dovere del giudice italiano di decidere sulla controversia. A sostegno si riportavano le opinioni, non solo dei più autorevoli giuristi europei degli ultimi due secoli, non ultimo il Savigny, ma financo l'autorità delle Pandette, non risparmiando di polemizzare con il Gabba e la sua "teoria della retroattività delle leggi"¹⁴⁰⁹. Il giurista irpino svolse dunque più che una difesa, un vero e proprio trattato, nel quale si mescolavano tanto gli elementi del diritto canonico quanto quelli del civile, dell'ecclesiastico statale e, ultimo ma non ultimo, del diritto privato internazionale, nella sua componente processualistica, materia in cui fu pioniere.

Proprio circa la successione dei poteri in virtù del principio della *perpetuatio iurisdictionis*, invocati a sostegno della propria proposizione i lavori preparatori al codice civile, Mancini passò a trattare di quell'argomento che è posto al centro della sua memoria difensiva, e cioè della possibilità per i Tribunali civili di procedere alla concessione delle dispense sul matrimonio rato e non consumato, attraverso lo strumento della sentenza; e qui il lettore contemporaneo ha modo di confrontarsi con la realtà giurisprudenziale del secolo XIX sul tema, attraverso il riferimento compiuto a tre pronunce, rispettivamente delle Corti d'Appello di Genova¹⁴¹⁰, Venezia e Napoli.

La prima di queste, quella su cui l'Autore si sofferma maggiormente, era stata resa in esito al giudizio instaurato tra il genovese Giambattista Rocca e la sua ex-moglie Carla Brambilla, assistita dall'ingegner Bernardo Fontana, con il quale aveva contratto nuove nozze, ritenendo le prime siccome nulle. Nel 1864 la donna aveva proposto al Tribunale ecclesiastico genovese libello petitorio della declaratoria di nullità delle proprie nozze, canonicamente celebrate in Trieste nel 1856 secondo le disposizioni concordatarie e cui era seguita una breve ed infelice convivenza. Nelle more del processo canonico la Brambilla aveva altresì proposto ricorso alla Santa Sede onde ottenere dispensa dal

1409Teoria che il Mancini qualifica siccome «peregrina». Carlo Francesco Gabba sosteneva infatti che «conseguenze nuove di diritti acquisiti non si danno mai, a meno che le imponga una grave ed evidente ragione di moralità: "non vi ha diritto quesito contro la morale" e il rispetto del diritto quesito deve cedere alle esigenze di una legge nuova, imposta da gravi ed evidenti ragioni di onestà e costumatezza.» Cfr. R. CATERINA, *Carlo Francesco Gabba*, in AA.VV., *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, Bologna, 2013, pag. 922. Il giurista lodigiano veniva anche accusato di "millanteria", in quanto sosteneva di avere dalla propria l'"unanimità" della dottrina, cosa che il Mancini contestava, se non altro perché lui stesso non condivideva le posizioni dell'avversario, il quale avrebbe poi preso posizioni anche sul "concreto" della controversia, affermando in un suo articolo che i magistrati avrebbero reso una sentenza "compiacente" per favorire l'Eroe. "Un *service* anziché un *arrêt*."

1410«Coroniamo questa parte della nostra trattazione con l'annuncio importantissimo, che mentre generalmente si crede il presente giudizio istituito dal Gen. Garibaldi di domande di nullità e risoluzione di matrimonj che si proponjano a' nostri Tribunali sul fondamento di Leggi anteriori matrimoniali oggi abolite, e soprattutto anche nella specie di un matrimonio *rato e non consumato*, la verità è che tutte le quistioni, che oggi si presentano al giudizio della corte di Roma, sono già state altra volta, senza strepito e curiosità pubblica, solennemente discusse e maturamente decise innanzi alla Corte d'Appello e poscia al Tribunale civile di Genova nell'anno 1874.» P.S. MANCINI, *Difesa...*, cit., pag. 20.

matrimonio rato e non consumato, la cui istruttoria veniva rimessa all'arcivescovo genovese con Breve apostolico 25 luglio 1865, munito di regio *exequatur* subalpino il 18 agosto dello stesso anno. Restituiti gli atti a Roma, la decisione definitiva (per altro affermativa) poteva pervenire solo il 2 ottobre 1866, quando in Italia era già vigente il codice unitario ma ciò venne ritenuto sufficiente perché la donna sposasse a Graz, dunque in Austria, il nominato Fontana.

La questione non era "di picciol momento", atteso che la coppia sarebbe stata certo considerata come adulterina, con tutte le conseguenze civili e penali, fintanto che la nullità non venisse accertata anche in Italia con decisione ivi valevole agli effetti civili. L'azione proposta all'uopo avanti il Tribunale civile di Genova, con domanda volta ad ottenere la delibazione del rescritto pontificio, veniva rigettata sulla base del presupposto della carenza di legittimazione a conoscere della questione in capo al Pontefice, attesa la riforma codiciale intervenuta, in guisa che nemmeno il Regio *exequatur* avrebbe potuto darvi effetto nel territorio regnicolo. L'attrice proponeva allora appello avanti alla competente autorità, affermando che l'abolizione dell'*exequatur*, avvenuta con l'art. 16 della legge 13 maggio 1871 n. 214, serie 11 (c.d. "Legge delle Guarentigie"), aveva determinata la necessità di riformare la sentenza e che, ad ogni buon conto ed in via subordinata, alla potestà pontificia per lo scioglimento del matrimonio rato e non consumato, fosse subentrata quella dell'autorità giurisdizionale dello Stato, la quale avrebbe ben potuto decidere in senso favorevole, dovendo al matrimonio applicarsi la legge secondo la quale era stato contratto.

La Corte, presieduta da quell'Eula che di lì a pochi anni avrebbe occupato il vertice della Cassazione torinese, faceva propria la ricostruzione dell'appellante sulla base di un argomento che la Giurisprudenza odierna, soprattutto costituzionale, ha radicalmente invertito: quello della natura giudiziale (e non graziosa) del procedimento per la concessione della dispensa sul matrimonio rato e non consumato¹⁴¹¹. Per i giudici liguri,

1411 Si pensi solo alla fondamentale Sent. Corte cost. 22 gennaio 1982 n. 18, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 27, 1982, I, pag. 138-184 laddove recita: «Prospettati rispetto alle norme procedurali per la dispensa dal matrimonio rato e non consumato, i motivi della non manifesta infondatezza delle questioni (carenza di garanzie nel procedimento ecclesiastico e carenza di poteri del giudice italiano nel procedimento di esecutività) ricalcano, nelle linee essenziali, quelli esposti dalla Corte di cassazione e dalle Corti di appello di Milano e Roma (in riferimento alla giurisdizione dei tribunali ecclesiastici sulle controversie in materia di nullità), negli altri giudizi surriferiti. Dopo avere ricordato le fonti (canone 1973 del codex ed *Instructio "Ad unam sacram"* del 7 maggio 1923 della Congregazione per la disciplina dei Sacramenti, integrata e parzialmente emendata con successive *Instructiones* del 27 marzo 1929 e del 7 marzo 1972, in coordinazione con il canone 1963 e con l'art. 206 dell'altra *Instructio, "Provida Mater"*, del 15 maggio 1936) delle norme del procedimento che secondo il diritto canonico può dar luogo alla dispensa in questione, il giudice *a quo* osserva che in una delle suddette *Instructiones*, quella del 1972, tale procedimento è espressamente qualificato "non iudicialis, sed administrativus", e che il provvedimento di dispensa che eventualmente lo conclude è incontrovertentemente un provvedimento di grazia sovrana, discrezionale e inoppugnabile, mentre, per converso, in caso di avvenuta consumazione, è suscettibile di caducazione. In coerenza con tali caratteri del procedimento, in esso le parti intervengono come titolari, non di diritti, ma di mere aspettative (allo scioglimento o al mantenimento del vincolo); non possono essere assistite da difensori; non hanno la disponibilità delle prove (potendo solo ricorrere al vescovo contro i provvedimenti da cui si ritengono lese); non prendono neppure cognizione degli atti, tutti coperti da segreto, se non, eventualmente, nei limiti di eccezionali

il procedimento delineato dalla Bolla *Dei miseratione* di Benedetto XIV aveva infatti «il carattere di un vero giudizio» e «il Pontefice, accogliendo la domanda, e dichiarando sciolto il matrimonio» non agiva altrimenti che come un Giudice, per quanto gerarchicamente elevato, che procedesse ad un intervento costitutivo¹⁴¹² di «annullamento»¹⁴¹³ degli effetti del contratto "imperfetto". A ben vedere una simile ricostruzione appare profondamente segnata dalla distinzione giurisdizionalista tra contratto e sacramento ma, soprattutto, non si può tacere come essa facesse proprio un ruolo latamente costitutivo della copula coniugale, già più volte escluso dalla stessa canonistica. Dal concetto di annullamento a quello di nullità il passo può divenire estremamente breve, quando sia necessario conseguire un determinato obiettivo processuale, tanto che lo stesso collegio giudicante non si asteneva dal sussumere la causa dispensatoria tra quelle di "nullità" del matrimonio, ai sensi dell'art. 6 disp. att. c.c. abr., con ciò compiendo un'ulteriore contaminazione giuridicamente insostenibile. La questione non venne tuttavia decisa in senso favorevole dal giudice di seconda istanza che, nonostante questa ampia e contraddittoria motivazione, la quale avrebbe ben meritata una cassazione senza rinvio, si vedeva costretto a respingere la richiesta dell'attrice perché proposta per la prima volta in grado d'appello. Tuttavia, riproposta la causa davanti al giudice funzionalmente competente¹⁴¹⁴, questa aveva finalmente lo sbocco desiderato dalla Brambilla attraverso la sentenza 25 ottobre 1874, con la quale la domanda fu «pienamente accolta»¹⁴¹⁵.

concessioni.» A ben vedere, come nel gioco dei bussolotti, la Giurisprudenza ha modificato il percorso per raggiungere la stessa meta, quella attinente al ristabilimento della piena sovranità dello Stato in materia matrimoniale.

1412P.S. MANCINI, *Difesa...*, cit., pag. 63. «Che per verità, a parte il riflesso che la detta dispensa non può essere concessa se non si somministri in contraddittorio dell'altro coniuge, e nelle forme giudiziarie all'uopo prescritte, la prova del detto concorso delle cause canoniche, e che facendosi tale prova, la Santa Sede non potrebbe senza venir meno a giustizia respingere l'istanza, basta, ad escludere che si tratti di un *semplice provvedimento di grazia, anziché di una decisione giudiziaria*, l'avvertire che il medesimo emana d'ordinario, com'è emanato nel caso di cui si tratta, riluttante il marito.» Si confronti questo pensiero della Corte d'Appello genovese con il precedente della Corte costituzionale e basterà un semplice sguardo per notare come le conclusioni siano affatto opposte.

1413*Ibidem*. Ancora per i giudici secolari «il decreto con cui, udite ambedue le parti, si fa luogo alla dimanda dell'una, respinte le eccezioni dell'altra, e, dichiarato sciolto fra di loro il più saldo dei vincoli contrattuali, vengono annullati, come gli obblighi, così i diritti che ne erano nati per entrambi.»

1414Un interessante caso di giudice ossimoricamente "competente in carenza di giurisdizione", in guisa talmente marchiana da poter far sorgere l'interrogativo circa la validità della definizione di "competenza" come di "porzione di giurisdizione."

1415P.S. MANCINI, *Difesa...*, cit., pag. 73. «In questa sentenza meritano di venire rammentati i Motivi seguenti: " che a seconda di quanto ben disse la mentovata Sentenza della Corte d'Appello, la dispensa del matrimonio rato e non consumato costituiva secondo le Leggi Canoniche in conformità della Bolla *Dei miseratione* di Papa Benedetto XIV un diritto facoltativo concesso al Coniuge di avere nel corso di date circostanze lo scioglimento del vincolo matrimoniale, essendo che la relativa pronuncia era preceduta da tutte le forme costitutive dei veri giudizi, richiedeva il contraddittorio delle parti, ed emanava sui risultati delle prove ottenute; ed il concorso di tali requisiti rivela l'esercizio di un diritto, anziché di un semplice appello alla grazia sovrana.» Quest'ultima era poi una vera e propria enormità. Basti vedere cosa dice A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, cit., pag. 335: «poiché si tratta di una dispensa, non può mai parlarsi di diritto, neppure morale, della parte ad ottenerla.»

La Corte d'Appello di Venezia aveva anch'essa affrontato, con le medesime conclusioni della genovese, il tema della successione delle leggi nel tempo¹⁴¹⁶ ma decisamente più rilevante appare la pronuncia dell'omologa partenopea, di qualche anno anteriore, in quanto resa il 13 dicembre 1867 nella causa promossa da Giuseppina Scognamiglio contro suo marito Enrico Angelillo. I due avevano contratto matrimonio, vigente il codice borbonico; anche qui la dispensa *super rato* era pervenuta successivamente all'entrata in vigore del Codice Pisanelli, obbligando la donna a chiedere la delibazione del rescritto pontificio, siccome proveniente da autorità straniera; ciò le venne negato, ritenendo la Corte che la competenza per detta dispensa fosse stata trasferita ai tribunali civili in virtù del più volte citato art. 6 disp. att. c.c. abr.

Il Mancini si appellava a questi precedenti giurisdizionali per promuovere la propria opinione circa la successione dello Stato italiano al Romano Pontefice nella concessione delle dispense sul rato non consumato, trattandosi di questioni attinenti a diritti subiettivi da trattarsi in veri e propri giudizi¹⁴¹⁷; opinione che oggi potrebbe far sorridere ma che, come vedremo, i giudici presero più che seriamente. Ad ogni buon conto, per il difensore dell'Eroe erano queste considerazioni di «competenza ed ammissibilità dell'azione sotto il codice civile», mentre nel merito la questione atteneva ai capi indicati del vizio consensuale per carenza dell'autorizzazione tutoria¹⁴¹⁸ *che aveva determinata la nullità del vincolo per* «sostanziale violazione di forme, cioè per difetto di legale consenso e rappresentanza.»¹⁴¹⁹

Solo in subordine rientrava la questione della dispensa dal matrimonio rato e non consumato per giuste e gravi cause, che veniva ampiamente trattata non lesinando citazioni del *Corpus*, del Sanchez e del De Luca, venendo ritenuti ad essa applicabili tanto il giuramento quanto la confessione, essendo l'unico limite posto dalla presenza di una "giusta causa", nel caso *de quo* riconosciuta dall'impossibilità di ristabilire la convivenza coniugale e dai pericoli che ciò comportava per la moralità privata e pubblica, paragonate allo scandalo canonico. Quanto all'inconsumazione si richiamavano le numerose e concordi testimonianze di testimoni degni di fede tra i quali spiccava il Tenente Generale Giacomo Medici del Vascello, allora primo aiutante di campo del Sovrano, le quali facevano altresì riferimento allo stato di gravidanza previsto dal § 58 ABGB.

1416App. Venezia, 14 aprile 1872, resa nella causa tra il sig. Gaetano di Thiene e la signora Virginia Vaccari.

1417Numerose pagine sono spese per distinguere detta procedura dal divorzio. Ad esse si rinvia in quanto il tema è noto a chi tratta anche superficialmente del diritto. V. comunque P.S. MANCINI, *Difesa...*, cit., pag. 83-85.

1418Per il Mancini «è manifesta la incompatibilità della doppia qualità di padre illegittimo e di tutore nella persona del marchese Giorgio Raimondi, il quale pur troppo dominato dall'ambizioso proposito di elevare l'influenza della sua persona e famiglia imparentando col Generale Garibaldi che era l'eroe del giorno, non si curò dei vincoli dell'amorosa passione ond'era già avvinto il cuore della sa giovane figliuola, e sulla medesima usando una ben facile pressione, per riguardo alla di lei condizione di figlia illegittima e adulterina, mal provvide in quella occasione ai doveri ch'incumbevano, come non avrebbe mancato di fare un Tutore diverso dal Padre, che avrebbe dovuto e potuto prevedere le gravi e deplorabili conseguenze cui andavasi incontro. *Ibidem*, pag. 111-112.

1419*Ibidem*, pag. 113.

La conclusione era nello stile "lirico" tipico della retorica politica e forense dell'epoca¹⁴²⁰ e ad essa si associava altresì il Procuratore generale Sen. Mandredi, con breve e concisa esposizione che pur schierandosi per l'irrilevanza del consenso tutorio ai fini della validità del consenso e contro l'applicabilità del § 58 ABGB, sposava la dottrina del passaggio della potestà di dispensare dal matrimonio rato e non consumato, seppur in guisa «trasformata»¹⁴²¹ e la Corte d'Appello, anch'essa, ritenne di aderire a quest'ultima proposta.

La Sentenza, pronunciata - come si disse - il 14 gennaio 1880, fece propria la ricostruzione dell'Irpino, facendo riferimento financo agli stessi precedenti giurisprudenziali, che sopra abbiamo descritto, argomentando che «essendosi quindi nella vigente legislazione italiana regolata la materia matrimoniale come cosa di sua assoluta pertinenza, ed essendosi perciò esclusa dai cancelli del diritto civile ogni competenza ecclesiastica, venne necessariamente attribuita alla magistratura italiana la giurisdizione e l'obbligo di conoscere e decidere sulle azioni di nullità e scioglimento del matrimonio, scatenati dalle abolite legislazioni, *qualunque*¹⁴²² sotto le medesime fosse l'autorità ecclesiastica cui tale giurisdizione competeva e qualunque il modo con cui la giurisdizione medesima veniva esercitata.»¹⁴²³ Con ciò, *omnibus in iure et in facto mature perpensis, Christi nomine non invocato et solam patriam prae oculis habentes* (mi si conceda un "turno" di ironia), i giudici statali si arrogavano nel nome del separatismo una prerogativa non spettantegli in alcun modo perché appartenente al solo ordine spirituale e inscindibilmente legata al *munus petrinum*, non temendo di invocare a proprio suffragio l'autorità del Sanchez e, nella valutazione delle dichiarazioni delle parti e della confessione della Raimondi, financo quella della Sacra Congregazione del Concilio¹⁴²⁴.

Naturalmente, una simile avocazione, per quanto già nei vaticini del Mancini destinata

1420Valga solo questo stralcio: «Giuseppe Garibaldi, nella sua melanconica solitudine di Caprera, attende con fiducia, ma con tormentuosa ansietà, il giudizio della Corte di Roma. Egli non ha che sperare dalla società, dal paese che col suo valore, e con la fortuna propizia al suo genio contribuì efficacemente a redimere, né dai poteri che oggi liberamente lo governano. Ma egli ha bisogno di quello che a tanti oscuri cittadini non manca, che cioè non gli siano avvelenate le dolcezze e la pace della famiglia, che quando giunga per lui l'ora suprema, il suo sguardo non abbia a rivolgersi con angoscia sopra figliuoli a lui cari, condannati inesorabilmente dal pregiudizio sociale al disonore e al dispregio. No: la Legge e la Giustizia non saranno impotenti a scongiurare cotesto pericolo, ed a far giungere una parola consolatrice fino al modesto abituro dell'Uomo che fu scelto a strumento della Provvidenza.» *Ibidem*, pag. 155-156. Forse il Gabba non aveva tutti i torti sulla precomprensione della Corte, almeno a giudicare dalla chiusa.

1421*Ibidem*, pag. 187.

1422Il corsivo è di chi scrive. Qualunque significa ovviamente anche pontificia, come se il vertice dell'ordinamento ecclesiale potesse essere equiparato funzionalmente ad un tribunale ecclesiastico diocesano in attribuzioni esclusive del primo.

1423App. Roma, 14 gennaio 1880, in *Giurisprudenza italiana*, 1880, pag. 338. La sentenza prosegue citando gli stessi casi proposti dal Mancini: «Ed infatti la patria giurisprudenza si è già in questo senso affermata per altri casi di scioglimento di matrimonio rato e non consumato, sui quali hanno le Corti d'Appello pronunciato applicando le passate legislazioni (Corte di Genova, sent. 21 luglio 1874, Causa Brambilla-Rocca; Corte di Napoli, 23 dicembre 1867, causa Miglio – Angelillo).»

1424Sac. Cong. Conc. nelle cause Januen, 20 maii 1719; Gaudaven, 17 dicembre 1843; Parisien, 26 junii 1858. *Ibidem*, pag. 340. Già citati dal Mancini, anche se ciò non toglie l'ironia della sorte dei giudici separatisti, costretti ad appoggiarsi ad un gesuita.

a non più ripetersi¹⁴²⁵, non poteva lasciare indifferente la Chiesa di quel Leone XIII che, di lì ad un mese (10 febbraio 1880) avrebbe pubblicata l'enciclica *Arcanum divinae sapientiae*; fu l'ironia di un anonimo redattore de "La Civiltà cattolica"¹⁴²⁶, che riassunse con acutezza le argomentazioni del Mancini, notando con grande anticipo sull'autore di queste piccole note, che «ciò che vi ha di più interessante e curioso in questo affare si è, per nostro avviso, che nell'atto stesso di ripudiare la giurisprudenza della Chiesa circa la validità del matrimonio contratto secondo le leggi della Chiesa e dello Stato, siasi dal principale tra i patrocinanti della causa fatto spiccare assai di quanto la giurisprudenza ecclesiastica si vantaggia sulla civile moderna», non facendo mancare la condanna, siccome "concubinato" delle nuove nozze contratte dall'Eroe con Francesca e l'omissione del sacramento dell'iniziazione cristiana, «neppure di setta qualsiasi» alla prole in tal guisa legittimata.

Ma non era la prima volta che l'allora briosa rivista della Compagnia doveva occuparsi di questioni attinenti al matrimonio di uno dei massimi esponenti del Risorgimento, cioè dell'altro protagonista dei fatti di Sicilia: Francesco Crispi.

Il grande politico siciliano aveva infatti contratto matrimonio canonico in Malta il 27 dicembre 1854, dopo una convivenza quinquennale, con Rosalie Montmasson, il cui profilo biografico, per quanto meno noto di quello della più celebre Anita Garibaldi,

1425«D'altronde la decisione di questa causa rimarrà ormai una specie solitaria, impossibile a riprodursi, perché dopo quattordici anni di vita de' nuovi codici italiani non vi saranno più certamente conjugati in epoca anteriore, il cui matrimonio sia rato ma non consumato, e che abbiano a chiedere in avvenire dalla protezione dei tribunali una tavola di salvezza nel disperato naufragio di ogni loro domestica felicità.» P.S. MANCINI, *Difesa...*, cit., pag.155. Il Mancini venne gratificato dall'Eroe con il seguente messaggio: «Caprera 23. 1880. Mio car.mo Mancini, A voi illustre amico mio io devo più che la vita: lo aver potuto adempiere un dovere sacro. Dite alla famiglia vostra amatissima ch'io intende di appartenermi come fratello e con tutta la gratitudine di cui è capace l'anima mia. Vostro G. Garibaldi.» *Ibidem*, pag. 4.

1426Si veda *La Civiltà cattolica*, a. XIII, vol. I, serie 11, Firenze, 1880, pag. 741 ss. Se ne riportano in nota gli stralci più ironici: «*À tout Seigneur tout honneur*. Questa volta le primizie della cronaca delle cose italiane spettano di piena ragione all'Eroe dei due milioni [*dalla rendita assegnatagli dallo Stato, procedimento che Mussolini replicherà con D'Annunzio* – N.d.A.], che vide finalmente appagati gli ardenti suoi desiderii, per cui struggevasi da tanto tempo e languiva e minacciava di abbandonarci alla desolazione di questa valle di lacrime. [...] Questa sentenza, a cui il Pubblico Ministero guardossi bene dal contrapporre appello, fu subito trasmessa per telegrafo all'Eroe dei due milioni, che dalla consolazione si riebbe subito dai suoi malori e per poco non ringiovanì di dieci o venti anni. Senza punto indugiare furono chiamati ed accorsero subito alla Caprera i consanguinei e congiunti dell'Eroe, e con essi il Sindaco della Maddalena, alla cui giurisdizione municipale sottostà il piccolo reame dell'Eroe. La Francesca, quella donna cioè che, di fantesca o nutrice in casa a Stefano Canzio genero del Garibaldi, era passata a vivero con l'Eroe e aveane generato due figli, Manlio e Clelia, si rivestì dell'abito nuziale già apprestato e candidissimo quale si conviene ad una sposa verginella, ed il sopralodato Sindaco ricevette la dichiarazione del loro consenso a voler essere marito e moglie. Si procedette quindi alle formalità per la legittimazione e per lo stato civile di Manlio e Clelia, e l'eroe, certo di poter lasciare alla sua donna la pensione che spetta alla vedova di tal generale, ed a Manlio e Clelia i residui dei due milioni ed altri accessori, gustò le civili gioie di marito e di padre nel consorzio degli accorsi a rallegrarsi con lui. Fioccarono poi i telegrammi, tra i quali l'eroe degnossi di accettare con molta compiacenza quello che ricevette dal Palazzo Apostolico del Quirinale. I giornali della Garibalderia inneggiarono a questo faustissimo connubio ed incominciarono a fregiare il nome della Francesca col titolo di Donna nè più nè meno che si trattasse d'una Patrizia del più alto casato Romano.» *Ibidem*, pag. 741-743.

appare a questa accomunato dal costante impegno politico e rivoluzionario¹⁴²⁷. Il Crispi, quando la conobbe, era già vedovo dell'omonima prima moglie e aveva avuto anche un figlio, Tommaso, da una relazione con Felicita Valla. Il rapporto, seppur altalenante, proseguì fino al 1871, quando colei che già dal tempo delle gesta siciliane era nota come "Signora Crispi", venne ritenuta dal marito come una zeppa per le sue alte ambizioni. Diciannove anni dopo le nozze fu costretta ad abbandonare la casa coniugale, ricevendo dal Ministro una rendita di quattromila lire all'anno¹⁴²⁸, che le permise di ritirarsi a vita privata. Da questo "romitaggio" fu tratta dall'improvvisa notizia delle nozze, questa volta civili¹⁴²⁹, contratte da quello che *iuxta lege canonica* era ancora suo marito, con Lina Barbagallo, sua amante che già gli aveva dato una figlia. Il Crispi era allora Ministro degli Interni e, nonostante le sue proteste circa la simulazione del consenso, estorto dalla savoiarda e concesso solo al fine di non subire da essa ulteriori pressioni, fu denunciato per bigamia, trovandosi costretto a ricorrere al classico stratagemma del politico chiamato a rispondere penalmente della propria condotta, e cioè il gridare al complotto di matrice politica, ordito da non meglio specificati avversari e volto a "stroncargli" la carriera. Le conclusioni del Crispi, per quanto piuttosto "eccentriche", vennero accettate dal Regio Procuratore, che in data 20 maggio 1878 chiese l'archiviazione del procedimento, argomentando che «il matrimonio religioso celebrato in Malta non fu preceduto né dalle pubblicazioni nel Regno; né fu seguito dalla trascrizione nel registro pubblico dei matrimoni», potendosi provare la buona fede dell'imputato anche dalla mancata presentazione di una domanda di annullamento¹⁴³⁰. Anche qui la replica ecclesiastica, come già anticipato, fu affidata alle pagine de "La Civiltà cattolica"¹⁴³¹, la quale con ironia notò come il Crispi fosse sostanzialmente un immorale, uso a cambiare la moglie con la stessa disinvoltura con cui un uomo cambia la propria camicia e fosse riuscito, abusando della propria posizione, ad ottenere lo stato libero sulla base di un semplice cavillo burocratico¹⁴³², cioè la mancanza di un visto

1427Savoiarda, fu infatti «l'unica rappresentante femminile nella spedizione dei Mille.» P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 206.

1428Ibidem, pag. 207.

1429V. E. MARTIRE, *Francesco Crispi*, in *Enciclopedia cattolica*, IV, cit., pag. 884-885.

1430P. PASSANITI, *Diritto di famiglia...*, cit., pag. 206, nota 7, cita in proposito E. CICONTE – N. CICONTE, *Il ministro e le sue mogli. Francesco Crispi tra magistrati, domande della stampa, impunità*, Soveria Mannelli, 2010, pag. 101 ss.

1431*La Civiltà cattolica*, A. XXIX, vol. VI, q. 667, Firenze, 1879, pag. 116.

1432Ibidem. «Basti accennare ai fatti che si narrarono. Il Crispi avea tolta in moglie una giovane siciliana, con tutte le formalità legali di matrimonio, ma l'avea dovuta lasciare in patria, quando, per iscampare alla giustizia di Re Ferdinando II, verso cui erasi reso colpevole di alto tradimento, col partecipare a congiure di ribellione, esulò a Malta. Quivi, invaghitosi d'una Rosalia Montmasson, supponendo morta la moglie lasciata in Sicilia, la sposò il 27 dicembre 1854, in presenza di testimonii, col rito ecclesiastico unico valido sotto il dominio inglese. Questa seconda moglie l'aiutò a campare mentre faceva l'emigrato a Torino. Salito a miglior fortuna, il Crispi, che ebbe la Montmasson compagna nella spedizione dei Mille a Marsala, e la vide decorata di medaglia e rimeritata di pensione, presentolla a tutti sempre come legittima moglie, e come tale la riconobbero il Re Vittorio Emanuele II e la principessa Margherita. Ma in questi ultimi anni il Crispi erasi annoiato della Montmasson e se l'intendeva con una Filomena Barbagallo, da cui ebbe prole; e volendo legittimare questa si ridusse a sposarla. Cavillando sopra la mancanza di un visto consolare all'atto del matrimonio con la Montmasson, si dichiarò libero; impetrò

consolare all'atto del matrimonio.

Era un altro "segno dei tempi": la morale borghese che impregnava uomini politici di somma intelligenza e cultura comportava la necessità, in mancanza del divorzio (che comunque anche se permesso non avrebbe mai potuto essere concesso *ad nutum*) di procedere alla forzatura degli allora labili confini tra l'ordinamento canonico e quello statale in materia matrimoniale, onde ottenere che la prole illegittima, nata dalle successive unioni, potesse godere dei benefici dello *status* di figlio nato nel matrimonio. Solo quello che Jemolo chiamava lo «stato guelfo»¹⁴³³ nato dalla Conciliazione poté ritardare (ma non impedire) l'affermarsi di quello che Ombretta Fumagalli Carulli chiama il trionfo del "vissuto" sul "voluto"¹⁴³⁴.

dal Mancini la dispensa dalle pubblicazioni e persino di essere considerato come abitante di Napoli e sposò civilmente la Barbagallo il 26 gennaio 1878, in presenza di onorati testimoni, e senza più fu legittimata la figlia Ida Marianna.» Quanto alla Montmasson, dopo il decesso del Crispi (1901) e fino alla morte (1914), il Comune di Roma le corrispose una pensione.

1433A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato...*, cit., pag. 739.

1434O. FUMAGALLI CARULLI, *Matrimonio canonico, matrimoni religiosi, proliferazione delle unioni paramatrimoniali*, in *Il diritto ecclesiastico*, 3-4, 2013, pag. 558.

GIOVANNI FRANCIOSI

CONCLUSIONI

Per quanto possa sembrare strano, ciò che risulta più complicato di questo lavoro è prendere congedo da esso in guisa conforme alla premessa, dunque cercando di "non perdere la rotta in vista del faro". Si è cominciato vantando, con credo legittimo orgoglio "di casta", l'afferenza di queste modeste note al campo del diritto ecclesiastico, e proprio alla luce dell'evoluzione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa in senso sempre più separatista, si è esaminata la storia della disciplina matrimoniale italiana fino alla cessazione del potere temporale pontificio. Non è dunque un caso se questo "viaggio" verso il separatismo ha presentato degli spunti che possono certo essere utili per colui che si cimenti nell'interpretazione delle norme giuridiche e che desideri offrire il proprio minimo contributo alla riflessione circa gli sviluppi futuri delle stesse.

Si è notato ampiamente come la completa avocazione ecclesiastica del diritto matrimoniale, raggiunta con il Concilio di Trento, segni anche l'inizio della parabola discendente dell'influenza canonica sul regime del vincolo. E siccome alla Storia piace ripetersi, non occorre essere Plutarco o Giambattista Vico per rilevare come la parentesi "neoguelfa" del regime concordatario, espressa in materia matrimoniale dall'art. 34 conc. Lat., costituisca un altro trionfo della Sede Apostolica, e abbia svolto un ruolo paragonabile a quello del decreto *Tametsi*, per quanto di portata più limitata: essa ha infatti istituito delle nuove forme celebrative idonee¹⁴³⁵ a dare maggiore "certezza" al legame ma, contrariamente alla XXIV sessione del Tridentino, la sua vigenza sembra trascorsa senza realizzare in alcun modo gli scopi che si era prefissa. Che questo fosse il suo destino lo aveva capito già Arturo Carlo Jemolo a soli vent'anni dagli Accordi del Laterano quando, in conclusione della propria opera più celebre, lamentava l'inanità del regime concordatario, notando che un totale appiattimento del diritto statale sulla normativa canonica appariva «sconcertante», tanto che si poteva essere «tratti a dubitare se non si [fosse] di fronte ad un fenomeno transeunte»¹⁴³⁶.

Del resto, almeno dagli anni '70 del secolo scorso, l'irruenza di una posizione politica e giurisprudenziale nettamente "separatista", ha in qualche maniera riallacciato l'ordinamento repubblicano con quello liberale, tanto da potersi dire che non sembrano trascorsi quasi centocinquant'anni dal giorno in cui i bersaglieri irrompevano a Porta Pia seguiti dal carretto di un libraio valdese carico di Bibbie ginevrine: infatti, – è ancora Jemolo a parlare – se è vero che «nessuno aveva previsto questa novità davvero sostanziale, che, restando, e nelle medesime essenziali connotazioni, e la Chiesa e la religione e lo Stato, le relazioni potessero stabilirsi fuori di ogni contrasto, in un regime di sostanziale indifferenza», senza che però la prima riuscisse a realizzare quella sorta di

1435 Non mi trova concorde chi vuole ridurre il matrimonio "concordatario", ad una semplice categoria di quello canonico. Anzi, credo sia ben possibile ritenere che lo Stato, soprattutto quello fascista, avesse inteso creare un *tertium genus* di vincolo, che si poneva in mezzo al guado tra le nozze civili e quelle religiose. Se diversamente fosse avrebbe ben donde quella parte della dottrina e della giurisprudenza che vede oggi nel matrimonio concordatario una forma di matrimonio civile in cui le veci del Sindaco sono svolte dal parroco del luogo di celebrazione e alla cui regolamentazione le norme canoniche sono chiamate nei soli limiti dell'"ordine pubblico matrimoniale".

1436 A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato...*, cit., pag. 736.

ordinatio ad unum sognata da Pio XI e Gasparri secondo i criteri propri dello *ius publicum ecclesiasticum externum*. Lungi dal realizzarsi il "Regno sociale di Cristo", «la religione era divenuta un fenomeno quasi "scontato", collocandosi nella coscienza dell'individuo in «un posto secondario e appartato, quello che spetta alla pratica religiosa ed al rito, che non coinvolge la totalità della vita morale.»¹⁴³⁷ Ad un evidente rilassamento della Chiesa sulle norme concordatarie fa però da contraltare l'amara constatazione che l'odierno "neoseparatismo concordatario", si conceda l'ossimoro, non possiede alle spalle una costruzione giusfilosofica dello Stato che ne giustifichi pienamente il valore, limitandosi spesso e volentieri al richiamo ad un non sempre ben specificato "principio personalista", ormai alterato in un "individualismo" amorfo¹⁴³⁸.

Si è giunti al paradosso per il quale un patto, o quantomeno una sua clausola, non giova a nessuna delle Parti, essendo necessario interrogarsi, non sulla sua eliminabilità unilaterale, come fa *contra constitutionem* una certa dottrina, ma piuttosto sulla convenienza di un suo superamento concorde e parziale. Il sistema matrimoniale concordatario ha infatti dimostrato di avere clamorosamente fallito l'occasione che gli era stata offerta dalla Storia, ed è amaro per l'ecclesiasticista, la cui missione è trovare soluzioni che garantiscano spazi di libertà per i rispettivi ordini, dover constatare che fosse utopica la ricostruzione offerta da Orio Giacchi, contrappone l'esperienza costituzionale repubblicana a quella liberale, nell'affermazione che «ciò che viene a prendere linee concrete e a sostituire il vecchio "Stato laico" è un nuovo Stato, nutrito attraverso la partecipazione delle masse di quegli ideali e di quelle passioni che le percorrono; conscio per la sua quotidiana esperienza delle gravi limitazioni che si frappongono alla sua opera nella realtà quotidiana; membro di una comunità di Stati che non può non limitarne l'autonomia assoluta ed esclusiva ed in cui esso allarga la sua fisuale non soltanto politica ma anche sociologica e culturale.»¹⁴³⁹ Infatti questo Stato "concordatario" non è mai nato o, in ogni caso, è trapassato in fasce.

Vero certo che lo Stato liberale era sovrano, nel senso che Jean Bodin attribuiva alla parola, cioè "non dipendente da altri che dalla sua spada", svincolato com'era da accordi di natura internazionalistica, ma è altrettanto vero che esso era forse ben più coerente nel perseguimento dei propri fini rispetto all'odierno stato democratico-sociale, che volontariamente sceglie di superare alcuni suoi principi fondativi in nome di quell'individualismo un tempo ripudiato. E quest'uomo, questo *civis* deresponsabilizzato dell'agonico stato sociale, rimasto solo con i suoi *desiderata*, appare oggi prevalente nel nostro diritto rispetto alle "formazioni" ove dovrebbe svolgersi la sua personalità, finendo per collocarsi in una posizione deteriore (o comunque di maggiore vulnerabilità) rispetto non solo al prossimo ma anche a quel Potere, che si era assunto l'incarico di garantire che un simile fenomeno non avvenisse.

L'art. 2 della Carta era infatti una garanzia, da un lato nei confronti dell'egoismo capitalistico di cui Dickens ha lasciato testimonianza, della statolatria fascista e del

1437 *Ibidem*.

1438 Coraggiosamente denunciato nella *Relatio Synodi* 2014,5.

1439 O. GIACCHI, *Chiesa cattolica e sistema concordatario*, in ID., *Chiesa e Stato nell'esperienza giuridica (1933-1980)*. Studi raccolti e presentati da Ombretta Fumagalli Carulli, II, Milano, 1981, pag. 253.

collettivismo appiattitore bolscevico dall'altro; quindi, in correlazione a questa finalità, dovrebbe leggersi anche il rimando svolto dalla fonte suprema a quel primo luogo di aggregazione umana, ancorché "obbligata", che è rappresentato dalla famiglia, il cui rilievo giuspubblicistico era individuato da Filippo Vassalli «nella natura politica dei compiti ch'essa attua»¹⁴⁴⁰. Se in questa chiave essa veniva giustificata (nel senso stretto della parola) dalla dottrina a cavaliere della seconda guerra mondiale, si comprende come una simile opinione (di origine liberale - non si dimentichi il matrimonio come "alta istituzione sociale" del Pisanelli) potesse bene venire recepita dal Costituente democratico, che la collocava al vertice dei rapporti "etico-sociali", allacciandola al matrimonio come sua forma di concretizzazione negoziale. Così, su di un sostrato liberale purgato dai propri estremismi, si era sapientemente innestato il contributo del pensiero "sociale" (cattolico o posthegeliano che fosse), permettendo al Costituente di fissare come proprio obiettivo quello di scongiurare eventuali nuove tentazioni totalitarie attraverso la protezione e valorizzazione di questa «società che gode di un diritto proprio e naturale»¹⁴⁴¹.

Una problematica simile non aveva, e non ha ancor di più oggi, ragione di sussistere nel diritto canonico; e ciò a maggior ragione grazie al legislatore del 1983, che con la sua scelta di dettare una definizione dell'Istituto matrimoniale¹⁴⁴², sottratto alla "liquidità" cui l'aveva condannato la tradizione codicistica postnapoleonica, ha individuato i confini di questo istituto giuridico, da porsi alla base della famiglia, intesa quale «prototipo di ogni ordinamento sociale.»¹⁴⁴³ Non erano mancate, in esito all'esperienza sinodale sfociata nella Esortazione *Familiaris consortio*, proposte di "giuridicizzazione" di quest'ultima siccome "persona" in senso tecnico: sul punto fu esplicito anche il dibattito in sede di Commissione per la riforma del Codice laddove, rispondendosi al desiderio espresso da alcuni Padri sinodali di aggiungere un capo *de jure familiae* allo schema della nuova legge universale per la Chiesa latina, veniva dato parere negativo «*quia non congruit neque indoli neque systematicae ordinationi Codicis*»¹⁴⁴⁴.

Ma la decisione non si può dire che abbia in alcun modo inficiato la validità del Magistero post conciliare. Non credo, che nella storia delle moderne codificazioni, vi siano state molte scelte più coraggiose di quella definitiva assunta dal legislatore giovanneo-paolino, dimostrandosi con ciò l'intrinseca verità di quanto Manlio Miele ricordava non molto tempo fa, e cioè la qualificazione del giure canonico come «diritto altro» rispetto alle categorie positivistiche secolari; e se mi si perdonerà la protervia di

1440F. VASSALLI, *Diritto pubblico e diritto privato in materia matrimoniale*, in *Archivio di diritto ecclesiastico*, I, 1939, pag. 40.

1441Cfr. AA, 5.

1442In proposito v. *Communicationes*, IX, 1977, pag.122.

1443PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, Città del Vaticano, 2004, pag. 118.

1444*Communicationes* (XII), 1980, pagg. 225-226. J.GAUDEMET, *Mariage*, cit., pag. 23; cfr. anche nota 7, *loc. cit.*, nel quale si rileva che «un solo canone potrebbe essere invocato in favore di una personalità giuridica della famiglia, presentata come titolare del diritto ad un cimitero o ad una sepoltura. Il can. 1241 § 2 fa riferimento in effetti a "persone giuridiche o famiglie" *qui habere possunt peculiare coemeterium vel sepulcrum*.»

volere integrare l'affermazione di chi è ben più ferrato del sottoscritto sulla materia, si può aggiungere che questo sistema ha oggi come ieri il dovere di conservare tale sua natura, appalesandosi come un "diritto classico" nel senso proprio della parola, cioè i cui postulati sono validi per ogni epoca.

Conforme a questa destinazione è stata, in campo di rapporti tra lo Stato e la Chiesa, la scelta dell'ultimo Concilio di superare la dottrina della *potestas Ecclesiae indirecta in temporalibus*, senza in nulla rinnegarla: anzi, sulla base della stessa volontà fondazionale del Cristo, che «*potestatem civilem eiusque iura agnovit*»¹⁴⁴⁵, si vincolava il Popolo di Dio a richiedere alla legittima Autorità secolare, originante dal diritto divino tanto quella ecclesiale, il riconoscimento della libertà religiosa «*in iuridica societate ordinatione [...] ut ius civile evadat.*»¹⁴⁴⁶

Libertà religiosa che può ben realizzarsi anche in assenza di accordi concordatari, se già Leone XIII poteva affermare di non essersi mai sentito Papa quanto negli Stati Uniti. Detta separazione non deve però significare disinteresse reciproco, non potendosi intendere questa scelta come un'autoisolamento della realtà ecclesiale nella sola dimensione spirituale o metafisica, che determinerebbe il rischio un'arbitrarizzazione delle norme secolari; per evitare questo scivolamento lo strumento concordatario poteva (e forse in altri campi ancora può) servire. In materia matrimoniale, pur ricordando le opinioni affermantici l'idoneità del vincolo canonico di essere *ex se* munito di valenza giuridica, anche in assenza di "copertura" concordataria, grazie alla clausola di cui all'art. 2 cost.¹⁴⁴⁷, bisogna rilevare come l'abbandono del principio di uniformità degli stati, abbia reso sostanzialmente inutile l'appaiamento tra due negozi (quello canonico e quello civile) che hanno natura e scopi diversi e, in alcuni punti, incompatibili.

Diversa è innanzitutto la rilevanza costituzionale dei vincoli all'interno dei due ordinamenti: nel primo, come si è già accennato in sede introduttiva, il matrimonio assume non solo una rilevanza costituzionale bensì costitutiva dello stesso edificio ecclesiale, in virtù del ruolo attribuito ai Sacramenti in esso¹⁴⁴⁸. Nell'ordinamento civile italiano, invece, pur essendo citato nella fonte suprema, dopo il d.lgs. 28 dicembre 2013 n. 154 che ha espunto dal nostro ordinamento la categoria della "filiazione legittima", esso si è visto parificato nei fatti tanto alle "unioni civili" quanto a quelle convivenze che la legge chiama "di fatto" e che grazie a questo richiamo sono (*credo quia absurdum!*) divenute "di diritto"¹⁴⁴⁹, realizzando pienamente quel vaticinio di Luigi Carraro sulla "famiglia senza matrimonio", cui faceva cenno Manlio Miele trattando di «*bonum coniugum* e profili civilistici»¹⁴⁵⁰.

1445DH, II, 25.

1446Ibidem, I, 2, 42.

1447Vedasi *Supra*, Introduzione, 2.

1448Ibidem.

1449Cfr. C.M.BIANCA, *Diritto civile*, II, 1, 21, cit. in A. ZACCARIA, *Commentario breve...*, cit., pag. 1. «L'organismo familiare delineato dall'art. 29 della costituzione non appare più idoneo a descrivere tutti i tipi di rapporti familiari che si sono sviluppati attraverso il ricorso al concetto di formazione sociale, di cui all'art. 2, nel cui ambito si svolge la personalità umana, e che consente di riconoscere e tutelare sia pure indirettamente alcune forme di convivenza non matrimoniale.»

1450M. MIELE, *Bonum coniugum...*, cit., pag. 7.

Naturalmente sorgerà subito spontaneo l'interrogativo se vi sia effettiva contrapposizione tra la Chiesa del Vaticano II e lo Stato democratico, (come tra quella del Vaticano I e il liberale o tra il Tridentino e la monarchia assoluta) cui si aggiungerà quello sulla paragonabilità della situazione di conflitto odierna con quelle che sono state esaminate nel corso del presente lavoro. Al fine di sgombrare immediatamente il campo da ogni equivoco, chi scrive non teme di rispondere affermativamente ad entrambe le questioni: a ben guardare la problematica è sempre la medesima, cioè quella attinente alla missione della Chiesa nel mondo; sono solo cambiate le forme, la sostanza resta la medesima, seppur in senso evolutivo (o involutivo a seconda dei punti di vista).

Per essere più chiari sarà sufficiente una scorsa a quanto è stato scritto da Papa Francesco nella recente esortazione apostolica *Amoris Laetitia*, in merito ad una situazione sovversiva di paradigmi secolari, che non può più essere limitata (ecco l'evoluzione) in termini di secolarizzazione come nel 1866, ma che deve ormai guardarsi come "*alterizzazione*" del diritto matrimoniale statutale rispetto all'immutabile *ordo rationis* rappresentato dalla legge ecclesiale. Per il Pontefice «come cristiani non possiamo rinunciare a proporre il matrimonio allo scopo di non contraddire la sensibilità attuale, per essere alla moda, o per sentimenti di inferiorità di fronte al degrado morale e umano. Staremmo privando il mondo dei valori che possiamo e dobbiamo offrire. Certo, non ha senso fermarsi ad un denuncia retorica dei mali attuali, come se con ciò potessimo cambiare qualcosa. *Neppure serve pretendere di imporre norme con la forza dell'autorità.*»¹⁴⁵¹ Ma ciò non significa che questo atto di Magistero (ché tale è la sua natura, checché ne dicano alcuni) sia un rinnegamento della potestà legislativa ecclesiale, come dimostra proprio un passo della stessa Esortazione, spesso citato a sproposito, secondo il quale si deve concentrare l'attenzione dei *Christifideles* sull'apertura «ad una pastorale positiva, accogliente, che rende possibile un approfondimento graduale delle esigenze del Vangelo.»¹⁴⁵²

In realtà solo un interprete in malafede potrebbe vedere in detto monitorio un'espressione di rifiuto per la regolamentazione giuridica ecclesiale del vincolo matrimoniale e delle eventuali conseguenze di una violazione dei doveri, che esso comporta *ex ipsa ordinatione divina*. Anzi, per superare l'apparente contraddizione è sufficiente avere chiara la funzione pastorale del diritto canonico¹⁴⁵³, cioè il suo ruolo di

1451FRANCISCUS P.P., *Apostolica Adhortatio Amoris Laetitia*, 35, Città del Vaticano, 2016, pag. 50.

1452Ibidem, 38, pag. 52-53.

1453Validissimo è ancora, *mutatis mutandis*, quanto affermava più di due lustri fa J. HARRANZ, *Il diritto canonico, perché?*, Lezione tenuta presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, oggi in O. FUMAGALLI CARULLI, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Milano, 2003: «Anche il retto sviluppo della dottrina sulla natura essenzialmente pastorale della norma canonica ha notevolmente contribuito al rinnovamento del Codice di Diritto Canonico e alla retta interpretazione ed applicazione delle sue norme, a livello sia di Chiesa universale che di Chiese particolari. Si è insistito nel sottolineare che questo carattere splende soprattutto nei principi tradizionali della *aequitas*, *della epikeia* o della dispensa, con i quali la *caritas pastoralis* del legislatore, del giudice o dell'amministratore ecclesiastico manifesta una volontà di giustizia temperata dalla prudenza, dalla benignità e dalla comprensione verso le singole persone, sempre per il loro bene spirituale. Tuttavia lo spirito pastorale non si esaurisce in queste tradizionali peculiarità del Diritto canonico ma lo si evidenzia anche in molti altri aspetti della rinnovata legislazione ecclesiastica Mi pare doveroso ricordarne alcuni: la positivizzazione giuridica —

guida del fedele nel pellegrinaggio terreno verso la Dimora Eterna. Basti rammentare quanto diceva in proposito un grande canonista, Papa Pio XII, che vide lontano affermando, «*in consideranda suorum munerum natura iuris canonici peritus hoc persuasum sibi habeat, quae admodum omnia quae in Ecclesia sunt, ita ius canonicum quoque omnino in anumorum curationem contendere, ut homines praesidium quoque nutuque legum veritatis et gratiae Christi sint compotes ac sancte, pie, fideliter vivant, crescant, moriantur.*»¹⁴⁵⁴

Ne consegue che anche la normativa particolare debba allacciarsi a questo fine; nessuno può infatti negare che il concordato sia anche norma canonica, particolare, ma comunque vincolata ai criteri della *rationabilitas* e della destinazione alla *salus animarum*. Nel momento in cui una norma impone un collegamento con degli effetti, come quelli civili, che appaiono ormai eccentrici rispetto alla definizione del can. 1055 si comprende come essa stessa si venga a trovare in una situazione aporistica rispetto all'ordinamento cui afferisce; e ciò non solo nella sua parte pattizia ma anche in quella strettamente ecclesiastica. Basti a questo proposito rammentare quella norma, aberrante perché contraria al principio generale di cui al can. 1058¹⁴⁵⁵, rappresentata dall'art. 1 dell'ormai obsoleto "decreto generale sul matrimonio canonico", approvato dalla XXXII Assemblea generale della CEI (14-18 maggio 1990), promulgato con decreto del presidente in data 5 novembre 1990¹⁴⁵⁶. In base ad essa «i cattolici che intendono contrarre matrimonio in Italia sono tenuti a celebrarlo [...] con l'obbligo di avvalersi del riconoscimento degli effetti civili assicurato dal Concordato.» Ora, nel momento in cui si impone una simile norma, ben si comprende come il fedele venga obbligato a subire nei fatti una coartazione della propria sfera giuridica, portando in conflitto la propria posizione di diritto privato con quella spirituale: potrebbe infatti ben

con la conseguente protezione e tutela — di molti diritti personali che formalizzano il diritto fondamentale dei fedeli di ricevere abbondantemente dai sacri Pastori — e non soltanto "ex caritate" ma "ex iustitia" — i beni spirituali della Chiesa, "*praesertim ex verbo Dei et sacramentis*"; la riduzione al minimo delle leggi sulla nullità degli atti giuridici o sulla incapacità delle persone; la maggiore agilità dei processi salva la primaria esigenza pastorale della verità; la notevole riduzione delle pene *latae sententiae*, e così via. Ma soprattutto direi che questo spirito pastorale appare particolarmente evidente nell'insieme di norme intese ad assicurare il compimento del servizio dei sacri Pastori *in bonum animarum* nel modo più efficace ed adeguato alle odierne necessità spirituali, apostoliche e missionarie. Sono, infatti, norme che cercano di snellire e di dare maggiore dinamismo a tutta l'organizzazione degli uffici ecclesiastici, e di stimolare e guidare — senza confusione di ruoli — l'attiva partecipazione di tutti i fedeli alla vita e alla missione del Popolo di Dio. Ben a ragione ha potuto affermare il Legislatore: " Se la Chiesa è un disegno divino —*Ecclesia de Trinitate*— le sue istituzioni pur perfettibili, devono essere stabilite al fine di comunicare la grazia divina e favorire, secondo i doni e la missione di ciascuno, il bene dei fedeli, scopo essenziale della Chiesa".»

1454 PIUS P.P. XII, *Discorso alla Pontificia Università Gregoriana. 17-10-1953*, in ID., *Discorsi e radiomessaggi di S.S. Pio XII*, XV, Città del Vaticano, 1954, riportato da F. COCCOPALMERIO, *Gli interventi magisteriali di Pio XII sul diritto in generale e sul diritto canonico*, in P. CHENAUX (a cura di), *L'eredità del Magistero di Pio XII*, Roma, 2010, pag. 326.

1455 Per altro richiamato nella premessa. Nè mi sembra in alcun modo conforme ai diritti del fedele previsti dal codice ai cann. 219 (ai sensi del quale *Christifideles omnes iure gaudent ut a quacumque coactione sint immunes in eligendo status vitae*) e 227 (*Ius est christifidelibus laicis, ut ipsis agnoscat eam in rebus civitatis terrenae libertas, quae omnibus civibus competit* [...]).

1456 NCEI 1990, 10/257-279.

darsi che il singolo preferisse regolare i propri rapporti civili (principalmente patrimoniali) con il coniuge (canonico) secondo le forme dei "contratti di convivenza" o anche semplicemente in mero fatto, senza per questo essere obbligato a ricorrere all'Ordinario per ottenere una dispensa da una condotta giuridicamente e moralmente lecita. Per scendere dalle nuvole di Aristofane, si pensi al fatto di un matrimonio che nel sentire sociale è visto come una forma di autopromozione (magari per la rilevante differenza di reddito): giudizio della gente che non appare assolutamente sussumibile nelle gravi cause che possono dar luogo alla dispensa ma che può ben generare una situazione di sofferenza anche psicologica idonea a determinare la crisi del consorzio e, quindi, un concreto pericolo per l'unità della famiglia. Del resto se per il Magistero conciliare «*praeterea actus religiosi, quibus homines privatim et publice sese ad Deum ex animi sententia ordinant, natura sua terrestrem et temporalem rerum ordinem transcendunt*», assegnandosi al potere civile il «fine proprio di attuare il bene comune temporale», non si comprende perché non dovrebbe valere l'inverso, cioè laddove non sia in pericolo l'ordine spirituale, quest'ultimo debba arrogarsi il diritto di costringere i suoi fedeli alla stipula di negozi giuridici che producono effetto avanti all'omologo secolare. Ragionando *de jure condendo*, il superamento di questa forzatura sarebbe profondamente attuativo di un'altra norma codiciale, quella di cui al can. 1063 sulla "conservazione dello spirito cristiano" nei coniugi. Dovendo i nubendi valutare con grande consapevolezza anche qualcosa di più "terreno", si gioverebbe della riflessione anche il discernimento circa gli obblighi e i doveri che il matrimonio comporta, corroborandosi la scelta di celebrare un'unione che il Magistero della *Lumen Gentium* pone come attuativo «del carattere sacro e organico», di quella comunità sacerdotale che è la Chiesa.

Concludendo, chi scrive, anche alla luce dell'esperienza storica, è convinto non risulti conforme a questo ruolo dommaticamente definito la contaminazione tra un ordinamento che ha alla sua base dei postulati immutabili e uno che ne assume di opposti, ancorché mutevoli. Qual è (e dov'è) la conformità alla suprema legge (ex can. 1752) del divorzio *ad nutum* e della possibilità di "degradare" il vincolo ad unione civile, nel caso in cui una parte ottenga sentenza di riconoscimento del mutamento della caratterizzazione sessuale esterna e desideri «non sciogliere il matrimonio o non farne cessare gli effetti civili»¹⁴⁵⁷?

Naturalmente sarebbe ben possibile, anche da parte ecclesiastica, far finta di nulla e considerare il richiamo al diritto canonico di cui all'art. 8 acc. mod. conc. lat. come un semplice riferimento "formale" al parroco, quale sostituto dell'ufficiale dello Stato civile, in guisa non dissimile dal matrimonio giuseppino di cui si è trattato. Ma ciò non significherebbe ammettere la giustezza delle argomentazioni espresse quella parte della dottrina, secondo la quale lo Stato potrebbe revocare unilateralmente ogni concessione, in attuazione laicistica del detto biblico «*Dominus dedit, Dominus abstulit*»?

Sono questi gli interrogativi che restano irrisolti, in quanto non è nella disponibilità dello studioso il sottoscrivere quelle modificazioni ai patti che, ai sensi dell'art. 7 cost.,

1457V. art. 27, l. 20 maggio 2016, n. 76.

"non richiedono procedimento di revisione costituzionale". Si possono al massimo porre degli auspici circa una rinnovata "*concordia discordantium*" che favorisca l'esercizio dei *munera docendi et sanctificandi* e, per l'effetto, il riavvicinamento delle "pecore disperse" all'ovile dominico. Solo allora sarà possibile vedere se, parafrasando "il Gattopardo" di Tomasi, il matrimonio, come l'abbiamo ad oggi conosciuto, finirà gettato in strada accanto alle false reliquie del passato e all'alano impagliato dello Stato-leviatano o se esso, ancorché modificato nelle forme, abbia ancora quella capacità di penetrazione giuridica, che gli viene dalla sua storia più volte millenaria.

BIBLIOGRAFIA

I – Opere e monografie.

Codice civile del regno d'Italia corredato della relazione del ministro guardasigilli fatta a S.M., Torino-Firenze, 1866.

Codice civile per gli stati di Sua Maestà il Re di Sardegna, Torino, 1837.

Collezione delle leggi e dei decreti reali del Regno di Napoli, 1815, Napoli, 1815.

Collezione delle leggi, costituzioni, editti, proclami, ec. per gli Stati estensi, I, Modena, 1814.

Processi verbali delle discussioni regia commissione di legislazione per gli stati sardi intorno al progetto di legge sul matrimonio, pubblicati dal Ministero di Grazia e Giustizia per essere distribuiti al Parlamento, Torino, 1852.

Raccolta dei lavori preparatori del codice civile del regno d'Italia, Palermo-Napoli, 1866.

Raccolta di alcune leggi aventi stretta relazione col codice civile degli stati estensi, Modena, 1852.

AA.VV., *Digesto italiano*, Torino, 1903-1907.

AA.VV., *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Bologna, 2013.

AA.VV., *Enciclopedia cattolica*, Città del Vaticano, 1948-1954.

AA.VV., *Enciclopedia dei Papi*, Roma, 2000.

AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958-1995.

AA.VV., *Il matrimonio nel codice dei canoni delle chiese orientali*, Città del Vaticano, 1994.

- AA.VV., *Ius populi Dei*, Roma, 1972.
- AA.VV., *La pastorale della Chiesa in Occidente dall'età ottoniana al concilio lateranense IV*, Milano, 2004.
- AA.VV., *Pasquale Stanislao Mancini. L'uomo, il politico, lo studioso, Atti del convegno. Ariano Irpino. 11-13 novembre 1988*, Napoli, 1991.
- AA.VV., *Problemi giuridici dell'unità italiana*, Milano, 2011.
- AA.VV., *Scritti della facoltà giuridica di Roma in onore di Antonio Salandra*, Milano, 1928.
- AA.VV., *Scritti in onore di Antonino Giuffré*, Milano, 1967.
- AA.VV., *Studi bolognesi in onore di U. Borsi*, Padova, 1955.
- AA.VV., *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, Milano, 1939.
- AA.VV., *Studi in memoria di Emilio Albertario*, Milano, 1953.
- AA.VV., *Studi in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, 1963.
- AA.VV., *Studi in onore di Pio Fedele*, Napoli, 1984.
- AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Del Giudice, II*, Milano, 1953.
- AA.VV., *Veritas non auctoritas facit legem, Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, Città del Vaticano 2012.
- A. ACQUARONE – M. D'ADDIO – G. NEGRI (a cura di), *Le costituzioni italiane*, Milano, 1958.
- M.ALTIERI, *Li nuptiali publicati da Enrico Narducci*, Roma, 1873.
- ANONIMO, *Carte e Documenti concernenti la nullità della seconda sentenza pubblicata li 10 agosto 1788. Nella causa matrimoniale del duca e duchessa di Maddaloni, sine loco*,

1788.

ANONIMO, *Considerazioni sopra la imperiale regia costituzione del giorno 16 gennaio 1783 riguardante i matrimonj colla relativa legislazione per editto 17 settembre 1784 e posteriori decreti ed editti stampate in Milano nel 1784*, Napoli, 1806.

ANONIMO, *Istoria dell'assemblea degli Arcivescovi e Vescovi della Toscana*, Firenze, 1788.

E. ARBIB, *Cinquant'anni di vita parlamentare, I, Le prime quattro legislature*, Roma, 1898.

N. ARGENTI, *La promessa di matrimonio nella storia del diritto italiano*, Fermo, 1887.

D. ARRU, *Il concordato italiano del 1803*, Milano, 2003.

R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova, 2008.

R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano postclassico*, Napoli, 2012.

R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova, 2002.

R. AUBERT, *Il pontificato di Pio IX (1846-1878)*, in A. FLICHE – V. MARTIN (dir.), *Storia della Chiesa...*, cit, XXI, Torino, 1964

E. AVOGADRO DELLA MOTTA, *Il progetto di revisione del codice civile albertino. Osservazioni*, Torino, 1861.

M. AYUSO (a cura di), *El problema del poder constituyente*, Madrid, 2012.

P.A. BALLERINI, *Il Concilio ecumenico vaticano*, Milano, 1880.

L. BEAUCHET, *Étude historique sur les formes de la célébration du mariage dans l'ancien droit français*, Paris, 1883.

P. BELS, *Le mariage des Protestants Français*, Paris, 1968.

BENEDICTUS P.P. XIV, *Litt. Enc. Satis vobis compertum*, Roma, 1741.

- M. BERLJIAK, *Il diritto naturale e il rapporto con la divinità in Ugo Grozio*, Roma, 1978.
- C. BERTI (a cura di), *Atti del quinto seminario di studi "decennio francese" (1806-1815)*, Napoli, 2008.
- G. BERTOLINI, *Intenzione coniugale e sacramentalità del matrimonio, II, Approfondimenti e riflessioni*, Padova, 2008.
- A.M. BETTANINI, *Il concordato di Toscana*, Milano, 1933.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia e le successioni*, Milano, 2005.
- C. BOTTA, *Storia d'Italia continuata da quella del Guicciardini*, Palermo, 1835.
- F. BRANDILEONE, *La celebrazione del matrimonio in Roma nel secolo XV e il Concilio di Trento*, Roma, 1896.
- F. BRANDILEONE, *Saggi sulla celebrazione del Matrimonio in Italia*, Milano, 1906.
- P. CAIAZZA, *Tra stato e papato, concili provinciali post-tridentini (1564-1648)*, Roma, 1992.
- D. CASSINI, *Memoria scritta in occasione di un matrimonio ecclesiasticamente celebrato, senza gli atti preventivi dello stato-civile, onde risolvere la quistione, se produce effetti civili*, Napoli, 1834.
- G. CATALANO, *Le ultime vicende della legazia apostolica di Sicilia*, Catania, 1950.
- A. CICU, *Matrimonio e principi generali di diritto familiare*, Macerata, 1912.
- L. CHERUBINI (a cura di), *Magnum bullarium romanum*, Lione, 1692.
- Z. CIUFFOLETTI – L. ROMBAI (a cura di), *La Toscana dei Lorena. Riforme, territorio e società. Atti del convegno di studi. Grosseto 27-29 novembre 1987*, Firenze, 1989.
- F. CONCI, *La Chiesa e i vari Stati. Rapporti, Concordati, Trattati. Per una storia del diritto*

concordatario, Napoli, 1954.

B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010.

L. CONFORTI, *Una contesa giurisdizionale tra il re Ferdinando IV di Napoli e il pontefice Pio VI (Braschi)*, Napoli, 1883.

Y. CONGAR, *Vera e falsa riforma della chiesa*, Milano, 1972.

L. CONTINI, *Legislazione toscana raccolta e illustrata*, Firenze, 1800-1808.

G. COPPOLA – C. GRANDI (a cura di), *La conta delle anime, popolazioni e registri parrocchiali: questioni di metodo ed esperienze*, Bologna, 1989.

E. CORECCO – L. GEROSA, *Il diritto della Chiesa*, Milano, 1995.

E. CORECCO, *Ius et communio, scritti di diritto canonico*, Casale Monferrato-Lugano, 1997.

L. CORRADI, *La politica ecclesiastica degli ultimi Borboni a Parma*, Padova, 1992.

M. CORRIAS CORONA, *Stato e Chiesa nelle valutazioni dei politici sardi. 1848-1853*, Milano, 1972.

B. CROCE, *Aneddoti di varia letteratura*, Bari, 1942.

M. CROCE, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, Pisa, 2012.

P. DACQUINO, *Storia del matrimonio cristiano alla luce della Bibbia, 1, La celebrazione del matrimonio*, Torino, 1989.

P. D'ACQUINO, *Storia del matrimonio cristiano alla luce della Bibbia, 2, Inseparabilità e monogamia*, Torino, 1988.

P.A. D'AVACK, *Il problema storico – giuridico della libertà religiosa*, Roma, 1965-1967.

A. DE LA HERA, *Introducciòn a la ciencia del derecho canonico*, Madrid, 1967.

- B. DE RINALDIS, *La libera chiesa in libero stato*, Torino, 1865.
- F. DE ZEILLER – G. CAROZZI, *Le prescrizioni sul diritto di matrimonio estese al Regno Lombardo-Veneto in virtù della Sovrana Patente 20 aprile 1815 con i commenti a ciascun articolo estratti dal commentario sul codice civile universale della monarchia austriaca*, Milano, 1815.
- S. DI BELLA (a cura di), *Chiesa e società civile nel settecento italiano*, Milano, 1982.
- M. G. DI RENZO VILLATA (a cura di), *Formare il giurista – esperienze nell'area lombarda tra sette e ottocento*, Milano, 2004.
- A. DUFOUR, *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne au XVIII siècle*, Paris, 1972.
- S.Z EHLER- J.B. MORRALL, *Chiesa e Stato attraverso i secoli*, Milano, 1938.
- C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, I, Milano, 2008.
- E. FERASIN, *Matrimonio e celibato al Concilio di Trento*, Roma, 1970.
- S. FERRARI, *Ideologia e dogmatica nel diritto ecclesiastico*, Milano, 1979.
- F. FILOMUSI GUELF, *Enciclopedia giuridica*, Napoli, 1917.
- F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio. Artt. 79-83*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1971.
- G. FONTANINI, *Della istoria del dominio temporale della Sede apostolica sopra i ducati di Parma e Piacenza. Libri III*, Roma, 1720.
- R. FOREVILLE, *Lateranense I,II,III, e Lateranense IV*, in G. DUMEIGE (dir.), *Storia dei concili ecumenici*, VI, Città del Vaticano, 2001.

IL MATRIMONIO IN ITALIA

- E. FRIEDBERG, *Das Recht der Eheschließung*, Leipzig, 1865.
- E. FRIEDBERG, *Die Grenzen zwischen Staat und Kirche*, Tübingen, 1872.
- E. FRIEDBERG-F. RUFFINI, *Trattato del diritto ecclesiastico*, Torino, 1893.
- O. FUMAGALLI CARULLI, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Milano, 2003.
- O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, Milano, 2008.
- F. GALGANO, *Persone Giuridiche, artt. 11-35 c.c.*, in *Commentario al Codice civile Scialoja e Branca*, Bologna, 2006.
- C. GANCI, *Il matrimonio*, Milano, 1953.
- P. GASPARRI (a cura di), *Codicis Iuris Canonici fontes*, Città del Vaticano, 1937.
- P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, I, Città del Vaticano, 1932.
- J. GAUDEMET, *Il matrimonio in occidente*, Torino, 1993.
- J. GAUDEMET, *Storia del diritto canonico. Ecclesia et civitas*, Torino, 1998.
- A. GEMELLI (a cura di), *Chiesa e Stato, Studi storico-giuridici per il decennale della Conciliazione tra la S. Sede e l'Italia*, Milano, 1939.
- M. GERPE GERPE, *La potestad del Estado en el matrimonio de cristianos y la noción contrato-sacramento*, Salamanca, 1970.
- S. GHERRO, *Diritto canonico. Nozioni e riflessioni*, I, *Diritto costituzionale*, Padova, 2002.
- S. GHERRO, *Diritto canonico. Nozioni e riflessioni*, II, *Diritto matrimoniale*, Padova, 2005.
- S. GHERRO (a cura di), *Studi sulle fonti del diritto matrimoniale canonico*, Padova, 1988.

- S. GHERRO, *Il diritto al matrimonio nell'ordinamento della Chiesa*, Padova, 1979.
- S. GHERRO, *Lezioni di diritto ecclesiastico, I, Nozioni storiche e parte generale*, Padova, 2005.
- L. GIAMPALLARI, *Dritto ecclesiastico sicolo*, Palermo, 1829.
- C. GHISALBERTI, *Le costituzioni giacobine (1796-1799)*, Milano, 1957.
- O. GIACCHI, *La giurisdizione ecclesiastica nel diritto italiano*, Milano, 1937.
- O. GIACCHI, *Libertà della Chiesa e Autorità dello Stato. Studi*, Milano, 1963.
- O. GIACCHI, *Lo Stato laico*, Milano, 1978.
- G. GLEY, *Monsieur l'abbé Dumonteil et sa cause avant les tribunaux*, Bruxelles, 1828.
- G.Z. GOMES, *De matrimoniis clandestinis in Concilio tridentino*, Roma, 1950.
- F. GREGOROVIVS, *Ricordi storici e pittorici d'Italia, I*, Milano, 1872.
- J. HERVADA-P. LOMBARDIA, *El derecho del Pueblo de Dios, III, Derecho matrimonial*, Pamplona, 1973.
- E. ISERLOH – J. GLAZIK – H. JEDIN, *Riforma e controriforma*, in H. JEDIN (dir.), *Storia della Chiesa*, VI, Milano, 1975.
- H. JEDIN, *Il concilio di Trento*, Brescia, 1973.
- A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1957.
- A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Milano, 1941.
- A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Torino, 1957.
- A.C. JEMOLO, *Stato e Chiesa negli scrittori politici italiani del seicento e del settecento*,

IL MATRIMONIO IN ITALIA

Napoli, 1972.

G.H. JOYCE, *Matrimonio cristiano. Studio storico-dottrinale*, Alba, 1954.

G. KADZIOCH, *Il ministro del sacramento nella tradizione e nel diritto canonico latino e orientale*, Roma, 1997.

B. LABANCA, *Marsilio da Padova. Riformatore politico e religioso del secolo XIV*, Padova, 1882.

V. LA MANTIA, *Storia della legislazione italiana*, I, *Roma e Stato romano*, Torino, 1884.

P. LAMBERTINI, *De synodo diocesana libri tredecim*, I, Roma, 1767.

C. LAMIONI (a cura di), *Il Sinodo di Pistoia del 1786. Atti del convegno internazionale per il secondo centenario. Pistoia-Prato, 25-27 settembre 1786*, Roma, 1991.

G. LE BRAS, *La Chiesa del diritto*, Bologna, 1976.

J. LEFLON, *La crisi rivoluzionaria (1789-1815)*, in A. FLICHE – V. MARTIN (dir.), *Storia della Chiesa...*, cit., XX, Torino, 1971.

J. LEFLON, *Crisi rivoluzionaria e liberale (1815-1846)*, in A. FLICHE – V. MARTIN, *Storia della Chiesa...*, cit., XX/2, Torino, 1975.

D. LOMBARDI, *Matrimoni di antico regime*, Bologna, 2001.

A. LORENZONI, *Instituzioni del diritto pubblico interno pel Regno lombardo-veneto*, Padova, 1835.

C. MAGNI, *I subalpini e il concordato. Studio storico-giuridico sulla formazione delle leggi Siccardi*, Padova, 1967.

P. S. MANCINI, *Quistioni di diritto*, Napoli, 1880.

- G. MARGOTTI, *Processo di Nepomuceno Nuytz*, Torino, 1852.
- A. MERCATI (a cura di), *Raccolta di concordati in materia ecclesiastica tra la Santa Sede e le Autorità civili*, I, Città del Vaticano, 1954.
- M.L.L.V.D.S.G.L., *Motion sur le mariage des prêtres*, Paris, 1790.
- E. MIGNOT, *Histoire de la reception du Concile de Trente dans les différens Etats catholiques*, I, Amsterdam, 1756.
- R. MINCUZZI, *Bernardo Tanucci ministro di Ferdinando di Borbone. 1759-1776*, Bari, 1967.
- M. MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile dello Stato pontificio*, Napoli, 1988.
- P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova, 2008.
- C. MONTALCINI – A. ALBERTI, *Atti delle assemblee della Repubblica cisalpina*, II, Bologna, 1927.
- G. MORONI, *Dizionario di erudizione storico ecclesiastica*, Venezia, 1843.
- C. NANI - F.RUFFINI, *Storia del diritto privato italiano*, Torino, 1902.
- G.N. NUYTZ, *Il professore Nuytz a' suoi concittadini*, Torino, 1851.
- G.N. NUYTZ, *In jus ecclesiasticum universum tractationes*, Torino, 1846.
- G.N. NUYTZ, *Juris ecclesiastici institutiones*, Torino, 1844.
- G. OCCHIPINTI (a cura di), *Storia della Teologia*, 2, da Pietro Abelardo a Roberto Bellarmino, Bologna, 1996.
- P. PALAZZINI, *Dictionarium morale et canonicum*, Roma, 1962-1968.
- M. PARISI (a cura di), *Per una disciplina democratica delle libertà di pensiero e di religione: metodi e contenuti*, Campobasso, 2014.

IL MATRIMONIO IN ITALIA

- P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale in Italia*, Milano, 2011.
- L. PASTOR, *Storia dei Papi dalla fine del medioevo*, Roma, 1950-1965.
- F. PATETTA, *Contributi alla storia delle orazioni nuziali e della celebrazione del matrimonio*, Torino, 1896.
- A. PEREGO (a cura di), *La chiesa cattolica: la questione della sovranità*, Milano, 2015.
- A. PERTILE - P. DEL GIUDICE, *Storia del diritto italiano*, II, Torino, 1897.
- G. PHILLIPS, *Du droit ecclésiastique dans ses principes généraux*, Paris, 1855.
- N. PICARDI (a cura di), *Regolamento giudiziario per gli affari civili di Gregorio Papa XVI*, Milano, 2004.
- P. PIRRI-G. CASTELLANI, *Il cattolicesimo dal Concilio di Trento all'età napoleonica*, Torino, 1971.
- O. PONTAL, *Historie des conciles mérovingiens*, Paris, 1989.
- R.J. POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, I, Orleans, 1771.
- PIUS P.P. VI, *Litt. Enc. Auctorem fidei*, Roma, 1794.
- PIUS P.P. VII, *Motu proprio della Santità di Nostro Signore Papa Pio VII in data 6 luglio 1816 sulla organizzazione della amministrazione pubblica*, Roma, 1816.
- E. PRÉCLIN – E. JARRY, *Le lotte politiche e dottrinali nei secoli XVII e XVIII (1648-1789)*, in A. FLICHE – V. MARTIN (dir.), *Storia della Chiesa dalle origini e ai nostri giorni*, XIX/2, Torino, 1975.
- P. PRODI, *Il sovrano pontefice*, Bologna, 1982.

- A. PROSPERI, *Il concilio di Trento*, Torino, 2001.
- F. RACIOPPI– I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto*, Torino, 1909.
- F. RANIERI (a cura di), *Projet du Code Civil de la Republique Romaine (1798)*, Frankfurt am Main, 1976.
- P. RASI, *La conclusione del matrimonio nella dottrina prima del concilio di Trento*, Napoli, 1958.
- G.A. RASIER, *Analisi del Concilio diocesano di Pistoja celebrato nel mese di settembre dell'anno 1786 dall'Ill.mo e R.mo Monsig. Scipione de Ricci vescovo di Pistoia e Prato ossia Saggio de'molti errori contro la Fede contenuti nello stesso Concilio*, Assisi, 1790.
- A. DE ROSKOVÀNY, *De matrimonio in Ecclesia catholica*, Augsbourg, 1837.
- A. ROSMINI SERBATI, *Sulle leggi civili che riguardano il matrimonio de' cristiani aggiuntovi un ragionamento sul bene del matrimonio cristiano*, Roma, 1902.
- A. ROUCO VARELA, *Teologia y derecho, Escritos sobre aspectos fundamentales de Derecho canónico y de las relaciones Iglesia-Estado*, Madrid, 2003.
- F. RUFFINI, *La libertà religiosa*, I, *Storia dell'Idea*, Torino, 1901.
- F. RUFFINI, *Per la storia del diritto matrimoniale*, Milano, 1894.
- F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, Bologna, 1974.
- F. RUFFINI, *Scritti giuridici minori*, I, *Scritti di diritto ecclesiastico*, Milano, 1936.
- T.M. RUPPRECHT, *Notae historicae in universum ius canonicum*, Venezia, 1764.
- P.S. PALLAVICINO, *Istoria del Concilio di Trento*, I, Roma, 1833.

IL MATRIMONIO IN ITALIA

- P. PRODI–W. REINHARD (a cura di), *Il Concilio di Trento e il moderno*, Bologna, 1997.
- T. SANCHEZ, *Disputationes de sancto matrimonii sacramento*, Anversa, 1626.
- P. SARPI, *Istoria del Concilio tridentino*, Firenze, 1858.
- F. SCADUTO, *Il divorzio e il cristianesimo in occidente, studio storico*, Firenze, 1882.
- F. SCADUTO, *Il concetto moderno del diritto ecclesiastico. Prolusione del 21 novembre 1884*, Palermo, 1885.
- F. SCADUTO, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia*, Torino, 1892.
- F. SCADUTO, *Stato e Chiesa negli scritti politici dalla fine della lotta per le investiture sino alla morte di Ludovico il Bavaro*, Firenze, 1882.
- F. SCADUTO, *Stato e Chiesa nelle due Sicilie*, I, Palermo, 1969.
- F. SCADUTO, *Stato e Chiesa sotto Leopoldo I Granduca di Toscana*, Firenze, 1885.
- A. SCOLA, *Una nuova laicità. Temi per una società plurale*, Venezia, 2007.
- F. SCHMALZGRÜBER, *Ius ecclesiasticum universum*, IV, Napoli, 1738.
- S. SEIDEL MENCHI–D. QUAGLIONI (a cura di), *I tribunali del matrimonio*, Bologna, 2001.
- S. SEIDEL MENCHI–D. QUAGLIONI (a cura di), *Matrimoni in dubbio*, Bologna, 2006.
- S. SEIDEL MENCHI–D. QUAGLIONI (a cura di), *Trasgressioni, seduzioni, concubinato, adulterio, bigamia (XIV–XVII sec.)*, Bologna, 2004.
- S. SEIDEL MENCHI–D. QUAGLIONI (a cura di), *Coniugi nemici. La separazione in Italia dal XII al XVIII secolo*, Bologna, 2000.

- J. B. SEQUEIRA, *Tout mariage entre baptisés est-il nécessairement sacramental?*, Paris, 1985.
- L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo, II, Dalla crisi dello jus commune alle codificazioni moderne. Lezioni*, Torino, 2010.
- L. SPINELLI, *La legislazione matrimoniale delle province meridionali nei primi anni dell'unità d'Italia*, Milano, 1953.
- P. STELLA (a cura di), *La bolla Auctorem fidei nella storia dell'ultramontanismo (1794). Saggio introduttivo e documenti*, Roma, 1995
- G. TAMASSIA, *La famiglia italiana nei secoli decimoquinto e decimosesto*, Palermo, 1911.
- A. TELLON, *La France et le Concile de Trente (1518-1563)*, Roma, 1997.
- F. TERZAGO, *Istruzione pratica sopra agli impedimenti matrimoniali, II*, Venezia, 1778.
- R. TRIFONE, *La legislazione angioina*, Napoli, 1921.
- P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna, 2002.
- A. VACANT – E. MANGENOT, *Dictionnaire de Théologie Catholique*, Paris, 1925.
- P. VACCARI, *Corso di storia del diritto italiano – Parte speciale: il diritto di famiglia nei codici italiani del XIX secolo*, Milano, 1956.
- P. VACCARI, *Scritti di storia del diritto privato*, Padova, 1956.
- G. VACCARINO (a cura di), *Collezione completa dei moderni codici civili degli stati d'Italia secondo l'ordine cronologico della loro pubblicazione*, Torino, 1845.
- C.M. VALSECCHI, *In difesa della famiglia? Divorzisti e antidivorzisti in Italia tra otto e novecento*, Milano, 2004.

IL MATRIMONIO IN ITALIA

B. VAN ESPEN, *Ius ecclesiasticum universum*, I, Lovanio, 1753

N. VERGOTTINI, *Analisi del concordato austriaco del 18 agosto 1855*, Venezia, 1856.

E. VITALE, *Il tentativo di introdurre il matrimonio civile in Piemonte*, Roma, 1951.

A. WALZ, *I domenicani al concilio di Trento*, Roma, 1961

E. WESTERMARK, *Histoire du mariage*, Paris, 1934-1945.

F. X. WERNZ, *Ius canonicum*, Roma, 1928.

A. ZANOTTI, *Il Concordato austriaco del 1855*, Milano, 1986

II – Articoli, contributi, voci enciclopediche.

A.L. BALLINI *Le riforme di diritto privato nelle discussioni dell'assemblea cisalpina*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, XVI, 1943.

J.I. BAÑARES, *Comentario al can. 1058*, in *Comentario exégetico al código de derecho canónico*, III/2, Barañain, 2002.

U. BAUMANN, *Come il matrimonio diventò sacramento*, in S. SEIDEL MENCHI – D. QUAGLIONI, *I tribunali del matrimonio*, Bologna, 2001.

P. BELLINI, *Sul processo di attrazione del matrimonio alla competenza istituzionale della chiesa*, in S. GHERRO (a cura di), *Studi sulle fonti del diritto matrimoniale canonico*, Padova, 1988.

F. BOLGIANI, *Marcantonio De Dominis*, in *Enciclopedia cattolica*, IV.

P. BOUTRY, *Pio VII*, in *Enciclopedia dei Papi*, III.

GIOVANNI FRANCIOSI

G. BOZZETTI, *Antonio Rosmini Serbati*, in *Enciclopedia Cattolica*, X.

P. BREZZI, *Càtari*, in *Enciclopedia Cattolica*, III.

A. BRUNIALTI, *Morte civile*, in AA. VV., *Enciclopedia giuridica italiana*, X/III, Milano, 1901.

G. CALABRESE, *La teologia della compagnia di Gesù*, in G. OCCHIPINTI (a cura di), *Storia della Teologia*, 2, da Pietro Abelardo a Roberto Bellarmino, Bologna, 1996.

C. CALISSE, *Il diritto comune con riguardo speciale agli stati della Chiesa*, in AA.VV. *Studi in onore di Enrico Besta*.

M. CASTELLANO – P. CIPROTTI, *Chiesa e stato*, in *Enciclopedia cattolica*, III, Città del Vaticano, 148-1954.

R. CATERINA, *Carlo Francesco Gabba*, in AA.VV., *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, Bologna, 2013.

P.A. D' AVACK, *La posizione giuridica del diritto canonico nell'ordinamento italiano*, in *Archivio di diritto ecclesiastico*, I, 1939.

S. DA CAMPAGNOLA, *Echi e riflessi del sinodo di Pistoia nei Ducati di Parma e di Modena*, in C. LAMIONI (a cura di), *Il Sinodo di Pistoia...*, cit.

G. DALLA TORRE, *Veritas non auctoritas facit matrimonium*, in AA.VV. *Veritas non auctoritas facit legem*, *Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, Città del Vaticano 2012.

C. CALISSE, *Il diritto comune con riguardo speciale agli Stati della Chiesa*, in *Studi in onore*

IL MATRIMONIO IN ITALIA

di Enrico Besta, II, Milano, 1939.

G. CAPOGRASSI, *La certezza del diritto nell'ordinamento canonico*, in *Ephemerides iuris canonici*, V, 1949.

M. CASTELLANO, *Monarchia sicula*, in *Enciclopedia cattolica*, VIII.

F. COCCOPALMERIO, *Libertà di magistero e matrimonio*, in A. PEREGO (a cura di), *La chiesa cattolica: la questione della sovranità*, Milano, 2015.

G. CONIGLIO, *Bernardo Tanucci*, in *Enciclopedia cattolica*, XI.

E. CORECCO, *Il valore della norma canonica in rapporto alla salvezza*, in ID. *Ius et communio*, Casale Monferrato – Lugano, 1997.

E. CORECCO, *Considerazioni sul problema dei diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*, 11, in G. BORGONOVO-A.CATTANEO (a cura di), *Ius et communio, scritti di diritto canonico*, I, Casale Monferrato-Lugano, 1997.

E. CORECCO, *Il sacerdote ministro del sacramento del matrimonio*, in G. BORGONOVO-A.CATTANEO (a cura di), *Ius et communio, scritti di diritto canonico*, II, Casale Monferrato-Lugano, 1997.

S. COTTA, *Guillaume Du Tillot*, in *Enciclopedia cattolica*, IV.

B. CROCE, *Il divorzio nelle provincie napoletane (1809-1815)*, in ID., *Aneddoti di varia letteratura*, I, Bari, 1942.

P.A. D'AVACK, *Il rapporto giuridico fra lo Stato Città del Vaticano, la Santa Sede e la Chiesa Cattolica*, in A. GEMELLI (a cura di), *Chiesa e Stato, Studi storico-giuridici per il decennale*

della Conciliazione tra la S. Sede e l'Italia, Milano, 1939.

A. DE LA HERA, *Il diritto matrimoniale divino nel codex iuris canonici del 1983*, in S.

GHERRO (a cura di), *Studi sulle fonti del diritto matrimoniale canonico*, Padova, 1988.

V. DEL GIUDICE, *Momenti dottrinali e legislativi circa il matrimonio cristiano prima del concilio di Trento*, in AA. VV., *Studi in onore di A. Giuffrè*, Milano, 1967.

V. DEL GIUDICE, *Validità civile del matrimonio religioso nelle legislazioni degli stati italiani dopo la Restaurazione*, in *Studi in onore di Enrico Besta*, IV, Milano, 1939.

U. DE SIERVO, *Ordinamento costituzionale italiano e sovranità della chiesa*, in A. PEREGO (a cura di), *La chiesa cattolica: la questione della sovranità*, Milano, 2015.

C. FANTAPPIÈ, *Promozione, controllo del clero nell'età leopoldina*, in Z. CIUFFOLETTI – L. ROMBAI (a cura di), *La Toscana dei Lorena. Riforme, territorio e società. Atti del convegno di studi. Grosseto 27-29 novembre 1987*, Firenze, 1989.

G.FASSO, *Ugo Grozio tra Medioevo ed età moderna*, in *Rivista di Filosofia*, XLI.

A. FERRARI, *La politica ecclesiastica dell'Italia post unitaria: un modello "post westphaliano"*, in AA. VV. *Problemi giuridici dell'unità italiana*, Milano, 2011.

G. FORCHIELLI, *Un progetto di codice civile del 1818 nello Stato pontificio (visto da un canonista)*, in *Studi bolognesi in onore di U. Borsi*, Padova, 1955.

P. FORNI, *I concordati estensi del 1841 e del 1851*, in *Rivista di Storia della Chiesa in Italia*, VIII, 1954.

O. FUMAGALLI CARULLI, *Matrimonio canonico, matrimoni religiosi, proliferazione delle*

unioni paramatrimoniali, in *Il diritto ecclesiastico*, 3-4, 2013.

S. FURLANI – A. SAITTA, *Leopoldo II imperatore (I come granduca di Toscana)*, in *Enciclopedia cattolica*, VII.

J. GAUDEMET, *Droit romain et principes canoniques en matière de mariage au bas-empire*, in AA.VV., *Studi in memoria di Emilio Albertario*, II, Milano, 1953.

J. GAUDEMET, *Matrimonio e famiglia. Il diritto e i costumi dalla fine del XVIII secolo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, I, 1988.

S. GHERRO, *L'autorità della Chiesa sul sacramento del matrimonio*, in ID., *Il diritto al matrimonio nell'ordinamento della Chiesa*, Padova, 1979.

O. GIACCHI, *La giurisdizione ecclesiastica nel diritto italiano*, Milano, 1937.

P. GISMONDI, *La celebrazione del matrimonio secondo la dottrina e la legislazione canonica sino al concilio tridentino*, in *Ephemerides iuris canonici*, 3-4, V, 1949.

E. ISERLOH, *Martin Lutero*, in E. ISERLOH – J. GLAZIK – H. JEDIN, *Riforma e controriforma*, in H. JEDIN (dir.), *Storia della Chiesa*, VI, Milano, 1975.

H. JEDIN, *Das Konzil von Trent und die Anfänge der Kirchenmatrikeln*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, 32, 1943.

A.C. JEMOLO, *Le disposizioni sul matrimonio in alcune sinodo italiane post-tridentine*, in *Archivio di diritto ecclesiastico*, Milano, I, 1939.

A.C. JEMOLO, *Giurisdizionalismo*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970.

A.C. JEMOLO, *Riforma tridentina nell'ambito matrimoniale*, in *Quaderni di Belfagor*, I, Firenze, 1948.

- A. LUPANO, *Giovanni Nepomuceno Nuytz*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, Bologna, 2013.
- V. A. KOLLER, *Fabio Chigi – Nunzio e mediatore di pace in Germania*, in ISTITUTO STORICO DIOCESANO DI SIENA, *Annuario 2000-2001*, Siena, 2001.
- M. MACCARONE, *Johann Nikolaus Von Hontheim*, in *Enciclopedia cattolica*, VI.
- G. MADDOZ, *Isidoro di Siviglia*, in *Enciclopedia Cattolica*, VII.
- G. MADDOZ, *Priscilliano e Priscillianismo*, in *Enciclopedia Cattolica*, X.
- P.S. MANCINI, *Difesa di Giuseppe Garibaldi contro Giuseppina Raimondi per dichiarazione di nullità di matrimonio*, in ID., *Quistioni di diritto*, II, Napoli, 1880.
- A. MARONGIU, *Il momento conclusivo del matrimonio nella nostra novellistica trecentocinquantesca*, in *Studi in onore di V. Del Giudice*, II, Milano, 1953.
- A. MARONGIU, *La forma religiosa del matrimonio nel diritto bizantino, svevo e normanno*, in AA.VV. *Studi in onore di A.C. Jemolo*, I, p. II, Milano, 1963.
- E. MARTIRE, *Francesco Crispi*, in *Enciclopedia cattolica*, IV.
- F. MASTROBERTI, *Stato e chiesa nel decennio napoleonico*, in C. BERTI (a cura di), *Atti del quinto seminario di studi "decennio francese" (1806-1815)*, Napoli, 2008.
- B. MATTEUCCI, *Giansenismo*, in *Enciclopedia cattolica*, VI.
- B. MATTEUCCI, *Pistoia, Sinodo di*, in *Enciclopedia cattolica*, IX, cit.
- A. MAYER, *Montano e Montanismo*, in *Enciclopedia Cattolica*, VIII.
- M. MIELE, *Tolleranza e intolleranza religiosa tra due editti (313-380)*, in M. PARISI (a cura di), *Per una disciplina democratica delle libertà di pensiero e di religione: metodi e contenuti*, Campobasso, 2014.

IL MATRIMONIO IN ITALIA

- M. MIELE, *Bonum coniugum e profili civilistici*, in corso di pubblicazione per i tipi della Libreria Editrice Vaticana.
- C. MIRABELLI, *Mancini e la legislazione ecclesiastica*, in AA.VV., *Pasquale Stanislao Mancini. L'uomo, il politico, lo studioso, Atti del convegno. Ariano Irpino. 11-13 novembre 1988*, Napoli, 1991.
- G. MOLLAT, *Stato Pontificio*, in *Enciclopedia Cattolica*, XI.
- G. MOLLAT, *Josephisme*, in A. VACANT – E. MANGENOT, *Dictionnaire de Théologie Catholique*, VIII/2, Paris, 1925.
- R. U. MONTINI, *Giuseppe Siccardi*, in *Enciclopedia cattolica*, XI.
- A. MOSTAZA, *Competencia sobre el matrimonio hasta el Concilio de Trento*, in AA.VV., *Ius populi Dei*, Roma, 1972.
- B. NARDI, *Guglielmo di Occam*, in *Enciclopedia cattolica*, IX.
- L. OLIGER, *Benedetto XIV*, in *Enciclopedia cattolica*, II.
- E. ORLANDO, *Et lepra superveniens non dissolvit matrimonium*, in *Quaderni di storia religiosa*, 2012.
- E. ORLANDO, *Il matrimonio delle beffe. Unioni finte, simulate, per gioco*, in S. SEIDEL MENCHI – D. QUAGLIONI (a cura di), *Trasgressioni. Seduzioni, concubinato, adulterio, bigamia (XIV-XVIII secolo)*, Bologna, 2004.
- R. PALMAROCCHI, *Filippo il magnanimo*, in *Enciclopedia Cattolica*, V.
- R. PALMAROCCHI, *Toscana, Storia*, in *Enciclopedia cattolica*, XII.
- G. PANI, *Matrimonio e seconde nozze al Concilio di Trento*, in *La Civiltà cattolica*, 3943/2014.

- R. PAOLUCCI, *Niccolò I*, in *Enciclopedia Cattolica*, VIII.
- E. PASSERIN D'ENTÈVES, *Scipione de'Ricci dalla formazione giovanile all'esperienza sinodale*, in C. LAMIONI (a cura di), *Il Sinodo di Pistoia del 1786. Atti del convegno internazionale per il secondo centenario. Pistoia-Prato, 25-27 settembre 1786*, Roma, 1991.
- P. PERUZZI, *Progetto e vicende di un codice civile della repubblica italiana (1802-1805)*, Milano, 1971.
- M. PETROCCHI, *Ercole Consalvi*, in *Enciclopedia cattolica*, IV.
- T. PIACENTINI, *Marsilio da Padova*, in *Enciclopedia cattolica*, VIII.
- A. PIOLANTI, *Matrimonio*, in *Enciclopedia cattolica*, VIII.
- G. PIOLA, *Matrimonio (diritto civile)*, in *Digesto italiano*, XV/1, Torino, 1906.
- P. PRODI, *Il Concilio di Trento e i libri parrocchiali*, in G. COPPOLA – C. GRANDI (a cura di), *La conta delle anime, popolazioni e registri parrocchiali: questioni di metodo ed esperienze*, Bologna, 1989.
- F. RANIERI (a cura di), *Projet du Code Civil de la Republique romaine*, in *Ius commune*, 5, 1976.
- P. RASI, *La conclusione del matrimonio prima del concilio di Trento*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, XVI, 1943.
- P. RASI, *L'applicazione delle norme del concilio di Trento in materia matrimoniale*, in AA. VV. *Studi in Onore di Arrigo Solmi*, I, Milano, 1940.
- P. RASI, *Le formalità nella celebrazione del matrimonio ed il Concilio di Trento*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, XXVI-XXVII, 1953-1954.

IL MATRIMONIO IN ITALIA

- A. ROBERTI, *Joseph Gottmar Rauscher*, in *Enciclopedia cattolica*, X.
- G. ROSSETTI, *La pastorale nel IV lateranense*, in AA.VV. *La pastorale della Chiesa in Occidente dall'età ottoniana al concilio lateranense IV*, Milano, 2004.
- A. ROUCO VARELA, *Fundamentos eclesiológicos de una teoría de los derechos fundamentales del cristiano en la Iglesia*, in ID., *Teología y derecho. Escritos sobre aspectos fundamentales de Derecho canónico y de las relaciones Iglesia-Estado*, Madrid, 2003.
- A. ROTA, *Giovanni Battista De Luca*, in *Enciclopedia cattolica*, IV.
- A. ROTA, *Ivo di Chartres*, in *Enciclopedia Cattolica*, VII, Città del Vaticano, 1948-1954.
- F. RUFFINI, *Lo studio e il concetto odierno del diritto ecclesiastico*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 13, 1892.
- F. RUFFINI, *Perchè Cesare Baronio non fu papa. Contributo alla storia della monarchia sicula e del jus exclusivae*, in ID., *Scritti giuridici minori*, I, *Scritti di diritto ecclesiastico*, Milano, 1936.
- G.SALVIOLI, *La benedizione nuziale fino al concilio di Trento, specialmente in riguardo alla pratica e alla dottrina italiana dal secolo XIII al XVI*, estratto dall'*Archivio giuridico*, LIII, 1-2, Bologna, 1894.
- G. SARACENI, *Libertà religiosa e rilevanza civile dell'ordinamento canonico*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1954.
- F. SCADUTO, *Sistema di trattazione del diritto ecclesiastico*, in AA.VV. *Scritti della facoltà giuridica di Roma in onore di Antonio Salandra*, Milano, 1928.
- J.F. SEGOVIA, *Ley natural, contrato social y poder constituyente en el pensamiento anglosajón y francés, la ideología del constitucionalismo en los siglos XVII y XVIII*, in M. AYUSO

(a cura di), *El problema del poder constituyente*, Madrid, 2012.

- S. SEIDEL MENCHI, *Percorsi variegati, percorsi obbligati. Elogio del matrimonio pre-tridentino*, in S. SEIDEL MENCHI – D. QUAGLIONI (a cura di), *Unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XIV al XVIII secolo*, Bologna, 2001.
- L. SPÄTLING, *Incmaro di Reims*, in *Enciclopedia Cattolica*, VI, Città del Vaticano, 1948-1954.
- L. SPINELLI, *La regolamentazione del matrimonio nel Ducato di Modena nei secoli XVIII e XIX*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 175, 1968.
- P. STELLA, *Saggio introduttivo a Id. (a cura di), La bolla Auctorem fidei nella storia dell'ultramontanismo (1794). Saggio introduttivo e documenti*, Roma, 1995.
- A.M. STICKLER, *Pseudo-Isidoro*, in *Enciclopedia Cattolica*, X, Città del Vaticano, 1948-1954.
- M. TEDESCHI, *Pasquale Stanislao Mancini. Dal separatismo al giurisdizionalismo*, in AA.VV., *Pasquale Stanislao Mancini...*, cit.
- C. TESTORE, *Tomás Sanchez*, in *Enciclopedia cattolica*, X, Città del Vaticano, 1948-1954.
- M.S. TESTUZZA, *Matrimonio e codici. L'ambiguo statuto della corporeità*, in *Quaderni fiorentini*, 42, 2013.
- P. VACCARI, *La celebrazione del matrimonio in un'assisa di Ruggero II*, in Id., *Scritti di storia del diritto privato*, Padova, 1956.
- C.M. VALSECCHI, *Ortodossia religiosa e fedeltà allo Stato nell'insegnamento di Giovanni Battista Pertile*, in M.G. Di RENZO VILLATA (a cura di), *Formare il giurista – esperienze nell'area lombarda tra sette e ottocento*, Milano, 2004.

IL MATRIMONIO IN ITALIA

F. VASSALLI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Archivio di diritto ecclesiastico*, I, 1939.

G. ZARRI, *Il matrimonio tridentino*, in P. PRODI–W. REINHARD (a cura di), *Il Concilio di Trento e il moderno*, Bologna, 1997.

V. ZOLLINI, *Jacques Boileau*, in *Enciclopedia cattolica*, II.
